

Revocación apertura concurso preventivo en la oportunidad de determinar la existencia o no de acuerdo

065505 - UNION ARGENTINA DE RUGBY ASOCIACION CIVIL S/ CONCURSO PREVENTIVO. Juzgado Comercial 17 - Secretaría 34

Buenos Aires, 23 de agosto de 2007.

Y Vistos:

Estos autos a efectos de decidir en orden a lo dispuesto por la LC: 49, esto es, **determinar la existencia o no de acuerdo preventivo en razón de las conformidades acompañadas por la concursada "Unión Argentina de Rugby Asociación Civil"**.

(i) En primer lugar, **juzgo que cabe analizar en este estadio los antecedentes que habrán de resultar determinantes de la decisión a adoptar:**

(a). La concursada formuló a fs. 1802/3 su propuesta de categorización de acreedores, que a posteriori fue receptada por el Tribunal (v., fs. 1893/5):

a.1. acreedores privilegiados;

a.2. acreedores institucionales;

a.3. acreedores derivados de contratos de agencia;

a.4. acreedores comerciales.

Esas categorías se encuentran conformadas por la cantidad de acreedores que responden a las mismas, **con excepción de la subcategoría a.3. que fue concebida únicamente para un acreedor "Sportfive de Argentina SA" -v. fs. 1802 vta. punto 3.-**

(b). Adviértase que la propuesta de acuerdo preventivo en los términos de la LC:43 **consiste en:**

el pago del 100% de los montos verificados a los acreedores comerciales e institucionales, **en una cuota, pagadera a los 30 días** corridos desde que quedare firme la resolución del Tribunal homologatoria del acuerdo preventivo

y la cancelación de la acreencia del acreedor derivado del contrato de agencia - Sportfive de Argentina SA- mediante el pago del 100% del monto verificado (y del que resultare verificado por sentencia firme en el incidente de revisión en trámite), más intereses devengados desde la fecha de presentación en concurso preventivo, calculados a la tasa LIBOR trimestral prevista en la cláusula 4-1 último párrafo del contrato que vinculaba a la concursada con el acreedor; ello dentro de un plazo de cinco días corridos a computarse a partir de que quede firme la resolución del Tribunal homologatoria del acuerdo preventivo (o desde la firmeza de la sentencia

del mencionado incidente de revisión por la porción que pudiere verificarse posteriormente).

Propone además un régimen de administración y de mantenimiento de la inhibición general de bienes por el plazo de cumplimiento del acuerdo y la designación del Comité Definitivo de Acreedores (v., fs. 1977/8).

(c). En la oportunidad de agregar en autos las conformidades exigidas por la ley, la concursada adjunta:

* Anexos II y III con aquéllas que se corresponden con las categorías de "acreedores quirografarios comerciales" y "acreedores quirografarios institucionales" y,

*** Boleta de depósito por la suma de \$ 995.009,14 correspondiente al crédito del "acreedor derivado del contrato de agencia" único comprendido en la categoría y en razón de su silencio ante la notificación de la propuesta.**

Formula un racconto de las circunstancias que determinaron el actual estado de la relación que los vinculara -v. punto (b.7) de fs. 2203/9 vta- y propone como consecuencia de ello que, **o bien se interprete la actitud de silencio del acreedor como una "conformidad tácita", reputando superflua o sobreabundante la adhesión a la propuesta por parte de Sportfive y, por ende, innecesaria su conformidad en virtud de la total falta de afectación de su acreencia, lo que conlleva -según sostiene la concursada- a presumir su conformidad -v. fs. 2200 vta. (a)-, o, en caso contrario, que se "excluya su voto" en el entendimiento de que Sportfive pretende imponer el ejercicio abusivo de su derecho a no conformar la propuesta, extremo éste que no encuentra amparo legal alguno -v. fs. 2201/1 vta-; concluye que todo ello importa una conducta hostil.**

Estima además que una conformidad expresa no hubiera implicado una actitud contradictoria con el planteo de nulidad de este concurso preventivo, por cuanto podría haberlo hecho sin que ello importara renuncia a los cuestionamientos formulados; máxime cuando ha realizado actos que han convalidado el concurso preventivo, como ser la insinuación del crédito dentro del pasivo y la aceptación a formar parte del Comité Provisorio de Acreedores.

Los hechos hasta aquí expuestos corresponden a la posición adoptada por la concursada, a la cuál se remitiera en oportunidad de celebrarse la "audiencia informativa" (v., fs .2215).

(ii.a). En razón de como se sucedieron temporalmente los hechos, es que el Tribunal dispuso, a fs. 2214, punto 2, la sustanciación del planteo referido ut supra tanto con el acreedor como con la sindicatura y con el comité provisorio de acreedores.

* Estos últimos se expidieron a fs. 2219/24 y fs. 2226/8, manifestando su apoyo a la posición propiciada por la concursada.

* Por su lado, la sindicatura actuante también se expidió en términos similares conforme da cuenta el escrito agregado a fs. 2258/61.

* Por su parte, Sportfive de Argentina SA (en adelante Sportfive) contesta a fs. 2230/49 mediante una presentación en la cual por un lado (a) refiere a los antecedentes generales del caso de autos, **esto es a los hechos invocados por la UAR a fin de justificar su presentación concursal y a la actitud asumida por Sportfive en el proceso en el sentido de sostener la inexistencia del estado de cesación de pagos**, para luego dar paso a la contestación propiamente dicha del escrito en traslado, pero haciendo especial hincapié en el hecho referido **a la inexistencia de la cesación de pagos**, merced a lo cual concluye que

"haberse confesado con impotencia para hacer frente a las obligaciones corrientes, para presentarse en concurso sin necesidad de ello, es nada más y nada menos que un ejercicio abusivo del derecho" (v., fs. 2235, in fine).

Invoca además otras irregularidades cuyas pruebas establece como acreditadas en el incidente de nulidad del concurso y sostiene que, este trámite universal, **tuvo como única finalidad intentar resolver el contrato suscripto oportunamente con Sportfive.**

Al respecto aduce que la UAR no podía resolver el contrato porque carecía de causa legítima para ello, lo que demuestra otra vez el ejercicio abusivo del derecho concursal en tanto pretendió recurrir a esas normas para su objetivo.

(b) Se opone a considerar como viable tanto la conformidad tácita propuesta por la deudora como la exclusión del voto.

En cuanto a la conformidad tácita la rebate argumentando que, amén de que no encuentra sustento normativo, no es cierto -tal como pretende la deudora- que no haya alteración del crédito de Sportfive, aludiendo tanto a los nuevos contratos firmados con la Comisión Negociadora de la UAR en diciembre de 2006, como al incidente de revisión, cuestionando además los intereses reconocidos.

En lo relativo a la exclusión del voto, considera a la pretensión de la UAR como inconcebible, por cuanto su admisión importaría que siempre pudiera darse la hipótesis de formular apreciaciones subjetivas que servirían como fundamento para solicitar la exclusión de un acreedor.

Agrega que su conducta -la de Sportfive- tampoco se puede considerarse como la de un "acreedor hostil" sino que es la compatible con la de quien ejercita sus derechos de defensa en juicio y de propiedad.

Cita antecedentes jurisprudenciales.

Destaca que de receptarse la postulación de nulidad del proceso, no causaría ello perjuicio alguno a los acreedores quienes cobrarían el 100% de sus créditos como lo harían en caso de que se homologue el concurso.

Por último, sostiene que la concursada ha abusado del instituto concursal en fraude a la ley, a los acreedores y al Tribunal.

Plantea caso federal.

(iii) En virtud de lo expuesto precedentemente, **estimo que corresponde dar tratamiento al planteo efectuado por la concursada relativo a la invocada "conformidad tácita" de Sportfive.**

La LC:49 prevé la presentación (en el expediente) de las conformidades correspondientes y la LC:45 dispone que "para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita con firma certificada...de la mayoría absoluta de los acreedores, dentro de todas y cada una de las categorías que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría..."(el subrayado es propio del presente pronunciamiento).

Entiéndese por conformidad al acto jurídico voluntario, unilateral y expreso (conf., c.civ: 1144; 1145) que tiene como consecuencia inmediata establecer una relación entre las partes y que se encuentra sometido respecto a las formas y solemnidades por las leyes y usos que la rigen (aplicación del c.civ: arts. 944; 950; 975; 976 sptes. y ccdtes.).

Juzgo que no existen elementos de juicio que permitan inferir la existencia de conformidad alguna por parte de Sportfive.

Baste para ello detenerse en la evolución de este proceso concursal y de todos sus incidentes, los cuales versan única y exclusivamente, directa o indirectamente, respecto de este acreedor, ya sea en su calidad de tal -expte. No. 066094- o como promotor de la nulidad del proceso de concurso preventivo -expte. No. 065664- como así también de otras incidencias que se encuentran en trámite ante el Superior.

