

**LOS POSTULADOS LEGALES PARA LA APERTURA DE UN CONCURSO PREVENTIVO Y LA SITUACIÓN DE OIL COMBUSTIBLES S.A.<sup>1</sup>****La diferenciación entre “empresario” y la empresa” y la correcta finalidad del instituto concursal****Francisco JUNYENT BAS****Síntesis:** Análisis pormenorizado de la situación concursal de la empresa OIL COMBUSTIBLES S.A.**Palabras Claves:** Concurso. Grupo empresario. Copetencia concursal. Domicilio ficto.**Abstract:** Detailed analysis of the bankruptcy situation of the company OIL COMBUSTIBLES S.A.**Key words:** Business group. Bankruptcy. Legal address. Bankruptcy jurisdiction

**Sumario:** I. La problemática planteada. I.1. La “frustrada” presentación concursal de Oil Combustibles S.A. I.2. La conformación societaria y los grupos empresarios. I.3. Notas caracterizantes. II. El intento de concursarse en un domicilio que no era el originario y la llamada “fuga de competencia”. II.1. La presentación concursal en Comodoro Rivadavia. II.2. El alcance la competencia concursal. II.3. El llamado “domicilio ficto”. II.4. El retorno al juez natural: la nulidad oficiosa del concurso. II.5. La primera sentencia de la Sala D: la vigencia de la convocatoria de acreedores. III. El recurso de la AFIP ante la CSJN. III.1. Los agravios de la entidad fiscal III.2. La cuestión de fondo: los recaudos de apertura del concurso. Aspectos que exceden el cumplimiento formal de los requisitos del art. 11 de la LCQ III.3. La opinión del Alto Cuerpo Federal. III.4. Los efectos del concurso y el eventual desvío de su finalidad. III.5. El juzgamiento de la conducta del empresario. IV. Una lección de derecho IV. 1 El segundo fallo de la Sala D “abriendo” concurso preventivo. IV. 2 Las causas del estado de cesación de pagos. IV.3 El esquema de la Ley 24.522 IV. 4 La finalidad del concurso preventivo y la conducta del deudor IV. 5 La causa penal contra Cristóbal López y Fabián de Souza IV.6 La conservación de la empresa IV.7 El crédito de la AFIP IV.8 La tutela de la fuente de trabajo IV. 9 LA reapertura del concurso preventivo V. Algunas conclusiones

**I. La problemática planteada****I.1. La “frustrada” presentación concursal de Oil Combustibles S.A.**

Hace varios meses se debate la situación de una de las empresas líderes del Grupo Indalo, Oil Combustibles S.A., como consecuencia de su “frustrada” presentación en concurso preventivo; y se confunde la actuación de sus administradores y controlantes, con la “suerte de la propia empresa” y la del “grupo” que integra.

En esta línea, no se advierte que las eventuales actuaciones “inescrupulosas” e “ilícitas” de los administradores y “dueños” del negocio no tienen que “recaer” sobre la o las empresas, pues la propia ley concursal se encarga de distinguir al “empresario” del emprendimiento que tituliza. También la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de diferenciar dichos aspectos, desde las enseñanzas de los grandes maestros Don Héctor Cámara y Osvaldo Maffía, entre otros.

---

<sup>1</sup> Prosiguiendo en la línea de dos artículos publicados en El Dial y en Errepar sobre el debate judicial planteado con motivo de la presentación en concurso preventivo de la empresa Oil Combustibles S.A.

La circunstancia de integrar un grupo no varía la presentación concursal que puede ser individual, art. 2,5 y 11 de la LC o grupal, art. 65 de dicho estatuto que habilita expresamente el concursamiento de lo que denomina “conjunto económico”.

Estas alternativas hacen conveniente realizar algunas referencias a la “concentración económica” de empresas y puntualmente a los llamados “grupos societarios”.

## **I.2. La conformación societaria y los grupos empresarios**

Así, la doctrina ha expresado que el avance hacia la concentración permite advertir que la posición de poder en una sociedad individual ya no es un fin en sí mismo, sino que sirve para dominar varias sociedades por acciones y coordinar su conducción.

En forma sencilla, puede decirse que un “grupo” es una reunión en una unidad económica de dos o más sociedades o, con más exactitud, una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a una dirección única o, si se quiere, a un poder único, tal como aclara Manóvil<sup>2</sup>.

La empresa económica se presenta al mismo tiempo como única y plural.

Única, porque unitaria es la política económica y el interés que preside la actividad de las organizaciones singulares.

Plural, porque desde el punto de vista técnico-jurídico existe una diversidad de personas, cuya diferencia debe respetarse.

A su vez, cabe poner de relieve que los grupos pueden ser tanto de coordinación como de subordinación.

En éstos últimos, la nota característica es que las decisiones fundamentales aparecen subordinadas a la voluntad de los directivos de otra sociedad. Dicho en otros términos, existe sujeción real detrás de una autonomía aparente.

De todas formas, cabe aclarar que las expresiones “control” y “grupo”, si bien se implican, no son necesariamente coincidentes.

En efecto, todo grupo presupone una posición de control que permita la coordinación o la subordinación, pero no toda posición de control desemboca necesariamente en un fenómeno de grupo.

De tal guisa, para que exista “grupo” debe existir un “vínculo orgánico cualitativamente distinto al del control” que implica la avocación, en medida más o menos extensa, por parte de la controlante, de atribuciones concernientes a la administración de la controlada.

Por lo tanto, mientras la sociedad controlante se valga de sus poderes de socio y no ejercite ninguna otra influencia, no existirá grupo sino una mera relación de control.

