



Ministerio Público de la Nación

PROFESOR PATRICIO PO
SECRETARIO
FISCALÍA CÁMARA COMERCIAL

Juz. 17 – Sec. 34 – Sala C n° 14.849/06

"Unión Argentina de Rugby Asociación Civil s/ concurso preventivo" (FG n° 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 alzó la concursada y el acreedor Pop Tour S.H.

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

Se agravó, 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 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 inadmisibles 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 agravó también de 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 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. 2939/2942.

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. A mi modo de ver, el recurso del apelante debe prosperar por las razones que a continuación expongo.

La sentencia declara nulo el concurso sobre la base de que la UAR no se hallaría en cesación de pagos. Para arribar a esa conclusión, el juez dice que el estado de cesación de pagos invocado al inicio no tenía carácter permanente y que, al no haber perdurado, procede anular el proceso. En tal sentido, destaca: a) que el embargo millonario invocado por la UAR se levantó al mes; b) que los informes del síndico en el expediente no reflejan una situación de crisis; c) que al rescindirse el contrato de agencia celebrado con Sportfive la UAR obtuvo ingresos superiores a los que estaba percibiendo; d) cita los dichos de un testigo sobre que la concursada no intentó la sustitución del embargo; e) toma en cuenta un depósito en consignación de VISA realizado el 22 de abril de 2007; el saldo contable por fondos líquidos disponibles al 30 de junio de 2007 en \$ 5.546.015,50 y los fondos depositados de \$ 995.009,14 el día 3 de julio de 2007, a fs. 2197.

Finalmente, el juez puntualiza que no está probado, y que ni siquiera piensa, que la UAR haya utilizado el concurso preventivo como mecanismo para la concreción de un fraude.

Ante esas consideraciones, estimo que la nulidad decretada es improcedente porque carece de fundamento legal. 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.

En cambio, la ley no admite que el proceso concursal se anule porque el deudor recupera su solvencia patrimonial durante el trámite, dado que, justamente, es uno de los propósitos del remedio jurisdiccional. La suspensión de los actos de ejecución, de los juicios en trámite y de los intereses, la resolución de contratos admitida por el art. 20, el levantamiento de medidas precautorias sobre bienes o cuentas bancarias, etc. podría ocasionar que el deudor nuevamente se halle en fondos. De modo 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.

La evaluación *ex post facto* que realiza la sentencia sobre si los hechos que exteriorizaron la cesación de pagos constituyeron una iliquidez temporal o permanente, aplicando la tesis materialista, intermedia o amplia del concepto de cesación de pagos, son pertinentes en la quiebra para fijar el inicio del período de sospecha. Pero el legislador concursal no ha previsto que el juez pueda indagar si a lo largo del trámite el concursado recuperó su solvencia para anular el proceso, salvo que mediara un fraude (art. 52.4 LC).

Más todavía, si se advierte que los hechos que son ponderados por el *a quo* para arribar a esa conclusión sucedieron como efecto derivado de la situación concursal, es decir, como resultado de los remedios que la ley facilita al deudor para poder seguir adelante con su actividad y –esto es fundamental– con posterioridad a la oportunidad en que éste podía desistir del procedimiento.

En efecto, cabe recordar que la cesación de pagos es un estado del patrimonio de una persona por el cual ésta se revela impotente para hacer frente a las deudas que lo gravan (v. Fernández R. "Fundamentos de la Quiebra", pág.

296); es "la situación de impotencia patrimonial que se infiere de cualquier manifestación exterior que patentiza en forma inequívoca la imposibilidad del deudor para satisfacer sus obligaciones con recursos regulares (Cámara Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra", Tomo III, pág. 1570).