Ello forma la convicción en quien decide en el sentido de que no cabe tener por obtenida una conformidad tácita por parte de Sportfive, máxime que la admisión de lo pretendido por la concursada importaría -por parte de este Juez- una creación pretoriana no contemplada por la normativa concursal vigente.

A los fines de prestar la conformidad se requiere la declaración formal de aceptación de la propuesta seguida de certificación efectuada ante escribano público o autoridad judicial o en su caso, administrativa si el acreedor fuera un ente público nacional, provincial o municipal.

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de señalar que los antecedentes jurisprudenciales citados por la concursada difieren en cuanto a su encuadre con este proceso, merced a lo cual tampoco cabe su aplicación analógica.

(iv). **Exclusión del voto:**

El detenido análisis que impone la decisión en curso lleva a la reflexión de si Sportfive es efectivamente un "acreedor hostil".

Entiendo que no es así.

En efecto: la definición que brinda el diccionario de la lengua española reputa hostil a aquel que es contrario; enemigo.

En el caso **"...aquel cuyo interés propio postula un resultado final a través del voto que confronta con el interés general del mercado y lo coloca en situación adversa al nuevo horizonte del concurso preventivo, el salvataje de la empresa..."** (ver comentario del Dr. Ariel A. Dasso al fallo dictado en autos "OSMATA S/ Concurso Preventivo s/ incidente de Investigación (Sancayet)" con fecha 4.2.04 publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, No. 197 de abril de 2004, pág. 407 y sgtes.).

Juzgo que no es esa la hipótesis que se presenta en autos.

De conjeturarse su conformidad Sportfive hubiere dado por tierra con sus "propios actos" en tanto ha sostenido desde el inicio de este concurso preventivo, la nulidad de la presentación por no cumplir con el requisito esencial de encontrarse en estado de cesación de pagos; el consentimiento con la propuesta de pago hubiere importado convalidar el proceso; máxime que -a mi criterio- no hubiere podido dar una conformidad sujeta a ninguna condición ni bajo ningún término ni reserva.

Es de aplicación, el principio según el cual *contra factum proprium quis venire non potest*, a cuyo tenor, toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente realizó una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada (conf. "La doctrina de los propios actos", Díez Picazo y Ponce de León, pág. 193; en igual sentido, Sala D, 29.8.97, Compañía Impresora Argentina SA s/ quiebra s/ inc. apelación).

Contrariamente a lo que sostiene la UAR el prestar la conformidad hubiera sido incompatible con su conducta anterior y actual y tampoco puede considerarse que hubiera estado a la par o pudiera ser asimilada a otras actitudes que adoptó Sportfive como la de someterse al proceso y solicitar la admisión de su crédito o a la de formar parte del comité provisorio de acreedores.

Es dable destacar que respecto de estos supuestos "Sportfive" como acreedor no tenía otra opción que insinuarse y en cuanto a formar parte de un comité de acreedores, la considero como acorde a su actitud de denuncia pues formar parte del mismo supone una posibilidad mayor de contralor.

Distinta es la situación en cuanto al voto: esa es su oportunidad de demostrar su desacuerdo; desacuerdo que no tiene su centro en el contenido de la propuesta, pues no cabe concebir que un acreedor pudiera oponerse a que su crédito sea cancelado en lo inmediato y por el monto verificado con más intereses -más allá de la observación en la cuenta o la revisión pendiente-.

El quid de la cuestión es que Sportfive considera que la presentación concursal fue un artificio para provocar la desvinculación contractual, pero bajo ningún punto de vista porque la UAR se encontrare en estado de cesación de pagos.

Ergo, no cabe concluir que el acreedor sea hostil a la propuesta; en todo caso, ha sido contrario al proceso universal y las consecuencias legales que la UAR utilizó como derivación del mismo y esa disconformidad la manifiesta a través de su no conformidad con la propuesta, más ello no habilita a la exclusión del cómputo.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que la previsión de la LC:45 tiene por fin evitar el voto condescendiente o complaciente, es decir, el voto que resulta claramente favorable a la propuesta de la concursada y no tiende a impedir que cualquier acreedor se vea inhibido de poder expresar su voto ya sea su conformidad o su no conformidad. El apartamiento del acreedor a votar está dado por su vinculación con la concursada, tratándose de acreedores que ab initio es conocida su posición favorable a la propuesta concordataria.

Cierto es que en casos muy puntuales se ha admitido jurisprudencialmente la categoría de “acreedor hostil” mas en situaciones que importaban actuación abusiva o de competencia.

En el sub examine, no cabe proyectar esa categoría a Sportfive, al no existir evidencia fáctica alguna que permita inferir una actuación arbitraria o abusiva con relación a la concursada.

Se impone por lo tanto, un criterio de aplicación restrictivo, en orden a la consideración y final decisión de excluir a un acreedor de ejercer su derecho a voto, en tanto no puede hacerse extensivo a otros supuestos no expresamente incluidos (Sala A, 19.3.04, Seidner Hanna s/ concurso preventivo), **ya que en línea con lo expresado por nuestro más Alto Tribunal no pueden aplicarse prohibiciones o restricciones de derecho por vía de la realización de una interpretación extensiva o analógica** (CSJN, Fallos: 312:912 y 1920; 314:1175; 315:820; 316:2329; 318:207; 320:2649; 326:1987; Heredia Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, T. 2, pág. 109; Mármol Pablo, IV Congreso Argentino de Derecho Concursal, ponencia “Siamo Fuori, págs. 459/66).

La finalidad de la norma en análisis es encauzar el ejercicio del derecho a voto en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones.

En este sentido, considero que si bien es un derecho esencial del acreedor prestar su conformidad o no, este derecho debe ser ejercido de modo regular. Cabe recordar que el instituto del concurso preventivo tiene por finalidad alcanzar una solución consensuada entre el deudor y sus acreedores, contemplando, asimismo, el interés general. Y en este contexto, es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores. **En efecto, es deber del juez la protección de todos los intereses en juego en el proceso colectivo.**

En este sentido, comparto con la concursada que a los efectos de juzgar si Sportfive pueda ser calificada como “hostil” hay que conjugar el derecho que tiene con lo que se

le ofrece tanto que expresamente sostiene “...ningún sacrificio se le está pidiendo a SFA que pueda justificar un rechazo a la propuesta...” (v., fs. 2201 vta).

Sin embargo, tengo el convencimiento que en el presente proceso dicho análisis no debe limitarse exclusivamente a dicha ecuación económica ya que no se puede soslayar que la acreedora Sportfive desde el inicio de este proceso sostuvo que la pretensión de la concursada tenía “...como única finalidad intentar resolver el contrato suscripto con mi representada...” (v., fs. 2238).

En este sentido, advierto que Sportfive se habría limitado a ejercer su derecho de no aprobar lo que estimó inconveniente a la luz de la totalidad de sus derechos patrimoniales. Aún cuando la propuesta consista en el pago íntegro del crédito, el acreedor no está necesariamente obligado a votar favorablemente, no constituyendo tal proceder actuación ilícita en tanto la ley lo faculta para ello (Fiscalía de Cámara, dictamen n° 62922, 31.8.90), Como corolario de lo expuesto, juzgo que la exclusión pretendida por la concursada no ha de prosperar en autos.

(v). Llegado a este punto no cabe sino concluir que la Unión Argentina de Rugby no ha logrado las mayorías legales necesarias; sin embargo, ello no torna razonablemente posible decretar una quiebra cuando la propuesta de pago es la que hemos referido ut supra y la situación económica de la asociación civil es la que describe la sindicatura en sus distintos informes mensuales.

Ahora bien, tampoco dejo de recordar que al tiempo de adoptar criterio en el incidente de nulidad No. 065664 (v. fs. 295/6) **dispuse que esa decisión la difería para el momento de considerar la homologación del acuerdo.**

Por los fundamentos que anteceden, no existe posibilidad de analizar la homologación en tanto he considerado que la concursada no ha logrado las mayorías necesarias para ello y, por tanto, no he puesto en conocimiento de los interesados la existencia de ese acuerdo.

Ergo, en este estado debería decidir entre:

a) homologar la propuesta de pago efectuada por la concursada o

b) bien declarar la quiebra.

Por las razones que expusiera ut supra la situación individualizada en a) deviene a todas luces improcedente ya que la concursada no ha logrado las mayorías legales; **pero tampoco corresponde –a mi criterio- la declaración en quiebra de la Unión Argentina de Rugby Asociación Civil en virtud de los argumentos que seguidamente se expondrán pero que a modo de avance, diré que resultan de no encontrarse reunido el presupuesto objetivo previsto por la normativa concursal – cesación de pagos LC:1-**

(vi) Planteo de nulidad articulado por Sportfive:

Como lo señalara precedentemente, el Tribunal dispuso en el marco del incidente de nulidad considerar ese planteo en la instancia prevista por la LC:52.