El grupo requiere el elemento de “la dirección unificada” u “organización centralizada” que otorgan al conjunto subjetivo de personas jurídicas distintas un “interés propio”, que le da su “tonalidad” especial.

Por ello, la noción de “concentración empresaria” engloba las diversas medidas tendientes a constituir un grupo de empresas por la centralización de los poderes de decisión, de manera tal

---

<sup>2</sup> Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado* (cit.), p. 156.

que la actividad empresaria ya no es realizada en forma separada e individual por cada empresa, sino que da lugar a una nueva unidad: el agrupamiento empresarial.

Alguna doctrina<sup>3</sup> ha planteado con énfasis la diferencia entre control y grupo, ubicándola en la presencia de una organización altamente centralizada, y con especial acento a que esté al servicio del llamado interés del grupo.

### **I.3. Notas caracterizantes**

Como característica medular, la estructura patrimonial autónoma de cada corporación integrante de un grupo de sociedades cesa de ser administrada de acuerdo a su propia voluntad empresaria, a su interés y estrategia, para convertirse en un simple conjunto de activos administrados para el interés del grupo mismo, y de acuerdo a su estrategia general de negocio.

Las expresiones “control” y “grupo” no implican un mismo fenómeno: la primera, importa una posición de poder; la segunda, una unidad de acción.

De tal forma, todo grupo presupone una posición de control que permite la coordinación de la acción, más no toda posición de control desemboca necesariamente en un fenómeno de grupo.

El grupo importa un vínculo cualitativamente distinto al del control, pudiendo hablarse de grupo sólo cuando la injerencia asume formas diversas y más incisivas de las que resulta de una situación ordinaria de control.

De lo explicado se sigue que la firma Oil Combustibles S.A. pareciera tener relaciones de control con otras sociedades que permiten reconocerla como integrante de un grupo –Indalo–, en la medida que exista unidad de dirección. Sin embargo, tal como se explicó, ello no implica confusión de cada una de las empresas, y muchos menos ignorar la “pluralidad subjetiva” de cada sociedad, ni tampoco confundir “al o a los empresarios” con “sus empresas”.

Veamos entonces la situación legal de Oil Combustibles S.A.

## **II. El intento de concursarse en un domicilio que no era el originario y la llamada “fuga de competencia”**

### **II.1. La presentación concursal en Comodoro Rivadavia**

La causa “Oil Combustibles s/Concurso Preventivo” tuvo su origen con motivo de la presentación en concurso preventivo efectuada por la firma en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, denunciando que allí se encontraba situado su domicilio.

En dicha jurisdicción se declaró la apertura del concurso preventivo.

A la vez, la AFIP –principal acreedora de la empresa, a la que Oil Combustibles le debe cerca de \$10.000 millones- hizo una presentación ante la Justicia Comercial de la Capital Federal, requiriendo que ésta declarara su competencia en el asunto. A fin de fundar su pedido, la AFIP denunció la existencia de una “fuga de domicilio”.

Así, ante la denuncia de la AFIP, se planteó una cuestión de “competencia” entre los dos jueces y, consecuentemente, a los fines de resolver el conflicto se dio intervención al superior común, es decir, la Corte Federal.

---

<sup>3</sup> Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado* (cit.), p. 172.

Al analizar la causa, la Corte Suprema de Justicia entendió que se encontraba acreditada la “fuga registral” del domicilio de Oil Combustibles S.A., atento que durante años había estado inscripta en la Capital Federal. Dicho derechamente, el Máximo Tribunal concluyó que la firma deudora sólo había realizado el cambio a los fines de la presentación concursal.

En consecuencia, el Tribunal Cimero resolvió el conflicto de competencia asignando la causa al juez nacional de comercio con asiento en la Ciudad de Buenos Aires.

Así, se evitó que la empresa “evadiera” intencionalmente la manda del art. 3 de la ley concursal.

## II.2. El alcance la competencia concursal

En atención a la resolución de la Corte, cabe recordar lo que la legislación falimentaria regula sobre la competencia del juez concursal.

La base o directiva central de la competencia territorial está dada, en general, por el domicilio de los sujetos procesales, art. 3 de la LCQ.

En el concurso ello no varía, y la principal pauta de competencia la configura el domicilio del concursado, sea persona física o jurídica. A dichos fines se toma como eje la “sede de la administración”, es decir, se hace “confluir” el principio de realidad entre lo registral y la actividad comercial<sup>4</sup>.

La manda contenida en el citado art. 3 de la LCQ dispone las reglas de competencia territorial aplicables en materia concursal, las cuales deben ser observadas por el juez ex officio como presupuesto procesal de admisibilidad de la demanda concursal<sup>5</sup>.

Cuando el deudor es una persona jurídica constituida regularmente –como ocurre en el caso bajo análisis–, la regla de competencia se encuentra sistematizada en el inc. 3 de la norma aludida, conforme el cual “entiende el juez del lugar de su domicilio”.

Dicho dispositivo legal debe interpretarse de consuno con lo dispuesto por el art. 11, inc. 1 de la LCQ: el domicilio de la sociedad será el que figura en el estatuto respectivo, y que debe acompañarse al momento de la presentación concursal.

En este marco, cabe poner de relieve que –entre otros caracteres–, la competencia concursal es de orden público.

La Corte Suprema<sup>6</sup> ha refrendado dicha caracterización en diversos pronunciamientos. En este sentido, ha señalado que la ley concursal “es de orden público y en tal sentido la competencia territorial del juez a quien corresponde entender en la quiebra conforme al domicilio del fallido, está determinada por aquella que no admite prórroga de la jurisdicción por parte del tribunal que debe entender en ella”.