En el caso, la UAR denunció que no se hallaba en condiciones de cumplir sus obligaciones con recursos regulares a raíz de un embargo decretado en el juicio "Bustamante Sierra José Guillermo c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ ordinario" en trámite ante el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 10° Nominación de la Ciudad de Córdoba. El 28 de octubre de 2005 el juez decretó un embargo preventivo por la suma de \$ 1.610.628,50 sobre las cuentas bancarias de la entidad y sobre los ingresos que tuviera para percibir Sportfive de Argentina SA: pertenecientes a la UAR. En esas condiciones, la UAR sostuvo que no podía afrontar sus obligaciones con recursos ordinarios y que hasta debió recurrir a préstamos personales otorgados por sus directivos y a los fondos recaudados para fines asistenciales del denominado "Fondo Solidario" (v. fs. 29 del incidente de levantamiento de medida cautelar, fs. 2382 de estos autos). También acompañó intimaciones de pago cursadas por más de una docena de acreedores por un monto aproximado a \$ 1.000.000 (fs. 201/213).

En definitiva, 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.

Además, cabe tener presente que el art. 31 de la Ley de Concursos permite al deudor desistir de su convocatoria de acreedores hasta la primera publicación de edictos. En el caso, esto ocurrió el 4 de mayo de 2006 (fs. 1263), mientras que el embargo en cuestión fue levantado el 10 de mayo de ese año. En consecuencia, la UAR no podía desistir de su concurso preventivo aún cuando hubiera recuperado la disponibilidad de sus fondos, porque la ley se lo prohíbe, salvo que contara con la conformidad del 75% del capital quirografario. Desde ese punto de vista, es claro que no puede reprocharse al concursado que no haya realizado un



Ministerio Público de la Nación

MINISTRO PATRICIO FOX
SECRETARIO
CAMARA CONSERVATA

acto que la ley le impide efectuar.

El acreedor Sportfive Argentina SA planteó que la UAR pudo haber afrontado el cumplimiento de la condena dictada en el juicio "Bustamante Sierra" con los ingresos que percibiría durante el año a través de diversos sponsors, o que pudo haber pedido su sustitución mediante aval bancario o seguro de caución. De esa forma, dice, hubiera superado la crisis económica sin necesidad de concursarse.

Nuevamente, debo señalar que juzgar retrospectivamente la decisión del deudor de presentarse en concurso preventivo para dilucidar si pudo solucionar sus dificultades de otro modo conduce a quebrar la seguridad jurídica, porque esa objeción no constituye una causal de nulidad –salvo fraude– y es un examen que se funda en conjeturas.

Tampoco es encuadrable ese planteo como una causal de impugnación del acuerdo, aún admitiendo que no son taxativas, porque exorbita el cauce legal introducir un debate sobre el carácter permanente o transitorio de la insolvencia denunciada, para luego anular retroactivamente el proceso. Esta innovación daña la seguridad jurídica que exige el proceso concursal porque implica adentrarse en la esfera de discrecionalidad de las decisiones que toma el deudor para afrontar sus problemas económicos, pues mientras sean lícitas, no pueden ser reprochadas sin invadir su esfera de libertad para elegir los diversos remedios que el derecho ha puesto a su disposición.

El planteo de Sportfive sobre que la UAR se presentó en concurso al solo efecto de rescindir el contrato de agencia que los vinculaba, no deja de ser conjetural. Las razones dadas por el impugnante, aunque están bien fundadas, sin embargo no pasan de crear una situación de duda, o de sospecha, que resulta insuficiente para anular un concurso preventivo sin daño a la seguridad jurídica.

Lo cierto es que, en el caso, el 10 de marzo de 2006, cuando la UAR solicitó la apertura de su concurso, no podía hacer frente a sus obligaciones

con recursos regulares en virtud del embargo de sus cuentas bancarias y de sus ingresos a percibir, por una cifra millonaria. Cuando quedó decidido el levantamiento del embargo ya no podía desistir legalmente del concurso. Indagar si esa indisponibilidad de fondos fue transitoria o permanente y si el concursado pudo recurrir a otros medios, constituye una cuestión susceptible de opiniones diversas que no es causal de nulidad en nuestro derecho.