Ergo, habré de analizar no sólo los argumentos que surgen reseñados en los considerandos que anteceden sino también los de aquel trámite incidental.

(vi.a). Veamos: sostuvo Sportfive que al haber invocado la UAR el dictado de la medida cautelar consistente en el embargo de fondos en los autos "Bustamante Sierra José Guillermo c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros", como el hecho causante de su cesación de pagos, el desistimiento de ese embargo, **con antelación a la orden de levantamiento por parte de éste Tribunal, hizo que la situación de la UAR se modificara ipso facto** -ver fs. 22 del incidente No. 065664-, a lo cual debe adicionarse que la Cámara de Apelaciones de Córdoba revocó la condena contra la UAR.

Dijo además que la UAR ocultó un importante activo como es el contrato con Sportfive, cuyo trascendencia económica echa por tierra toda impotencia patrimonial (v., fs. 23 incidente citado).

Al momento de la ampliación del planteo (v. fs. 65/9) introduce como nuevo elemento de juicio el hecho de que se advertiría una alteración en la pars conditio creditorum toda vez que no denunció en el pasivo deudas anteriores contraídas con los integrantes del plantel de "Los Pumas" -(v. puntos 3. y 4. de fs. 65 vta. y 66).

Todos estos extremos son ratificados en el responde que es glosado fs. 2230/49 de este expediente principal (v. punto 2.; 2.1.).

(vi.b) Oída la UAR (v., fs. 203/12 y fs. 228/35) después de considerar que la petición de nulidad resulta extemporánea, que el trámite concursal no le causa perjuicio y que además carece Sportfive de legitimación para promover esa incidencia, se pronuncia respecto de la invocada falta de cesación de pagos.

Al respecto, considera que más allá de que la propia nulidificante admite que la UAR al momento de iniciar el trámite universal sí estaba en un estado de impotencia patrimonial y que el mismo se habría modificado a posteriori de la apertura del concurso, pone de relieve que no se invocó ese embargo como única causal de su impotencia patrimonial, sino como el detonante. Por otra parte, aduce que la insolvencia debe apreciarse al tiempo de la resolución judicial que abre el proceso universal y que, por otra parte, no hay norma alguna que fuerce al concursado a desistir del proceso.

Desmiente que haya omitido enunciar su principal activo, pues además de los errores conceptuales de los que parte la incidentista, **en los términos de la LC:20 declaró resuelto el contrato que las vinculaba**. Formula una reseña del desarrollo de los pasos posteriores a dicha decisión.

Refuta, asimismo, el invocado ocultamiento de un pasivo, aclarando que en su momento hubo un sistema de remuneración de "Los Pumas" a través de un fideicomiso

denominado "Fondo Puma" pero que ese contrato venció en 31 de diciembre de 2004 y nunca fue renovado.

Que este argumento contradice la postura inicial de la incidentista en tanto, por un lado, dice que la UAR no se encuentra en cesación de pagos y, por el otro, dice que tiene un pasivo mayor al que denuncia.

Agrega que tampoco se alteró la igualdad de los acreedores, pues como se dijo ese pasivo no existe.

Se expide asimismo respecto de la invocada "utilización" del concurso solicitando el rechazo de las articulaciones planteadas.

(vi.c) Ya señalé que dentro del trámite del incidente de nulidad, diferí el tratamiento de la cuestión para esta instancia.

Sostuve en aquella oportunidad que "El Tribunal consideró oportunamente que con los elementos de juicio aportados al momento de efectuar su petición de concursamiento, la UAR era merecedora de tal beneficio en pos del saneamiento de su situación patrimonial; como consecuencia de ello proveyó la apertura del concurso preventivo.." (v. fs. 296).

Consideré a continuación que "...el juez tiene oportunidad de evaluar los hechos -y debe hacerlo- al momento de homologar el acuerdo preventivo..."

Durante el desarrollo de la presente concluí que, no obstante entender que no se presenta la instancia procesal referida, igualmente habré de analizar los hechos expuestos.

* Respecto de las observaciones que efectúa la concursada sobre la procedencia de la nulidad, siendo que el análisis lo efectúo dentro del marco de las facultades y obligaciones que me confiere la normativa específica, habré de soslayar su consideración; es que sin perjuicio de la referencia a los antecedentes que dan motivo al pronunciamiento, lo cierto es que el Suscripto ya decidió que habrá de expedirse en esta instancia y ello fue consentido tal como surge del incidente de nulidad que tengo a la vista.

Veamos: mediante la presentación de fs. 8 vta/9 en el punto (b.1) la hoy concursada dijo: "Las causas del estado de cesación de pagos de la UAR tienen estrecha vinculación con la existencia de la causa judicial caratulada "Bustamante Sierra José Guillermo c/Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ordinario"....**En ese juicio, a pedido de la parte actora, el Tribunal intervinientes emitió dos órdenes que tuvieron efectos nefastos para mi representada: (i) con fecha 28 de octubre de 2005...a raíz de lo cual fueron embargados fondos ... y (ii) el 9 de marzo de 2006 ordenó a Sportfive de Argentina SA depositar a la orden del Juzgado actuante los fondos que tuviera a pagar a la UAR, hasta cubrir la suma de \$1.200.000..." "...cabe aclarar que los fondos que Sportfive ...paga a la UAR son parte esencial de los ingresos de ésta**

última...."...Una vez que esté abierto el concurso preventivo aquí presentado...la UAR solicitará el urgentísimo levantamiento de tales medidas cautelares..."

(b.3.) En cuanto a la fecha en que se produjo la cesación de pagos, cabe señalar que ésta ocurrió el **21 de marzo de 2006, día en que la UAR fué notificada por Sportfive....de la orden judicial...**"

* Por su parte, la sindicatura al momento de presentar el informe previsto por la LC: 39 establece aquella fecha como la de inicio del estado de cesación de pagos (v. fs. 1702). Asimismo, se desprende del citado informe que "del análisis de los balances de sus últimos cuatro ejercicios ... surge la existencia de una situación económica y financiera aceptable.." **Asimismo, cabe destacar que el órgano sindical manifiesta que "...sin tener en cuenta el juicio mencionado que se encontraba controvertido, de la presentación efectuada surge que la concursada aún se encontraba con recursos suficientes como para atender normalmente sus obligaciones..."** (v. fs. 1809)

* De la compulsa del incidente de "levantamiento de medidas cautelares" -expte. No. 065546- surge que con fecha 10 de mayo de 2006 se dispuso el levantamiento de la cautela, lo cual así fue cumplido según consta en los antecedentes posteriores de dicho incidente, habiéndose transferido la suma de \$1.083.155,13 con fecha 18 de julio de 2006 y un remanente de \$133.201.04 con fecha 28 de agosto de 2006.

* Al decir de cierta doctrina más que autorizada, desde antiguo en todas las legislaciones fue un motivo de especial preocupación la determinación del ahora llamado "presupuesto objetivo de los concursos", esto es, de la situación en la que se debe encontrar el deudor (sujeto, "presupuesto subjetivo") o, mejor dicho, su patrimonio para que se lo pueda someter a un proceso concursal (Piero Pajardi, Derecho Concursal, T. I. Integración a cargo del Dr. Héctor Alegría, pág. 245).

En nuestro régimen legal, si bien se omite definir el concepto, se considera que constituye un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos; un estado de impotencia del patrimonio para satisfacer con medios regulares (activos corrientes) las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo corriente) - Código de Comercio Comentado, Adolfo A.N. Rouillon, T. IV-A, pág. 6-; pero además es un presupuesto que tipifica todos los concursos (véase que la LC:11 dispone " Son requisitos formales de la petición de concurso preventivo...2) Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado...).

Este presupuesto legal tiene además como nota que lo caracteriza un estado de permanencia. Este estado refiere a la extensión temporal, ya que si bien la cesación de pagos no es, necesariamente, un estado perpetuo del patrimonio, tampoco es una situación pasajera. No constituye cesación de pagos una dificultad temporaria, transitoria o meramente circunstancial, ni el incumplimiento causado por mera omisión (ob. cit. pág. 8); "el estado de cesación de pagos nunca es instantáneo, sino que se prolonga en el tiempo" (CCiv y Com. Rosario, Sala 2, 1984/11/06, Gema, Zeus 41-R-41).