En consecuencia, por su carácter –de orden público– la competencia concursal deviene “indelegable” y no “derogable por voluntad de las partes”, tal como lo ha puesto de relieve Cámara<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Graziabile, Darío J., *Derecho concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 105.

<sup>5</sup> *Íbidem*.

<sup>6</sup> CSJN, 26/5/1983, “Garrafa y Cia SA”, ED 105-219; 25/9/1997, “Vido Construcciones s/ concurso preventivo, RDPC, Nro. 16, 1989, p. 499.

<sup>7</sup> Cámara Héctor, *El Concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1980, Vol. I, p. 130.

Dicho derechamente: a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones procesales, en las que se admite la prórroga territorial (tácita o expresa) de la competencia, en materia concursal la competencia es territorialmente improrrogable.

De tal modo, suele ocurrir que el “concurrible” modifique su sede o su domicilio. Ante esta situación, hace ya 40 años el maestro Cámara<sup>8</sup> se preguntaba: ¿Qué ocurre si el comerciante cambia de sede después de estar en cesación de pagos o próximo?

La respuesta que el autor daba, en principio, es que “prevalece el nuevo domicilio o sede”. Pero en caso de tratarse de un “domicilio fraudulento” debe apuntarse a no perjudicar a los terceros, lo que ocurriría si se los sustrajera de la competencia del juez natural.

### II.3. El llamado “domicilio ficto”

En derecho concursal, la circunstancia puesta en evidencia es conocida como creación de “domicilio ficticio”.

De dicha temática se han ocupado reiteradamente la doctrina<sup>9</sup> y la jurisprudencia<sup>10</sup>, opinando que debe restituirse la competencia al juez natural cuando se ha trasladado el domicilio inscripto a otra jurisdicción al solo efecto de dificultar la acción de los acreedores, o para eludir la competencia de determinados tribunales.

En rigor, se trata de una aplicación del “principio de la realidad del domicilio”, que la doctrina<sup>11</sup> se ha encargado de destacar, y que surge como respuesta a la necesidad de prevenir las consecuencias que se suceden cuando los estatutos fijan un domicilio totalmente simulado y ajeno a la labor de administración y dirección del ente<sup>12</sup>.

Así se pronunció el Tribunal Címero Nacional<sup>13</sup> en la causa “Vido Construcciones SA s/ concurso preventivo”: “Habiendo quedado demostrado que la fallida produjo la modificación de su domicilio social sin ajustarse a las formalidades exigidas por la ley y con la finalidad de entorpecer la acción de sus acreedores, alejándolos de la sede natural del proceso concursal, cabe concluir que, en el caso, se configura la constitución de un domicilio ficticio, destinado a violentar los principios que consagran la indelegabilidad de la competencia o la prohibición de prórroga por la voluntad de las partes, al estar de por medio el orden público”.

Esta misma solución debe aplicarse a los casos en los que se configuren domicilios simulados, falsos o irreales, que si bien son hipótesis diferenciadas, poseen un mismo “sustrato”: la intención de perjudicar a los terceros, alejándolos de su juez natural.

Esta es la buena doctrina que ha seguido el Alto Cuerpo Federal al resolver que la causa Oil Combustibles S.A. se radicara ante el juez nacional de comercio en la Capital Federal.

---

<sup>8</sup> *Íbidem*.

<sup>9</sup> Cámara *El Concurso preventivo y la quiebra* (cit.), p. 321; Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, *Ley de concursos y quiebras 24.522, comentada y actualizada*, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 70; Villanueva, Julia, *Concurso Preventivo*, Santa Fe, 2003, p. 81; Rivera, Julio, *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, 1996, t. I, p. 145; Graziabile, Darío, *Derecho Procesal Concursal*, Buenos Aires, 2009, p. 48/50.

<sup>10</sup> CSJN, LL 141-674 -25515-S-; 13.4.89, “Cía. Azucarera Arg. Com. Ind. La Corona S.A. s/ quiebra”, Fallos: 312:476 y LL del 13.9.89, p. 5, sum. 495; Fallos: 307:1784; 319:441; 321:3318 y 322:2210, entre otros

<sup>11</sup> Zaldívar, E. y otros, “Cuadernos de Derecho Societario”, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 228, nº 15

<sup>12</sup> Spota, A., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, 1951, t. I, vol 3-3, nº 125I; Borda, G., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, 2006, ps. 337/338.

<sup>13</sup> Vido Construcciones SA s/ concurso preventivo, ED 26/11/1997.

#### **II.4. El retorno al juez natural: la nulidad oficiosa del concurso**

En este contexto, luego de que la CSJN hubiera resuelto el planteo de competencia en los términos apuntados precedentemente, y que la causa estuvo radicada por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial Número 4 de Capital Federal, el juez concursal analizó la presentación en concurso.

En atención a la falta de competencia del juez de Chubut y al “fraude a la ley” ejercitado por la concursada, el juez nacional titular del Juzgado Número 4, Dr. Vitale, resolvió, de oficio, la nulidad de la apertura del concurso preventivo.

Dicha resolución fue apelada por Oil Combustibles S.A., lo que motivó la intervención de la Cámara Nacional de Comercio, Sala D, que se pronunció mediante sentencia dictada con fecha 27 de diciembre de 2016.

En su pronunciamiento, el tribunal de alzada hizo lugar parcialmente al recurso que había sido interpuesto por la firma deudora, a cuyo fin reconoció la palmaria incompetencia del juez chubutense, sin perjuicio de lo cual entendió que era viable mantener “la validez del auto de apertura del concurso preventivo en cuando se consideró como un gran concurso y ordenó anotar la inhibición general de bienes y comunicar la interdicción de salida del país de la concursada y sus administradores”.