Carece de fundamento normativo postular que el deudor que no puede hacer frente a sus obligaciones tenga el deber de agotar todos los demás recursos antes de presentarse en concurso preventivo, o que deba esperar un lapso razonable para determinar si se trata de una situación permanente. Bien por el contrario, la ley 19.551 calificaba como conducta culpable al deudor insolvente que no se presentaba en concurso dentro de los diez días que tomara conocimiento de los hechos reveladores de la cesación de pagos.

Considerando –por las razones ya expuestas– que la UAR 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 carece de entidad jurídica para anular un proceso o para sostener que hubo abuso de derecho. Máxime, cuando en un caso como el presente, la duda o sospecha que Sportfive plantea sólo puede resolverse en favor del deudor, dado que no es legalmente admisible anular el concurso con base en conjeturas que no llegan a ser indicios suficientes para tener por probado un fraude procesal.

6. En definitiva, no hallo acreditado, con grado de verosimilitud, que la UAR haya abusado de la jurisdicción, presentándose en concurso al solo efecto de resolver el contrato de agencia que lo unía con Sportfive.

El 7 de setiembre de 2004, la UAR y Sportfive SA celebraron un contrato mediante el cual la primera otorgó a la segunda la licencia exclusiva para el uso y la explotación en todo el mundo de los derechos audiovisuales, de comercialización de mercaderías (*merchandising*) y de marketing de titularidad de la UAE, con particular referencia a las actividades de sus equipos de rugby –incluyendo



Ministerio Público de la Nación

FRANZESO PATRICIO TEER
SECCIÓN
FISCALÍA CÁMARA

la selección argentina, conocida como "Los Pumas", hasta el 31 de diciembre de 2008, a cambio de una comisión equivalente al 25% de la facturación neta derivada de dicha explotación, en la medida en que tal facturación excediera un monto mínimo garantizado.

No hallo fundamentos objetivos para juzgar como abusiva la decisión de la UAR de pedir, en el marco del concurso, la resolución del contrato que la vinculaba a Sportfive, dado que al hallarse en esa situación procesal, el hecho de que un tercero tuviera a su cargo la recaudación de sus ingresos, implicaba un alto riesgo en virtud de las desavenencias denunciadas respecto de la ejecución del contrato. UAR sostuvo que tenía dificultades para controlar la rendición de cuentas, (que era semestral) y que Sportfive Argentina S.A. carecía de estados contables auditados para sus últimos dos años fiscales (v. fs. 133/7 incidente de resolución de contrato, Expte. N. 65545). Tales hechos aparecen corroborados por la actuación notarial del 28 de febrero de 2006 que refleja los obstáculos que halló el auditor designado por la UAR para cotejar los libros de Sportfive Argentina SA, que le fueron exhibidos libros en blanco y que el balance del 2004 no se hallaba terminado (fs. 54/6, Expte. N. 65545).

Sin operatividad de sus cuentas bancarias, sin disponibilidad inmediata de sus fondos porque sus principales ingresos los percibía un tercero, parece razonable considerar que UAR afrontaba el riesgo de irse a la quiebra si no podía cumplir sus compromisos concursales, en virtud de la situación de elevada dependencia en que se hallaba respecto de Sportfive y las dificultades acreditadas para controlar su gestión.

Como bien lo señala el apelante, en otros casos en que esta Fiscalía ha peticionado la declaración de nulidad de un concurso preventivo, ello se debió a la existencia de fraude en perjuicio de legítimos derechos de terceros. Por ejemplo, en el caso "M.J.V. S/ concurso preventivo" el deudor intenta presentarse en concurso al solo efecto de incumplir sus deberes de asistencia familiar, por lo cual ya había sido procesado tres veces. La fiscalía sostuvo que el concursado fraguó el

estado de cesación de pagos a través de una sociedad *off shore* que aparece concediéndole un crédito por elevados montos en dólares, sin garantías, tres meses antes de la presentación en concurso y no pudo explicar para qué destinó ese dinero ya que carecía de actividad comercial. Ese acreedor, que no concurrió a una audiencia ante la citación del tribunal, dio conformidad a una propuesta con fuertes quitas y esperas en perjuicio de los acreedores reales que vienen tramitando juicios de cobro hace largos años. El propio síndico dijo que no podía fijar la fecha de inicio de la cesación de pagos porque el deudor se hallaba *in bonis* (dictamen 117.183 del 13 de setiembre de 2007).