Súmase a ello, el hecho de que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se considera que el estado de cesación de pagos no se identifica con el mero

incumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, ni por ende con el estado de mora que este estado puede ocasionar. En todo caso, la entidad de ese incumplimiento es un factor a considerar (Heredia, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal", pág. 213 y 214; Martorell, Ernesto E. Tratado de concursos y quiebras, t. i. Bs.As. Depalma, 1998, pág. 320).

Podría decirse que habiéndose oportunamente dictado la apertura del concurso de la UAR con el estado de insolvencia argüido por ella en dicha oportunidad procesal, la misma se encuentra en cesación de pagos.

Pero -a criterio del suscripto- ello definitivamente no es correcto.

Es que sin entrar en el ya superado debate –canalizado por medio de las teorías que dieron en llamarse materialista, intermedia y amplia- acerca del asunto, basta recordar que en tanto “estado” de impotencia patrimonial que afecta al patrimonio en forma permanente y general, la cesación de pagos se distingue del hecho jurídico puntual que el incumplimiento implica, el que puede existir sin que exista aquella y viceversa; ésta configurarse sin que se verifique aquél.

Esto conduce a lo dicho;

es posible que se esté concursado sin encontrarse en cesación de pagos, lo que sucederá cuando el hecho que se invocó como relevador de la cesación de pagos, pierda tal significación al ser ponderado a la luz de la realidad económica integral del patrimonio del deudor.

Esto a mi juicio es lo que sucede en el sub examine. No soslayo la efectiva traba de las medidas cautelares dictadas en el pleito caratulado “Bustamante ..”, sin embargo, no comparto el argumento efectuado por la concursada dirigido a sostener que dicha medida la llevó a un estado de cesación de pagos. Adviértase que al muy poco tiempo de su dictado dicha medida fue levantada. Pero reitero: creo que es clave reparar en la designación correcta: estado de cesación de pagos. Decir que es un “estado” importa descartar que consista en un hecho aislado.

Coadyuvantemente, no dejo de señalar que cuantitativamente es un dato elocuente sobre aquella inexistencia del estado de cesación de pagos –cuanto menos actual- se refleja por las siguientes expresiones numéricas:

* Pasivo verificado: \$ 3.146.720,95 (v. 1846);

* Saldo Contable al 30.6.07: \$ 5.546.015,50 –fondos líquidos disponibles- (v., 2291 vta).

* Fondos depositados en autos: \$ 995.009,14 (v., fs. 2197).

La cesación de pagos ha sido definida como el estado patrimonial generalizado y permanente que refleja la imposibilidad de un sujeto de pagar, de manera regular, obligaciones exigibles, cualquiera sea la naturaleza de las mismas y las causas que lo generan.

Económica y jurídicamente es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él pesan (Maffia, O, Estado (de cesación de pagos) ¿del deudor, o de su patrimonio?", ED ejemplar del 26.6.01; Rivera J, "Instituciones de derecho concursal", t. I, p. 179, 2ª ed. actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003).

En tal marco, tengo para mí que el juez tiene la obligación de examinar –incluso de oficio- la efectiva configuración de la insolvencia antes de aplicar las soluciones previstas para ella y sólo frente a ella.

Que la cesación de pagos sea el presupuesto del concurso preventivo –como sin duda lo es (LC:1)- no se debe a un capricho del legislador, sino al hecho de que sus soluciones no sólo se explican frente a la situación excepcional y anómala que esa insolvencia implica, sin la cual, esas mismas soluciones –por completo razonables en su marco- serían inconstitucionales por atentar contra el derecho de propiedad de los perjudicados, al implicar un apartamiento drástico de los derechos adquiridos por ellos al amparo del derecho común.

El concurso preventivo esta previsto para situaciones en las cuales exista un verdadero estado de cesación de pagos, por lo que, si así no se utilizara y el juez lo permitiera, se estaría habilitando el uso del instituto en fraude a la ley.

Y esto está expresamente prohibido (LC:52:4). **En este sentido, es importante señalar que mientras que la apertura del concurso preventivo se realiza sin otro examen que el formal se contrarresta con el examen de fondo que pesa sobre el juez al homologar.**

En efecto, la indagación de la legalidad, en un concepto amplio, comprende las condiciones de admisibilidad del procedimiento. **Por tanto, es función de la sentencia de homologación verificar la subsistencia del presupuesto objetivo de apertura referente a la cesación de pagos, de suerte que si ese estado no perdura el juez debe actuar en consecuencia, denegando la homologación sin declaración de quiebra** (Heredia Pablo, ob. cit, t. 2, p. 213). El hecho que se hubiera dado curso a la apertura del presente procedimiento concursal no implica que no pueda luego denegarse la homologación del acuerdo si posteriormente resulta acreditado que los requisitos legales no se encuentran cumplidos en legal forma (SCBA, 9.4.74, ED 55-238).

Coadyuvantemente, cabe destacar que también se ha dicho, teniendo en cuenta la propuesta de pago efectuada por la UAR, que si no hay retraso en el pago, es decir, si la propuesta es de pago total sin diferimiento alguno, no existe causa para la continuación del proceso, pues desaparece uno de sus presupuestos: el estado de insolvencia (Heredia, P. ob.cit., p. 66),

La jurisprudencia y cierta doctrina, han señalado que la LC:52 no impide la facultad del juez de realizar un control excedente de la mera legalidad formal (García Martínez R, "La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos", ED 164-1249; Rivera J, "Instituciones...", t. I, p. 316), en casos en que el acuerdo pudiese afectar el interés público teniendo en cuenta lo dispuesto por los cciv: 953 y 1071 (Sala B, 3.9.96, Covello Francisca s/ quiebra).

Es decir, que al detectar el magistrado la ausencia del estado de insolvencia, debe actuar en consecuencia. Aquí no solo se encontraría en juego la verdad objetiva –como lo estaba en el siempre recordado caso “Colalillo”-, sino que también esta presente el deber de la jurisdicción de aventar aún la mera hipótesis de la utilización del concurso preventivo como mecanismo para la concreción de un fraude.

No digo, ni pienso que esto sea lo que intenta hacer la Unión Argentina de Rugby, ni mucho menos.

Sólo utilizo esta argumentación para demostrar que la solución que propicio es la única que, como diría nuestro más Alto Tribunal, se engarza con el resto del ordenamiento con el que esas normas se integran.

(vi.d) Se impone entonces en este contexto asumir los siguientes datos objetivos: a) los propios dichos de la concursada, ratificado por la sindicatura en su informe general -el cual mereciera una observación por parte de Sportfive quien así ratificó su posición originaria-, establecieron como fecha de cesación de pagos el día 21 de marzo de 2006 que es cuando se notificó el embargo decretado en el juicio "Bustamante Sierra" ; b) ese embargo fue levantado mediante decisorio del día 10 de mayo de 2006; c) los informes presentados por la sindicatura en este expediente -los cuales no merecieron observación alguna- no dan cuenta de una situación que refleje un estado de crisis; d) que al rescindir la UAR -en forma casi simultánea con la presentación en concurso- el contrato de agencia que la vinculaba con Sportfive obtuvo ingresos superiores a los que percibía hasta ese momento.

A tal reseña sumada a los conceptos vertidos en el transcurso de esta resolución relativos al presupuesto básico del estado de cesación de pagos y las características del mismo, cabe agregar las manifestaciones vertidas en el incidente de levantamiento de medidas cautelares (v. fs.173/4) por quienes representaban al Sr. Bustamante Sierra en el litigio que motivó el embargo, en las cuales resaltan que "...a) en ningún momento la concursada se presentó ...ante nuestro cliente o ante los suscriptos para manifestar los graves inconvenientes que manifestaron ante V.S. le ocasionan esta medida....b) que llama poderosamente la atención que no se hayan valido de una medida de sustitución como lo podrían hacer mediante la contratación de un seguro de caución judicial, a lo que se hubiera prestado y hoy prestaríamos la conformidad...c)...no podemos soslayar que los números del estado patrimonial presentado por la concursada, no ameritan la solicitud de una medida tan extrema, máxime cuando se reconoce en los medios periodísticos que tienen créditos por publicidad con empresas de reconocida solvencia que le aseguran un ingreso mínimo de mas de U\$S 2.000.000 anuales.. Asimismo la entidad Rectora de Rugby a nivel internacional les ha ofrecido su apoyo..."

Podría decirse que, específicamente en lo relativo a lo expuesto en el punto c) tales expresiones no pasan de ser una opinión de quien se presenta.