En dicho fallo, los vocales de la Sala D siguieron una tradicional doctrina y jurisprudencia, conforme la cual la incompetencia de un juez no impide analizar la viabilidad del pedido de concurso preventivo y, por el contrario, el mejor valor de la empresa en marcha exige analizar detenidamente esta cuestión, tal como lo apunta la doctrina italiana que cita la Cámara Nacional de Comercio en sustento de sus fundamentos.

Veamos.

#### **II.5. La primera sentencia de la Sala D: la vigencia de la convocatoria de acreedores**

Al analizar el concursamiento de Oil Combustibles S.A., el fallo de la Cámara Comercial, si bien reconoce que existió “una conducta fraudulenta de la concursada al crear un domicilio ficticio en la Provincia del Chubut con el fin de eludir la competencia del juez natural”, luego resolvió que, frente a dicho comportamiento, la solución no puede pasar por la nulidad de la demanda de concurso preventivo.

Así, con cita de doctrina de derecho comparado, los magistrados entendieron que no correspondía anular la demanda, pues en esta cumplía con los recaudos del art. 11 de la LCQ. Por ende, los jueces afirmaron que la solución debía pasar por la nulidad de la sentencia de apertura dictada por el juez incompetente, mas sólo en lo referido al aspecto de la “fuga de domicilio”.

En una palabra, la Cámara consideró que sólo podía anularse la sentencia en la medida necesaria para establecer una adecuada “*translatio iudicci*” de los efectos cumplidos o decididos en un único proceso en las dos fases que se consideran, esto es, antes y después de la declaración de incompetencia.

En esta inteligencia, resolvió que debían distinguirse adecuadamente los efectos conservativos, los procesales y los sustanciales que derivan de la demanda, de aquellos resueltos por el juez incompetente, tanto en su sentencia de apertura como por actos jurisdiccionales ulteriores que pudieron haber afectado el derecho de los acreedores, la consistencia del patrimonio cesante o principios concursales inderogables.

En suma, la Sala estimó apropiado revocar la resolución de la instancia anterior en cuanto declaró nula en su totalidad la sentencia de apertura del concurso preventivo de Oil Combustibles S.A., dictada el día 08/04/2016 por el juez provincial de Chubut, y estimó apropiado mantener este último acto sólo parcialmente válido.

En esta atalaya, los camaristas expresaron que sólo correspondía mantener válidos los puntos 1° (en cuanto individualizaba a la deudora por su denominación social, CUIT y declaraba abierto su concurso), 2° (que lo consideraba un “gran concurso”, art. 253 inc. 5° y cc., LCQ), 8° (en tanto disponía anotar la inhibición general de bienes) y 9° (que ordenaba comunicar la interdicción de salida del país de la concursada y sus administradores en los términos del art. 25, LCQ).

Ahora bien, respecto de todos los demás puntos en los cuales la ley exige un pronunciamiento expreso por parte del juez concursal (art. 14, LCQ), la Cámara resolvió mantener la declaración de nulidad y, consecuentemente, encomendar al magistrado a quo la “integración” de la sentencia de apertura de concurso preventivo dispuesta por el magistrado declarado incompetente.

De esta manera, Oil Combustible obtenía la apertura de su concurso preventivo, lo que fue seguido por el Dr. Vitale, al abrir el concurso que siguió su curso, de conformidad al art. 14 y cons. de la ley 24.522.

### **III. El recurso de la AFIP ante la CSJN**

#### **III.1. Los agravios de la entidad fiscal**

Frente la decisión de la Sala D de la Cámara en lo Comercial, la AFIP interpuso recurso extraordinario ante la Corte, en el que solicitó la nulidad del fallo.

En su recurso, la AFIP calificó la decisión de “contradictoria” y cuestionó que por un lado reconocía que la apertura concursal fue resuelta por el juez de Chubut “en claro fraude a la ley”, pero a la vez terminaba validando dicha resolución, al mantener la apertura del proceso universal.

De tal modo, el Tribunal Címero se introdujo en el tratamiento de la causa y realizó una serie de consideraciones sobre “la finalidad del concurso preventivo” y “las cuestiones planteadas” por la entidad apelante.

Así, el Alto Tribunal analizó las críticas de la recurrente, y entendió que: “la Alzada, luego de tener por configurado un supuesto de creación de ‘domicilio ficticio’ y efectuar un desarrollo de las conductas fraudulentas desplegadas por la concursada, ‘al crear arteramente los presupuestos propios de una competencia inexistente’, convalidó sin fundamentación suficiente la apertura del concurso preventivo decretada por el juez provincial”.

En opinión de los miembros de la Corte, el argumento de que Oil Combustibles S.A. cumplió los requisitos del artículo 11 de la LCQ –referido a la denuncia del monto de la deuda, de los activos, listado de acreedores y demás–, resultaba “dogmático” y afectaba las garantías de defensa en juicio y debido proceso respecto a los acreedores concursales, quienes también tenían derecho a la tutela de sus derechos, aspectos que no habían sido debidamente ponderados por la Sala de la Cámara Comercial.

Así, la CSJN ratificó que “la competencia del juez que debe intervenir en el proceso concursal se halla expresamente dispuesta por la ley y constituye una previsión de orden público”.

En consecuencia, puso de relieve que había existido una “fuga de la sede de la administración de la empresa al intentar presentarse en Comodoro Rivadavia cuando domicilio social estuvo inscripto durante años en Buenos Aires”.