En otro caso, "APE SA s/ concurso preventivo" la fiscalía planteó la nulidad del concurso sobre la base de que había mediado una simulación ilícita para perjudicar los derechos del único acreedor real, un crédito laboral con sentencia firme por \$ 223.922,29 que había sido declarado inadmisibile. El deudor había denunciado en su presentación inicial un pasivo millonario, del que sólo fue verificado un crédito por \$ 1.899 y el resto de los acreedores no pidió la revisión del rechazo. Esto reveló la inexistencia de un real estado de cesación de pagos, dado que la propuesta con fuertes quitas y esperas fue votada por el único acreedor por \$ 1.899 en perjuicio del acreedor laboral.

En ambos precedentes, el pedido de nulidad estuvo motivado en la causal de fraude procesal (art. 1044 CCivil), porque el deudor pretendió utilizar el concurso preventivo no para lograr la consecución del interés general previsto por el legislador –de permitir una solución colectiva al estado de cesación de pagos– sino para imponer unilateralmente quitas y esperas con créditos simulados.

En cambio, en el caso de autos, estimo que no hay fundamentos objetivos, ni hechos acreditados, que sean suficientes para formar la convicción de que medió un abuso o un fraude en el acceso a la jurisdicción.

8. Finalmente, corresponde examinar si cabe excluir a Sportfive Argentina SA del cómputo de las mayorías por abuso de derecho.

Ya descartada la existencia de fraude o abuso en la presentación

Ministerio Público de la Nación

en concurso preventivo de la UAR, estimo que la conducta de ese acreedor en negarse a recibir el pago casi total que se le ofrece constituye un abuso de derecho vedado por el art. 1071 del Código Civil.

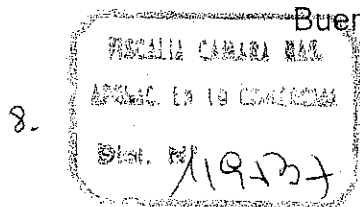
En efecto, la resolución del contrato que invoca Sportfive para negar su conformidad a la propuesta es irreversible, dado que la falta de mayorías causaría la quiebra de la UAR. Desde este punto de vista, el fin declamado para oponerse –proseguir la ejecución del contrato– no aparece justificado, en virtud de que el bien jurídico que se invoca carece de vigencia al haberse admitido la pretensión resolutoria, en sentencia firme.

En circunstancias como la reseñada, donde la intransigencia de un acreedor impide la aprobación del concordato –en vez de intentar soluciones que pueden ser delictivas, vgr. comprar votos, etc.– el deudor debe plantear al juez el abuso del acreedor, dado que si éste puede juzgar el abuso del concursado (art. 52.4 LC), elementales principios vinculados a la igualdad ante la ley, justifican que también pueda juzgar abusiva la negativa del acreedor a dar su conformidad a la propuesta, cuando no media legitimidad o proporcionalidad entre el derecho que invoca y el daño social, o en el caso, económico, que produciría la declaración de quiebra.

Un factor objetivo que permite determinar en el caso la existencia de abuso, es que si se prescinde de la categorización propuesta por el deudor –y sin que ello cause discriminación para ninguna clase– las mayorías arribadas de acreedores quirografarios ascienden al 70,4% % del capital verificado. Tal apreciación contribuye a tachar de abusiva la negativa de Sportfive a aceptar el concordato.

En conclusión, por los fundamentos expuestos opino que V.E. debe: a) revocar la resolución apelada con los alcances expuestos, excluyendo del cómputo de las mayorías al acreedor Sportfive de Argentina; b) declarar abstractas las demás cuestiones planteadas.

Buenos Aires, mayo 6 de 2008



ALEJANDRO GIL CARRO
FISCAL GENERAL