Sin embargo, ello encuentra sustento en las constancias que emanan del incidente de consignación promovido por VISA (expte. No. 065646) en el cual la empresa depositó una suma cercana a \$1.000.000 -producto del contrato de sponsoreo que la une a la

UAR- la cual ante el desistimiento del proceso por su parte, importó la transferencia de los fondos a la UAR.-

Es así entonces que los términos de la propuesta de acuerdo presentada, receptada favorablemente por la mayoría de los acreedores, excepto por el único integrante de la categoría "Sportfive de Argentina SA", a quien he considerado que no correspondía computarlo en los términos pretendidos por la UAR -esto es, tenerlo por aceptante tácito o excluirlo por acreedor hostil-, me impiden el decreto de quiebra, **simplemente porque es contrario a la razón**, por no encontrarse la UAR en estado de cesación de pagos. Por tanto tampoco puedo en los términos de la ley homologar el concurso preventivo.

Sin embargo, **sí debo revocar el auto de apertura del concurso preventivo por ausencia de un requisito indispensable, cual es la cesación de pagos con carácter estable y permanente** (conf. "Galassi 2000SA s/ concurso preventivo", Juzgado Civil y Comercial N0. 5 de la ciudad de Bahía Blanca, firme, del 14.11.01.).

Por ello Resuelvo: No homologar el acuerdo ofrecido por la Unión Argentina de Rugby Asociación Civil y, por los fundamentos expuestos en los considerandos que anteceden, revocar la sentencia de apertura del presente concurso preventivo, y todos los actos dictados en su consecuencia. Atento la forma en que se resuelve la cuestión, para la regulación de los honorarios de la sindicatura habrá de tomarse como pauta lo dispuesto por la LC:265:5 y los parámetros contenidos en la LC:266. En consecuencia y sobre la base patrimonial indicada por la sindicatura en el informe general del (LC:39) y los informes previstos por la LC:14 inc. 12, teniendo en cuenta la calidad, extensión e importancia de la tareas realizadas, regulo el honorario de la sindicatura clase "A" Estudio Emilio Giacumbo & Rafael Hernández en la suma de pesos y los de su letrado patrocinante Dr. José Francisco Merlo en la suma de pesos, haciéndose constar que en virtud de lo dispuesto por la LC: 257. Estos emolumentos se encuentran a cargo de la sindicatura. Notifíquese la totalidad de los estipendios profesionales fijados precedentemente. Hágase saber que los honorarios no incluyen IVA , impuesto éste a cargo de la obligada al pago de aquellos, como así también que los aludidos estipendios deberán hacerse efectivos en el plazo previsto por el LC:54. Intímase al síndico para que en el plazo de cinco días calcule la tasa de justicia que debe obrarse por el trámite de la presente causa. Notifíquese por Secretaría a esos efectos. Firme, comuníquese la decisión a la Excma. Cámara y al Archivo de Actuaciones Judiciales y Notariales.

Fernando Saravia

Juez



Ministerio Público de la Nación

Juz. 17 – Sec. 34 – Sala C nº 14.849/06

"Unión Argentina de Rugby Asociación Civil s/ concurso preventivo" (FG nº 100.427)

Excma. Cámara:

1. El juez de primera instancia rechazó el pedido de exclusión de voto del acreedor Sportfive de Argentina SA. Descartó que fuera un acreedor hostil que hubiera negado abusivamente su conformidad a la propuesta. Por el contrario, señaló que Sportfive se limitó a ejercer su derecho de no aprobar la propuesta, la que estimó inconveniente a la luz de la totalidad de sus derechos patrimoniales.

Al respecto, el *a quo* destacó que el análisis relativo a la conveniencia de la propuesta no quedó limitado exclusivamente al sacrificio patrimonial que representa la propuesta, sino que en el caso, no podía soslayarse que Sportfive desde el inicio del proceso sostuvo que la pretensión de la concursada tenía por única finalidad intentar resolver el contrato de agencia suscripto con su parte.

En ese contexto, consideró que las conformidades acompañadas por la Unión Argentina de Rugby eran insuficientes para alcanzar las mayorías que exige el art. 45 LC. Explicó que la UAR no obtuvo las mayorías legales dentro de la categoría de acreedores derivados de contratos de agencia, pues esta categoría está integrada por un único acreedor, Sportfive, que no aprobó la propuesta.

En consecuencia, el *a quo* rechazó el pedido de la concursada para que declare la existencia del acuerdo en los términos del art. 49 LC.

Sin embargo, no declaró en quiebra a la concursada, sino que revocó el auto de apertura del concurso preventivo, y todos los actos dictados en consecuencia, porque estimó que no se hallaba presente en el caso el presupuesto objetivo previsto en la normativa concursal, esto es, la cesación de pagos (art. 1 LC).

Explicó que los embargos que marcaron la fecha de cesación de pagos habían sido levantados, que a raíz de la resolución del contrato que la unía con Sportfive de Argentina S.A. habían aumentado sus ingresos y que los informes

recientemente presentados por la sindicatura no dan cuenta de una situación que refleje un estado de crisis.

2. Contra dicha resolución se alzarón la concursada y el acreedor Pop Tour S.H.

3. La concursada fundó su recurso a fs. 2382/2437.

Se agravió, en primer término, de que el juez haya considerado inexistente el estado de cesación de pagos de la UAR.

Negó que el embargo decretado en la causa “Bustamante Sierra” –en base al cual se fijó la fecha de cesación de pagos- fuera como afirmó el juez un hecho aislado que no prueba un estado de insolvencia permanente y generalizado.

Así, primero relativizó el requisito de permanencia del estado de insolvencia puesto que ningún deudor podría jamás encontrarse eternamente en cesación de pagos. Por lo demás, aseveró que el requisito de permanencia estaba satisfecho, como quedó demostrado desde que la UAR debió emplear fondos asistenciales y aportes personales de los directores para continuar su giro ordinario cuando quedaron cercenados prácticamente todos sus ingresos como consecuencia del embargo de sus cuentas bancarias y de todas las sumas que por la comercialización de sus derechos debía pagarle Sportfive.

Por otra parte, afirmó que era inadmisibile el argumento utilizado por Sportfive para controvertir el estado de cesación de pagos de la concursada. Señaló que el hecho de que la UAR contara con ingresos garantizados como consecuencia del contrato de agencia estimados por Sportfive en U\$S 5.350.000 no desvirtúa su estado de insolvencia porque tal cifra –en caso de ser correcta- sólo ingresaría al patrimonio de la UAR a fin de año, siendo las deudas exigibles inminentes.

Se agravió también las conclusiones del *a quo* en cuanto a que el estado de cesación de pagos había desaparecido. Argumentó que el juez sólo tuvo en cuenta el pasivo verificado y omitió valorar la importancia del pasivo condicional, eventual y pos-concursal, que superaba ampliamente su activo. Además, explicó que



Ministerio Público de la Nación

la mejora en su situación económica se debía justamente a los efectos propios del trámite del concurso preventivo puesto que había permitido el levantamiento del embargo trabado en la causa “Bustamante Sierra” y la resolución del contrato de agencia que la unía con Sportfive.

Por lo demás, se agravió de que el juez haya resuelto que no correspondía excluir a Sportfive del cómputo de las mayorías.

Señaló que los acreedores tienen derecho a negarse a aprobar la propuesta si consideran que no satisface adecuadamente su crédito. En ese sentido, destacó que el pago ofrecido -del 100% del crédito con intereses desde la presentación del concurso calculados a la tasa pactada contractualmente y a cinco días- satisfacía adecuadamente su crédito y que la negativa a consentir tal propuesta era, entonces, abusiva.

Denunció que la hostilidad de Sportfive se había puesto en evidencia a través de sus intentos de boicotear el concurso. Relató que el acreedor realizó una campaña mediática en la que cuestionó la transparencia de la presentación del concurso y pretendió persuadir a las Uniones Provinciales integrantes de la UAR de que no ratifiquen, en asamblea extraordinaria la decisión de concursarse. Además, denunció que Sportfive interfirió en la administración de la UAR negándose a dejar sin efecto el contrato de agencia resuelto en los términos del art. 20 LC.

Por último, agregó que los motivos que esgrimió Sportfive para justificar su decisión de no aprobar la propuesta ratifican su actitud hostil y extorsiva. Esto, porque se amparó en la omisión de la concursada de ratificar los nuevos contratos pactados en diciembre de 2006 con la Comisión negociadora, la ausencia de allanamiento de parte de la UAR a lo discutido en el incidente de revisión y el cálculo de los intereses reconocidos en la propuesta de pago.

4. Pop Tour SH expresó agravios a fs. 2939/2442.

Se agravió de que el *a quo* haya resuelto revocar todos los actos cumplidos como consecuencia de la apertura de este concurso preventivo.

Manifestó que como acreedor debió someterse inexorablemente por el plazo de dos años al proceso concursal. Durante ese período, insinuó su crédito, cuya existencia y legitimidad mereció análisis judicial., para ser finalmente admitido en el pasivo del concurso.