El Alto Cuerpo Federal agregó que, de conformidad al artículo 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece “que el efecto de declararse fraudulento un acto por intentar soslayar una ley imperativa consiste en aplicarle las consecuencias que pretendía evitar”, el juez natural es, entonces, quien debe decidir sobre la procedencia del escrito de promoción del concurso.

A partir de dicha premisa, la Corte analizó la sentencia de la Sala D y destacó lo que entendió había constituido una “desviación” de la finalidad del concurso preventivo.

Veamos.

### **III.2. La cuestión de fondo: los recaudos de apertura del concurso. Aspectos que exceden el cumplimiento formal de los requisitos del art. 11 de la LCQ**

En esta inteligencia, los miembros del Tribunal Címero Nacional advirtieron que para decidir la apertura o el rechazo del pedido de concurso preventivo se deben evaluar los elementos brindados por el deudor en la demanda, lo que implicaba tener en cuenta la conducta “fraudulenta de la empresa al intentar ‘fugar de su jurisdicción’ y realizar el análisis con mayor rigor que un mero análisis del art. 11 de la ley concursal.

Los jueces de la Corte puntualizaron que el análisis de los recaudos previstos en la norma citada no se contrapone con la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el concurso preventivo, sino que “se justifica en un contexto donde existen razones de entidad para conjeturar una eventual utilización de este régimen de excepción para un fin distinto del perseguido por la ley”.

Así, destacaron que no pueden obviarse “las significativas limitaciones del derecho de propiedad de los acreedores se producen desde el inicio mismo del proceso concursal y no solo en función de los términos de la eventual propuesta de acuerdo.”

La Corte Suprema agrega que “el juez, en su carácter de director del proceso, debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores (conf. Fallos: 330: 834 Y 332: 2339)...”.

De esta manera, Corte Federal se introdujo en aspectos de fondo al juzgar la conducta del empresario, sin advertir que el concurso preventivo tiende a “salvar” la empresa.

Dicho con claridad, no se advirtió que la fuga “registral” y la inconducta del “empresario” no deberían alterar las condiciones de apertura del concurso. Por el contrario, ambas situaciones tienen su propia solución en el estatuto falimentario: concretamente en los arts. 17, 48 y concordantes de la LCQ, en virtud de los cuales se habilita el “salvataje de la empresa”. Asimismo, la solución puede encaminarse por vía las acciones de responsabilidad civil y penal de los administradores y controlantes, de conformidad a lo normado por los arts. 54, 59, 276 y concordantes de la Ley 19.550, y sus correlativos de la ley concursal.

En efecto, no puede soslayarse que, desde siempre, el derecho concursal ha apuntado a la finalidad del concurso preventivo como modo de reorganización y saneamiento de la empresa, a cuyo fin hay que distinguir “al empresario de la empresa”.

En esta línea de pensamiento, el empresario, eventualmente “inescrupuloso”, puede ser separado de la administración de la empresa, conforme lo dispone el art. 17 de la LCQ y esto habilita la alternativa del “salvataje” plasmada desde 1995 en el art. 48 de la ley 24.522. De esta manera, se protege el mejor valor de la “empresa en marcha”, en la medida de su “viabilidad” y “utilidad social como fuente de trabajo”.

### **III.3. La opinión del Alto Cuerpo Federal**

El Tribunal Cintero entendió que “... la respuesta dada por la Alzada para mantener la apertura del concurso decidida por un juez que carecía de jurisdicción para hacerlo, cuando previamente había calificado de fraudulenta la conducta desplegada por la deudora para iniciar el proceso ante ese magistrado, y con la sola mención de considerar cumplidos los recaudos previstos en el art. 11 de la ley concursal, resulta sustentada en afirmaciones dogmáticas que dan fundamento aparente a la decisión sin atender adecuadamente a las constancias de la causa, afectando de modo directo e inmediato las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio que asisten a la recurrente...”.

Los ministros pusieron de relieve que el análisis de la causa había sido parcial en la Alzada, la que no habría considerado íntegramente los presupuestos de procedencia del remedio concursal previsto en la ley 24.522.

Así, acusaron al resolutorio de “dogmático” y “fundamentación aparente”, acotado al mero análisis del art. 11 de la LCQ, sin tener en cuenta las consecuencias que importan el concurso y la conducta de la deudora enderezada a afectar los derechos de los acreedores.

Cabe destacar con claridad que no nos convencen los argumentos de los jueces del Alto Cuerpo, pues “segmentan inadecuadamente” la correcta sistemática de la ley concursal.

Por el contrario, consideramos que, para una adecuada tutela de los acreedores, no puede dejarse de lado la posibilidad de saneamiento de la empresa, más allá de la conducta del empresario, tal como ha enseñado desde siempre la doctrina argentina.

Lamentablemente, la Corte no diferenció la conducta de la sociedad concursada de la de sus administradores o socios y culminó en un juicio “moral”, que se torna disvalioso.

### **III.4. Los efectos del concurso y el eventual desvío de su finalidad**

Los jueces de la Corte Federal destacaron que “...la apertura del concurso produce consecuencias de orden sustancial y formal de enorme relevancia, cuales son la afectación al control judicial de todo el patrimonio del concursado, la sujeción forzada de sus acreedores a un procedimiento especial, de carácter sumario y plazos limitados, la intervención de terceros, auxiliares que hagan viable el preciso conocimiento de la situación al tribunal”

Asimismo, el Alto Tribunal enfatizó que la estructura del concurso y sus efectos jurídicos requieren “...la consagración y efectiva aplicación de los principios liminares del proceso, como el de defensa en juicio, concentración de los procesos -como modo de favorecer la economía procesal y seguridad jurídica- así como el de intermediación, los que contribuyen al destino final de la prestación de un buen servicio de justicia...”