En consecuencia, adujo que la sentencia verificatoria que reconoció su crédito contra la UAR debía ser considerada título hábil para la ejecución al deudor. Argumentó que la nulidad declarada no debe afectar los efectos de cosa juzgada que surte la resolución homologatoria porque ello implicaría violar el principio de preclusión.

5. Considero que la decisión del *a quo* de revocar el auto de apertura concursal y todos los actos emitidos en consecuencia debe ser revocada.

La nulidad declarada carece de fundamento legal. Las causales de nulidad de los actos son sólo las previstas en la ley y no pueden ser ampliadas como consecuencia de la discrecionalidad del juez (art. 1037 y ss. Civil).

En lo que concierne al caso, la valoración del estado de cesación de pagos podría acarrear la nulidad del procesos si proviene de la existencia de abuso o fraude a la ley (art. 52.4 LC y art. 1044 CCivil).

Sólo en tales casos, que no se configuraron en autos, aparece justificada la declaración de nulidad.

Esta Fiscalía ha promovido la declaración de nulidad de procesos concursales ante la existencia de fraude.

Por ejemplo, recientemente, en el caso “M.J.V. s/ concurso preventivo” –a estudio de esa Sala- solicité la nulidad porque el deudor pretendió utilizar fraudulentamente el instituto del concurso preventivo, presentándose sin estar en una real situación de insolvencia, sólo para incumplir las deudas que mantenía con su ex esposa en concepto de alimentos y emergentes de la división de la sociedad conyugal. Para eso, fraguó su presunta cesación de pagos, a punto tal que el síndico no pudo determinar la fecha de cesación de pagos porque a su entender el concursado siempre estuvo *in bonis*. Además, en ese caso, la propuesta había sido



Ministerio Público de la Nación

votada por una sociedad *off shore* que invocó un crédito millonario cuya existencia y legitimidad no había sido probada y era más que dudosa (v. dictamen n° 117.183 del 13 de septiembre de 2007).

Por otra parte, en “APES s/ concurso preventivo” solicité la nulidad porque los hechos del caso indiciaban que se trató de una simulación ilícita para perjudicar los derechos del único acreedor importante, un crédito laboral insinuado por \$223.922,29 que no fue admitido. En ese caso, el deudor al concursarse había denunciado un pasivo millonario, del que sólo fue verificado un crédito por \$1.899,24 lo que revelaba la inexistencia de un real estado de cesación de pagos (v. dictamen n° 103.223 del 24 de noviembre de 2004).

En ambos precedentes, el pedido de nulidad estuvo motivado en que eran casos de fraude procesal, donde el deudor pretendió utilizar el concurso preventivo no para lograr la consecución del interés público previsto por el legislador para permitir una solución colectiva al estado de insolvencia, sino por el contrario, para imponer unilateralmente quitas y esperas a los acreedores, con ilicitud.

Es decir, se trató de casos en los que los deudores concursados utilizaron maniobras tendientes a obtener una sentencia homologatoria con fines ilícitos (sobre fraude procesal, v. Peralta Reyes, Victor “Fraude a la ley y fraude a los acreedores. La acción revocatoria ordinaria o pauliana”, Rev. LL, 26.06.06).

En el *sub examine*, sin embargo, estimo que no existen circunstancias análogas que permitan promover la nulidad del auto de apertura concursal y de todo lo actuado en consecuencia.

Esto es así porque no puede tenerse por acreditada la existencia de abuso o fraude en la presentación del concurso de la UAR.

6. En el caso debe descartarse la existencia de fraude, en el sentido de que no se ha “fraguado” mediante artificios el estado de cesación de pagos que motivó la presentación en concurso. El mismo juez *a quo* descartó esta hipótesis (v. resolución apelada, fs. 2282 anteúltimo párrafo).

El estado de cesación de pagos ha sido definido como la

imposibilidad de afrontar de modo regular las obligaciones contraídas, dando lugar a una situación patrimonial que revele ser permanente, estable e incapaz de ser saneada por vías normales al alcance del deudor (cfr. Moro, Carlos E. "Ley de concursos.", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. Tomo I, pág. 32).

La idea central que lo caracteriza es que el patrimonio del deudor se manifiesta impotente para afrontar con recursos normales, el cumplimiento de las deudas líquidas y exigibles que lo gravan (v. Heredia, Pablo D. "Tratado Exegético de Derecho Concursal" Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo I, pág. 217 y doctrina y jurisprudencia allí citada).

De las constancias de autos surge debidamente acreditado que cuando la UAR se presentó en concurso preventivo el 10 de abril de 2006 se encontraba impedida de atender a sus obligaciones con sus recursos regulares. Es decir, estaba en cesación de pagos.

De hecho, no es posible desconocer que existía un juicio "Bustamante Sierra José Guillermo c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ ordinario" de trámite ante el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial de la 10° Nominación de la Ciudad de Córdoba, donde la UAR había sido condenada en diciembre de 2004 por \$1.342.190,50 (v. sentencia copiada a fs. 29 y ss. del incidente de levantamiento de medida cautelar).

En el marco de esa causa, y mientras dicha condena era revisada por la Cámara de apelaciones competente, el 28 de octubre de 2005 se ordenó un embargo preventivo por la suma de \$1.610.628,60 a trabarse sobre los fondos existentes en cualquier cuenta bancaria de la entidad y bajo cualquier operatoria.

Como consecuencia de esa medida la UAR se vio privada de disponer de fondos embargados por la suma de \$387.113,37 (v. presentación de fs. 150/155 del incidente de levantamiento de medidas cautelares y los anexos de documentación allí acompañados).

A su vez, el 9 de marzo de 2006 el mismo juez ordenó a



Ministerio Público de la Nación

Sportfive de Argentina S.A. que deposite a la orden del juzgado los fondos que tuviera que pagar a la UAR hasta cubrir la suma de \$1.200.000 (v. fs. 131 del incidente de levantamiento de medidas cautelares).

Entonces, la UAR dejó de percibir ingresos por otros \$826.992,92 ya que los días 22 y 27 de marzo de 2006 Sportfive de Argentina S.A. realizó depósitos por \$366.240,21 y \$460.752,71 a la orden del juicio "Bustamante Sierra".

Es importante advertir en este contexto que la UAR es una asociación civil sin fines de lucros, que depende necesariamente de los ingresos provenientes de la explotación de sus derechos audiovisuales, y de comercialización a nivel mundial, que fue cedida a Sportfive S.A. mediante el contrato que luce, traducido a fs. 25 y ss. del incidente de resolución de contrato).

El embargo de los pagos que debía recibir de Sportfive y de todas sus cuentas implicó que la UAR vio cercenados sus ingresos casi totalmente. Se vio privada de disponer de más de un millón de pesos, que eran estrictamente necesarios para hacer frente a sus obligaciones.

Tal situación derivó en que no pudiera afrontar sus obligaciones con recursos ordinarios. Por eso, tuvo que recurrir a recursos extraordinarios: préstamos personales otorgados por los directivos de la UAR e incluso fondos destinados a fines asistenciales del denominado "Fondo Solidario" (v. fs. 2382 y resolución dictada en los términos del art. 36 LC).

La imposibilidad de la UAR de afrontar sus obligaciones fue a su vez acreditada en el Anexo IV obrante a fs. 201/213, donde la concursada acompañó intimaciones de pago de más de una docena de acreedores por un monto estimativo que supera el millón de pesos.

En definitiva, debe concluirse que el estado de cesación de pagos de la UAR no fue fraguado.

Los embargos en función de los que se acreditó la insolvencia de la UAR y en función de los que se fijó el inicio de la cesación de pagos existieron. Fue ordenados pocos meses antes de la presentación en concurso por un juez

competente y a pedido de un tercero que había obtenido en primera instancia una condena millonaria contra la UAR.

Dichos embargo se levantaron recién el 10 de mayo de 2006 luego de la primera publicación de edictos (v. fs. 1263 y ss.). Es decir, cuando el concursado ya no podía desistir de este proceso (art. 31 LC).

De esa manera, la decisión de anular el proceso concursal es inadmisibile y carece de fundamento legal.

No puede reprocharse al concursado algo que la ley le prohíbe hacer y la UAR estaba impedida legalmente de desistir voluntariamente del concurso –por mucho que hubiera mejorado su situación económica- porque ya se habían publicado los edictos.

7. Por lo demás, tampoco existió un caso de abuso que justifique la decisión de anular lo actuado en el concurso. Ni puede afirmarse -de acuerdo a las constancias de autos- que la UAR haya ejercido abusivamente su derecho a concursarse porque no se encontraba en cesación de pagos. Ni puede afirmarse que haya utilizada el concurso para resolver el contrato que la vinculaba con Sportfive.