A mayor abundamiento, los ministros agregaron que “...ni la decisión posterior de la Alzada de dar trámite a un “incidente de investigación” orientado a dilucidar si el estado de cesación de pagos de Oil Combustibles S.A. fue simulado o creado dolosamente, ni la integración del auto de

apertura del concurso cumplida por el juez de primera instancia, permiten mantener la apertura del concurso decidida por un juez que carecía de jurisdicción para actuar”.

Por estas consideraciones, los jueces, en lugar de limitarse a anular la sentencia recurrida, señalaron que el tiempo transcurrido les imponía pronunciarse sobre el fondo, art. 16 in fine de la Ley 48 y anularon la apertura del concurso preventivo, según afirmaron, del juez de Cómodo Rivadavia.

En una palabra, lo real y cierto es que el concurso preventivo resultó rechazado por no encontrarse acreditados sus presupuestos sustanciales, entre ellos y de una notable relevancia y significación el estado de cesación de pagos, a lo que se agregó, la conducta “fraudulenta” de la deudora de intentar evadir la jurisdicción del juez natural.

Como vemos, la CSJN se introdujo en cuestiones sustanciales impropias de los recaudos formales del art. 11 de la LCQ, realizando un análisis de mérito propio del art. 52 de la LCQ.

### III.5. El juzgamiento de la conducta del empresario

Así, el fallo del Alto Cuerpo efectuó una serie de afirmaciones sobre la conducta del empresario, en detrimento de su necesaria “separación de la empresa” y de la “verdadera finalidad del concurso preventivo” que es “salvar la empresa útil” y “preservar la fuente de trabajo”.

Sin perjuicio de dicha solución, consideramos que las inconductas del empresario no justifican no habilitar el concurso preventivo que, lejos de afectar a los acreedores, los tutela, al permitir, justamente, la continuidad de la empresa, y sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que correspondan.

Dicho derechamente: puede perseguirse al empresario “inescrupuloso” sin afectar la empresa y mucho menos al “grupo empresario”.

Por el contrario, si se entendía que no estaba configurado el estado de cesación de pagos de Oil Combustibles S.A., esta cuestión debió analizarse y fundarse adecuadamente, para despejar la serie de consecuencias negativas que podrían derivarse.

La sentencia fue posteriormente seguida posteriormente por el Dr. Vitale, quien pese a haber intervenido en todo el proceso, “volvió sobre sus pasos” y dejó sin efecto el proceso que él había habilitado unos meses antes, mediante resolución expresamente fundada.

Así, y en esta oportunidad, afirmó que había existido un accionar abusivo de la deudora.

En esta línea, fundamentó el abuso expresando que “... los integrantes del Grupo Indalo, del cual forma parte Oil Combustibles S.A., junto a ex funcionarios del Estado Nacional están siendo investigados en al menos una causa penal [...] por delitos de corrupción estatal que presuntamente se habrían cometido en torno a la generación de la deuda fiscal [...] que representa el 90% del pasivo verificado en autos y que es justamente la que generó el estado de cesación de pagos...”

De tal modo, el juez llegó a la convicción de que “... Oil Combustibles S.A. no era “...merecedora del remedio concursal intentado...” y que en razón de que la tramitación del concurso no podía “... amparar maniobras en fraude a la ley...” como las que —el juez entendió— se habían producido en dicho expediente y por ende, rechaza el concurso preventivo.

Tal como pone de relieve Vítolo<sup>14</sup> el juez había afirmado con anterioridad al dar curso al concurso que:

i) Que la sociedad deudora se encontraba “... en estado de cesación de pagos...” —único presupuesto objetivo requerido por la ley 24.522 para poder acceder al concurso—;

ii) Que dicho estado de impotencia patrimonial —estado de cesación de pagos— se exteriorizaba mediante hechos reveladores por los cuales se determinaba que “... el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquier sea el carácter de ella y la causas que lo generen...”; y

iii) Que la sociedad deudora era un sujeto susceptible de ser declarado en concurso.

Todo lo cual demuestra que el Inferior se vió obligado a seguir el criterio de la Corte al rechazar el concurso y, pese al despliegue teórico que realiza, no advierte la verdadera finalidad del concurso y nada dice de la “separación del empresario de la empresa”.

Al analizar estos fallos, Vítolo<sup>15</sup> expresó que “...La primera inquietud es la de recordar que uno de los propósitos perseguidos por la ley 24.522 en su momento —y en esto estuvimos muy firmes los redactores— fue la de diferenciar —en los procesos de crisis— las figuras de la empresa y del empresario, de modo que conductas inescrupulosas, dolosas, o culpables por parte de propietarios y administradores de empresas no anejaran consecuencias terminales y sancionatorias a la organización empresaria propiamente dicha, que involucraran derechos e intereses de los trabajadores, proveedores, consumidores, y hasta del mercado —sujetos muchos de ellos ajenos, normalmente, a la generación de la crisis, del estado de cesación de pagos y hasta a las eventuales conductas reprochables del empresario y su staff gerencial—...”.

El autor citado agrega que “...Desde ya que nadie puede pretender que se admita o se genere una red de protección judicial para sujetos inescrupulosos en aquellos casos en los cuales hubieran defraudado a la administración pública, al fisco, o se vieran involucrados en actos de corrupción en perjuicio del Estado y de los ciudadanos. La Justicia debe actuar firmemente —ante estos supuestos— por medio de los jueces competentes, imponiendo castigos ejemplares a quienes resulten declarados culpables. Pero algo diferente es que se le impida a una persona jurídica privada —en razón de quiénes sean sus propietarios, dueños, últimos beneficiarios de su estructura o sus administradores, o de la utilización que estos sujetos hubieran asignado a dicha estructura organizacional— acceder a procedimientos legales regulados por la legislación vigente, invocando razones de mérito y conveniencia, o por una calificación de ausencia de merecimientos —lo que importa una condena moral— para recurrir a un sistema de reconfiguración de pasivos; criterio —éste—que el propio legislador no ha incluido en la normativa como condicionante para el análisis de la procedencia del remedio concursal...”.

Las explicaciones del conocido jurista se encuentran en línea con derecho francés, y su legislación para “las empresas en crisis” y todos los estatutos concursales del mundo que centran su finalidad en el “salvataje de la empresa”, más allá de la suerte del empresario.

Esta clara diferenciación coadyuva a la tutela de todos los intereses legítimos que convergen en una empresa en marcha y permiten sancionar, tanto civil como penalmente a los empresarios que hayan incurrido en conductas “predatorias”.

<sup>14</sup> Vítolo, Daniel R., “Un conjunto de desaciertos conceptuales y nulidades”, La Ley, en prensa.

<sup>15</sup> Vítolo, Daniel R., “Un conjunto de desaciertos conceptuales y nulidades” Idem anterior.

Esta distinción preside hoy el derecho concursal.

#### **IV. Una lección de derecho.**

##### **IV. 1 El segundo fallo de la Sala D “abriendo” concurso preventivo.**

Tal como hemos analizado ante la nueva resolución del juez de primera instancia rechazando, esta vez, el concurso preventivo de Oil Combustibles S. A. la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio interviene por apelación de la deudora y en una verdadera lección de derecho ordena la apertura del proceso.

El Tribunal aludido comienza realizando una síntesis de la causa y se detiene en las críticas que le realiza la Corte Suprema para pasar a establecer los recaudos que habilitan la apertura del juicio universal.

Así en primer lugar destaca que la Corte Federal anuló el fallo del juez de Chubut reclamando que se pronunciara el “juez natural” y que este lo hace en segunda oportunidad rechazando el concurso por la conducta de los administradores Cristóbal López y Fabián de Souza, pese a haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos del art. 11 de la LCQ.

Agregan los vocales que para sí resolver el juez también se introduce en una indagación causal del estado de cesación de pagos no habilitada por el sistema concursal argentino en los últimos 80 años y, pese a reconocer el estado de cesación de pagos, según Informe General de la sindicatura, el juez sigue los pasos del Tribunal Cimero sobre la conducta “inescrupulosa” de los administradores que no hacen merecedora a Oil Combustible S. A. del remedio concursal.

Al volver a estudiar la causa, la Sala D expresa que se deben clarificar una serie de aspectos que se han confundido tanto en el fallo de la CSJN como del juez de primera instancia.

##### **IV. 2 Las causas del estado de cesación de pagos.**

Al abordar este tópico los magistrados de la Cámara, luego de analizar detenidamente el cumplimiento del art. 11 de la LCQ recuerdan que “...dejando de lado la ley 4156, que fue la primera en instituir la convocatoria de acreedores en nuestro país, pues la redacción defectuosa de su texto provocó errores interpretativos en la materia (conf. Fernández, Raymundo, “La cesación de pagos en el derecho argentino y universal”, Buenos Aires, 1939, ps. 275/276, nº 199), ya en la ley 11.719 de 1933 la conducta del deudor sólo podía ser ponderada en sede de homologación de la propuesta concordataria (art. 40), pero no a la hora de decidir sobre la apertura del concurso preventivo pues, presentado el pedido en forma, es decir, reunidas todas las “condicione juris”, el juez declaraba abierto el juicio (art. 13), sin que nadie pudiera oponerse a su apertura, ni a su marcha, ni a su normal desenvolvimiento (conf. García Martínez, Francisco, “El concordado y la quiebra”, Buenos Aires, 1957, t. I, p.171, nº 161, y ps. 292/293, nº 321).

Así en lúcido y erudito voto los magistrados recuerdan que “...entre las “condicione juris” hallábase, obviamente, la cesación de pagos “...cualquiera sea su causa determinante...” (art. 1º), expresión que para Yadarola era perfectamente inútil puesto que “...jamás se ha admitido indagar las causas que han producido la cesación de pagos para declarar judicialmente en quiebra al deudor y porque siendo la quiebra una institución destinada a proteger el crédito contra la insolvencia, lo único que la ley puede tomar en consideración es el estado económico del patrimonio con prescindencia de las causas que lo han producido...” (conf. Yadarola, Mauricio, “El concepto técnico- científico de cesación de pagos”, en Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola,

Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963, t. II, p. 211, espec. p. 230”.

Desde la misma perspectiva, es cierto que el maestro Raymundo Fernández precisó hace años que basta el estado de cesación para que exista el estado de quiebra, sin que pueda alegarse que no sea imputable a negligencia, culpa o fraude del deudor..., o que tenga origen en operaciones ajenas a su comercio; la ley toma en cuenta un fenómeno objetivo, una situación de hecho: el estado de -cesación; si existe deberá declararse el concurso.<sup>16</sup>

También luce acertada la afirmación de los magistrados cuando enfatizan que igual régimen aprobó la ley 19.551.

En esta última, la buena conducta del deudor podía ser examinada para decidir sobre la homologación de la propuesta (art. 61, inc. 5º), pero la mala conducta no era óbice para abrir el concurso preventivo (conf. Maffia, O., “Derecho Concursal”, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 149; Maffia, O., “La buena conducta como requisito de la homologación del concordato”, LL 1986-D, p. 1061, espec. p. 1067).