7.1. En primer término, como quedó claro en el apartado anterior, la UAR estaba en un estado de impotencia patrimonial cuando se presentó en concurso preventivo.

Como consecuencia de los embargos dispuestos en el juicio “Bustamante Sierra” que la privaron de percibir sus principales ingresos y le impidieron disponer de más de un millón de pesos, la UAR no contaba con recursos regulares para hacer frente a sus obligaciones.

Estos hechos no fueron cuestionados ni por Sportfive, que sin desconocer las circunstancias reseñadas, sostuvo que se trató de un “problema de caja fácilmente superable” (v. fs. 2509).

Tal argumento es inadmisibile.

Sportfive plantea que la UAR pudo haber afrontado el cumplimiento de la condena dictada en el juicio “Bustamante Sierra” con los ingresos



Ministerio Público de la Nación

que percibiría durante el año de diversos sponsors producto del contrato que las vinculaba. También sostiene que la UAR pudo haber pedido el levantamiento o la sustitución del embargo. De esa forma, afirma, se hubiera superado la crisis económica sin necesidad de concursarse (v. contestación de memorial de fs. 2504/2515 y fs. 65/69 del incidente de nulidad promovido por Sportfive).

Lo cierto es, sin embargo, que los argumentos con los que Sportfive pretende controvertir la existencia del estado de cesación de pagos de la UAR son meras conjeturas realizadas *ex post facto*.

El análisis *ex post facto* que propone Sportfive suele hacerse para determinar la fecha de inicio de la cesación de pagos, pero no es adecuado para decidir sobre de la homologación. La discusión sobre si el concurso era necesario para superar el estado de insolvencia no es causal de impugnación salvo que encuadre en un caso de abuso o fraude de los del art. 52.4 LC, lo que no sucedió en autos.

Se trata en definitiva de un razonamiento meramente hipotético, que no sirve para explicar los hechos tal como acontecieron y que se limitan a crear una situación de duda o sospecha que resulta insuficiente para anular el concurso sin daño a la seguridad jurídica.

La situación de insolvencia debe ser analizada desde la perspectiva real verificada al momento en que se tomó la decisión de concursarse. No caben dudas respecto a que el 10 de marzo de 2006, cuando la UAR solicitó la apertura de su concurso, no podía hacer frente a sus obligaciones, ni era posible asegurar si la condena dictada en su contra en el juicio de "Bustamante Sierra" sería revocada, o si los embargos serían levantados.

Por lo demás, para cuando quedó decidido el levantamiento del embargo ya no podía desistir legalmente del concurso.

En definitiva, la UAR se presentó legítimamente en concurso dadas las circunstancias económicas reseñadas. Se limitó a ejercer un derecho que la ley le reconoce: concursarse para superar su estado de insolvencia.

Partiendo de esa base, el análisis meramente conjetural de si pudo hacer otra cosa para solucionar sus problemas económicos, y no lo hizo, es irrelevante y no produce efectos jurídicos. Esto es así porque dicha valoración implicaría ingresar en la esfera de discrecionalidad de las decisiones que toma el deudor para afrontar sus problemas. De esa forma se afectaría la libertad de ejercer un derecho –a concursarse- que la ley le reconoce.

Es desmesurado suponer que un deudor que no puede hacer frente a sus obligaciones tenga el deber de agotar todos los demás recursos antes de presentarse en concurso o que deba esperar para determinar si es una situación permanente. Bien por el contrario, la ley 19.551 consideraba conducta culpable que el deudor insolvente no se presente en diez días. Esto demuestra que el razonamiento de la sentencia, que postuló que se revoque el auto de apertura del concurso porque la situación de insolvencia había sido superada es incompatible con los principios concursales y sólo es aplicable en otros contextos donde haya mediado fraude o abuso del proceso concursal.

La determinación de si pudo hacer otra cosa no deja de ser una aprensión subjetiva, lo dirimente es que no le era exigible intentar tales caminos. Desde que tenía derecho a concursarse en las condiciones en que lo hizo, la pregunta relativa a si pudo o no hacer otra cosa para resolver su crisis es superflua, y carece de entidad jurídica para anular un trámite o sostener que hubo abuso de derecho. Máxime cuando la duda o sospecha sólo se puede resolver a favor del deudor, porque en un sistema liberal es preferible que diez culpables sean absueltos a que un inocente sea injustamente condenado.

7.2. Por lo demás, tampoco puede afirmarse que la UAR haya abusado del proceso concursal para resolver el contrato de agencia que lo unía con Sportfive.

El art. 20 LC le otorga al concursado el derecho a resolver contratos con prestaciones recíprocas pendientes y la cámara ya juzgó que este contrato estaba incluido en la norma (v. resolución de fs. 655/656 del incidente de



Ministerio Público de la Nación

resolución de contrato).

Por lo tanto, la resolución del contrato fue el resultado de que el concursado ejerció un derecho que le da la ley.

Si, como dijimos, la presentación de la UAR en concurso fue legítima, el ejercicio del derecho que la ley concursal le otorga a la concursada para resolver los contratos con prestaciones recíprocas pendientes no puede ser cuestionado. No es posible, como pretende Sportfive, negarle retroactivamente a la UAR el derecho que le confiere el art. 20 LC. Esto sólo podría ocurrir en caso de que hubiera habido abuso o fraude en la presentación en concurso, lo que, como vimos, no sucedió..

A mayor abundamiento, destaco que tampoco parece irrazonable o abusivo que la UAR haya pedido la resolución del contrato que la vinculaba a Sportfive dado que hallarse en situación concursal sin disponibilidad de sus ingresos, que eran percibidos casi totalmente por un tercero, implicaba un alto riesgo. Máxime cuando ya se habían evidenciado desavenencias anteriores respecto a la ejecución del contrato. Entre ellas, cobra especial relevancia el reclamo de la UAR respecto a las dificultades que tuvo el auditor externo contratado para controlar la liquidación de las sumas que le debía Sportfive en concepto de los contratos de sponsors (v. fs 134 del incidente de resolución de contrato).

La UAR también denunció en el marco del incidente de resolución de contrato que Sportfive se había manejado en forma *temeraria* en la ejecución del contrato. Destacó que Sportfive Argentina S.A. carecía de estados contables auditados para sus últimos dos años fiscales y además, denunció la existencia de diversos borradores de rendiciones de cuentas a septiembre de 2005 todos con cifras diferentes. Todo ello hacía imposible controlar si las sumas que pagaba Sportfive en cumplimiento del contrato eran correctas (v. nota de fs. 134).

Sin fondos, sin control sobre quien percibía sus principales ingresos y con una cláusula de jurisdicción en el extranjero, ya no sólo se trataba de una situación leonina para el contratante, sino que ahora la UAR enfrentaba el riesgo

de irse a la quiebra si no podía acceder a la disponibilidad de sus fondos porque estaban siendo administrados por un tercero. De no haber existido tales desinteligencias, no hubiera sido necesario pedir la resolución, lo que de algún modo no es ajeno a la conducta del contratante que se dice afectado, dada la situación de total dependencia en que se hallaba la UAR respecto del tercero.

En consecuencia, estimo que en el caso, y dentro del marco argumentativo que venimos desarrollando, la resolución del contrato que vinculaba a la concursada con Sportfive no puede ser impugnada.

8. En este contexto, cabe analizar si la UAR reunió mayorías legales suficientes para que se declare la existencia del acuerdo en los términos del art. 49 LC. Para ello, resulta dirimente resolver si corresponde excluir a Sportfive del cómputo de las mayorías.

Al respecto, considero que Sportfive debe ser excluido del cómputo de las mayorías por haber ejercido su derecho en forma abusiva (art. 1071 CCivil).

Una vez descartada la existencia de fraude o abuso en la presentación en concurso preventivo de la UAR, estimo que la conducta del acreedor de negarse a recibir el pago casi total que se le ofrece es abusiva. El argumento con el que pretende justificar su negativa es inadmisibles. El contrato cuya continuación pretende quedó resuelto por efecto de la facultad que le confiere el art. 20 LC, como quedó decidido por V.E. a fs. 655/656 del incidente de resolución de contrato. Además, la resolución del contrato que resiste Sportfive es irreversible, dado que la falta de mayorías causa la quiebra de la UAR.

Desde este punto de vista, el fin declamado para oponerse no está justificado, y puede estimarse ilegítima su negativa.

En circunstancias como la reseñada, donde la intransigencia del acreedor dificulta o, como sucede en el caso, directamente impide la obtención de las mayorías, –en lugar de intentar soluciones por afuera del proceso con maniobras que incluso pueden ser delictivas, vgr. comprar votos o recurrir al fraude- el deudor debe



Ministerio Público de la Nación

plantear al juez el abuso del deudor, porque éste procede por aplicación de los principios generales del derecho (art. 1071 CCivil) que son aplicables de oficio en un proceso de orden público como es el concursal.

Esto no implica introducir un factor de amplia discrecionalidad para los jueces, dado que el abuso del acreedor debe estar fundado en datos objetivos y principios superiores de nuestro ordenamiento, como el daño social o en el caso, la ilegitimidad de la negativa en virtud del pago total y la irrazonabilidad del motivo argüido para justificar su negativa a consentir el concordato.

En conclusión, estimo que V.E. debe excluir del cómputo de las mayorías al acreedor Sportfive de Argentina y declarar la existencia de acuerdo en los términos del art. 49 LC.

10. Por último, destaco que toda vez que a criterio de esta Fiscalía V.E. debe revocar la resolución apelada, el recurso de apelación deducido por Pop Tour SH ha devenido abstracto porque versa sobre los efectos que debería tener la decisión del *a quo* en cuanto revocó el auto de apertura y los actos dictados en consecuencia.

Por ende, considero que V.E. debe revocar la resolución apelada; excluir a Sportfive de Argentina S.A. del cómputo de las mayorías; declarar la existencia del acuerdo en los términos del art. 49 LC y declarar abstracto el recurso de Por Tour SH.

Dejo así contestada la vista conferida.

Buenos Aires, mayo 6 de 2008.

8

Fdo. Alejandra Gils Carbó. Fiscal General

Dictamen nº 119537

219537

Poder Judicial de la Nación

**"U.A.R. UNION ARGENTINA DE RUGBY ASOCIACION CIVIL
S/ Concurso preventivo"**

Expediente N° 14849.06

Juzgado N°17 Secretaría N°34

Buenos Aires, 31 de octubre de 2008.

Y VISTOS:

I. Fueron elevadas las presentes actuaciones en virtud de los recursos interpuestos por la U.A.R. y Pop Tour S.H. contra la resolución dictada en fs. 2266/2285.

Los memoriales de las recurrentes obran en fs. 2334/2436 (concurzada) y fs. 2439/2442 (Pop Tour S.H.), siendo respondidos en fs. 2448/2453 y fs. 2504/2514 por la sindicatura y Sportfive de Argentina S.A., respectivamente, el primero de ellos y en fs. 2444/2446 y fs. 2455/2457 por la concursada y la sindicatura, el segundo.

II. Agravia a la concursada la decisión del *a quo* en razón de que este afirmó que nunca habría habido estado de cesación de pagos que justificara la apertura del concurso que revocó y que, en cualquier caso, ese estado no existiría al momento en que dictaba la resolución. Sostiene que no resultaría correcto considerar que el embargo decretado en el expediente caratulado "Bustamante Sierra, José G. c/Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ordinario", fuese un hecho circunstancial que no probaba un estado de insolvencia permanente y generalizado.

También agravia a la U.A.R. que no se excluyera de la base de cómputo de las mayorías legales al acreedor Sportfive de Argentina S.A., pues debía ser considerado como un acreedor hostil al negar su conformidad de modo abusivo.

Por su parte, el restante recurrente se agravia por el hecho de que el magistrado de la anterior instancia haya dispuesto que la revocación de la resolución del art. 17 LCyQ importaba la revocación de todos los actos cumplidos en su consecuencia; en subsidio plantea la nulidad del fallo en cuestión, puesto que de mantenerse, se habría decretado nulo todo el proceso, afectando derechos de terceros de buena fé.

Poder Judicial de la Nación

III. **Recurso de la U.A.R.:** un análisis integral de las constancias de estas actuaciones, de los distintos incidentes que fueron iniciados en relación con el principal y, en especial, el memorial de agravios presentado por la U.A.R. y su respuesta por Sportfive de Argentina S.A., así como todo cuanto fuera expresado en las distintas audiencias celebradas en esta Alzada, teniendo particularmente en cuenta lo que emana del acuerdo conciliatorio expresado en la presentación de fs. 2620/2621, llevan a la conclusión de que corresponde revocar la decisión recurrida.

En primer lugar, quien no aceptara la propuesta que en su oportunidad le fuera formulada y, cuestionó la veracidad del estado de cesación de pagos invocado por la concursada como fundamento para solicitar la apertura del concurso preventivo (Sportfive de Argentina S.A.), ha expresado en esta instancia, en el *acuerdo conciliatorio* reservado en autos,:

- a) que el contrato que unió a las partes, ha quedado resuelto por haberlo así declarado la U.A.R [cláusula 2-sección 2.2 (a.1)];
- b) que reconoce ahora un real estado de cesación de pagos, que habría determinado la legítima y válida presentación en concurso, respecto de lo cual retira todas las objeciones formuladas, tanto en sede judicial como extrajudicial [misma cláusula y sección (a.2)];
- c) el otorgamiento de conformidad expresa a la propuesta de acuerdo preventivo presentado por la U.A.R. en fecha 28.5.07 [misma cláusula y sección (b)].

Estas aclaraciones hechas por el acreedor Sportfive de Argentina S.A. hacen que queden despejadas las dudas que pudieron haber existido en algún momento sobre los extremos ahora admitidos.

Por otro parte, dada la trascendencia de los valores en juego, el Tribunal considera del caso señalar que el propio magistrado de la anterior instancia, al dar tratamiento al tema relacionado con la *cesación de pagos*, expuso que "*... está presente el deber de la jurisdicción de aventar la mera hipótesis de la utilización del concurso preventivo como mecanismo para la concreción del fraude*", añadiendo a renglón seguido que "*no digo, ni pienso que esto sea lo que intenta hacer la Unión Argentina de Rugby, ni mucho menos*" (fs. 2282-párrafos cuarto y quinto).

Poder Judicial de la Nación

En el mismo sentido, esto es, en cuanto a la inexistencia de indicios que pudieran configurar una situación de fraude, parece importante destacar algún aspecto del dictámen de la Fiscal General ante esta Cámara. Sostuvo que *"Las causales de nulidad de los actos son sólo las previstas en la ley y no pueden ser ampliadas a otras hipótesis con discrecionalidad (art. 1037 y ss. CCivil). En lo que concierne al caso, la constatación de la ausencia o desaparición del estado de cesación de pagos sólo podría acarrear la nulidad del proceso si proviene de la existencia de fraude (art. 1044, CCivil), lo que el juez ha descartado"* (fs. 2555).

En otros párrafos, expresó que *"... la ley no admite que el proceso concursal se anule porque el deudor recupera su solvencia patrimonial durante el trámite..."* o que *"... introducir una causal de nulidad del proceso de esa naturaleza no sólo extralimita el texto legal, sino que causaría un factor de inseguridad jurídica incompatible con los fines del procedimiento"* (sic fs. 2555 - párrafo segundo). También dijo que *"... a la luz de esas constancias, corresponde concluir que el hecho determinante de la insolvencia no ha sido fraguado para abusar de la jurisdicción, porque provino de un tercero y de una orden judicial"* (sic. fs. 2555 vta. - párrafo tercero).

Las circunstancias hasta aquí puestas de resalto, determinan que deba acogerse favorablemente el recurso que dedujera la concursada, tal como fuera anticipado, revocando entonces el pronunciamiento de fs. 2266/2285 en su integridad, debiendo proceder -en consecuencia- el magistrado de la anterior instancia, a continuar con los pasos que prevé la ley 24.522, según la etapa que en el concurso preventivo estaba atravesando.

Las costas del presente se impondrán en el orden causado, en atención a la forma en que se decide y lo expresamente requerido por las partes (art. 68 - 2do. párrafo del Cód. Proc.).

IV. Recurso de Pop Tour S.H. y de la Sindicatura: En razón de lo que se ha decidido al tratar el recurso de la concursada, cuadra declarar abstracto el análisis de los recursos impetrados en su oportunidad por este acreedor y el órgano concursal en materia de

Poder Judicial de la Nación

honorarios. Costas por su orden atento el modo en que se decide.

V. Por ello, se resuelve: 1) admitir el recurso interpuesto por la U.A.R. Unión Argentina de Rugby y Asociación Civil y, en consecuencia, revocar la resolución dictada en fs. 2266/2285; 2) declarar abstractos los dos restantes recursos deducidos (Pop Tour S.H. y sindicatura) y, 3) costas por su orden en ambos casos.

Notifíquese; a la Sra. Fiscal General remitiéndosele las actuaciones. Oportunamente, devuélvase.

El Dr. Juan Manuel Ojea Quintana, no suscribe la presente en razón de haberse excusado (v. fs. 2523).

José Luis Monti, Bindo B. Caviglione Fraga. Ante mí:
Jorge A. Juárez. Es copia del original que corre a fs. 2623/6 de los autos de la materia.