Y por lo que tocaba a la cesación de pagos, la ley de 1972 mantuvo la regla de la indiferencia de sus causas (art. 1º), no suponiendo indagación alguna de ellas (conf. Argeri, S., “La quiebra y demás procesos concursales”, La Plata, 1972, t. 1, ps. 135/136; Williams, E., “El concurso preventivo”, Buenos Aires, 1975, ps. 17/18, nº 8; Quintana Ferreyra, F., “Concursos – Ley 19.551 comentada, anotada y concordada”, Buenos Aires, 1985, t. 1, ps. 24/25, nº 3; Zavala Rodríguez, C., “Código de Comercio Comentado y leyes complementarias”, Buenos Aires, 1980, t. VII, p. 118, nº 74).

#### **IV.3 El esquema de la Ley 24.522**

En esta inteligencia, los magistrados ratifican que “...Con mayor fuerza, el precedentemente descripto resulta ser el régimen de la hoy vigente ley 24.522....”

Y se dice “con mayor fuerza” porque la actual ley concursal desterró incluso en sede de homologación la consideración de si el deudor es o no por razón de su conducta merecedor de la solución preventiva, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que corresponan.

En efecto, la ley 24.522 no reprodujo una previsión como la del art. 61, inc. 5, de la ley 19.550, en el entendimiento de que una conducta reprochable del deudor no podía obstaculizar el arreglo con los acreedores si ellos lo consentían con su voto (conf. Maffia, O., “La homologación en la ley 24.522, modificada por la ley 25.589”, JA 2001-IV, p. 1292), por lo cual menos todavía cabe que el apuntado elemento de juicio pueda ser elevado a razón válida para rechazar la apertura del concurso preventivo.

En el régimen vigente, por lo demás, cabe coincidir plenamente con los jueces de la Sala D cuando afirman que en el esquema concursal argentino siguen siendo indiferentes las causas de la insolvencia.

El estado de cesación de pagos “...cualquiera sea su causa...” es presupuesto de la apertura concursal, dice el art. 1º de la ley 24.522.

---

<sup>16</sup> conf. Fernández, Raymundo, “Fundamentos de la quiebra”, Buenos Aires, 1937, p. 823, nº 360; Fernández, Raymundo, “La cesación de pagos en el derecho argentino y universal”, Buenos Aires, 1939, ps. 305/306, nº 217).

Dicho de otro modo, la ley hace abstracción de las causas para que funcione la cesación de pagos como presupuesto objetivo concursal, no teniendo peso por ello las circunstancias que puedan haber llevado al estado de impotencia patrimonial (conf. Rouillón, A. y Alonso, D., "Código de Comercio, comentado y anotado, Buenos Aires, 2007, t. IV-A, p. 9, n° 15).

Se mira a la insolvencia objetivamente, no dependiendo su configuración de elementos subjetivos (conf. Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., "Ley de concursos y quiebras 24.522, comentada y actualizada, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 45, n° 3; Di Lella, N., "Concurso preventivo – Leyes 24.522, 25.563, 25.589, 26.086, 26.684 y Código Civil y Comercial de la Nación", Córdoba-Tucumán, 2015, p. 86, n° 2.2.4), por lo que incluso el dolo del deudor es indiferente, el cual, en todo caso, si se ha enderezado a provocar, mantener o agravar aquella solamente tiene incidencia a la hora de la determinación de ciertas responsabilidades (art. 173 de la ley 24.522; Rouillón, A. y Alonso, D., ob. cit., loc. cit.).

Y si es verdad que por el art. 11, inc. 2, de la ley 24.522, se exige de quien solicita la apertura del concurso preventivo la exposición de las "...causas concretas de la situación patrimonial...", tal requisito no está enderezado a proporcionar una información para que el juez deba valorar el "merecimiento" de la solución concursal preventiva, que inicialmente sólo podría ser rechazada bajo las causales previstas por el art. 13, segunda parte (que son taxativas y ninguna de las cuales remite al examen de las causas de la insolvencia), sino para el ulterior examen del síndico de acuerdo a lo previsto por el art. 39, inc. 1, de la ley citada, y el más importante que, eventualmente, habrán de hacer los acreedores al tiempo de votar favorablemente o no la propuesta de acuerdo concordatario.

Por cierto, como con criterio de notable independencia y jerarquía judicial lo afirman Vasallo y Heredia a la luz del criterio de la indiferencia de las causas del estado de cesación de pagos, es permitido que se concurse incluso el deudor que pudiendo pagar no cancela dolosamente sus obligaciones (conf. Martorell, Ernesto, "Tratado de concursos y quiebras", Buenos Aires, 1998, t. I, p. 322).

En síntesis, la afirmación de la AFIP de ser requisito del concursamiento la presencia de un estado de cesación de pagos "inculpable" (fs. 4722), no se sostiene a la luz del derecho vigente, como también lo observó la sindicatura concursal (fs. 6493).

Los jueces de Cámara realicen una pormenorizada lectura del derecho comparado y que ratifican la inteligencia de nuestro sistema concursal.

#### **IV. 4 La finalidad del concurso preventivo y la conducta del deudor**

En una palabra, la Sala D en fundado fallo expresa que en el caso se han acreditado los recaudos del art. 11 de la ley 24.522 y luce también acreditado el estado de cesación de `pagos por lo que cabe respetar la diferencia entre el empresario y la empresa.

Así, los magistrados puntualizan que "...Si es verdad que la solución preventiva de la insolvencia no está abierta para un empresario indigno, y si es verdad que la ausencia de honestidad, capacidad o moral del empresario debe llevar a la quiebra a la empresa, habría de ser forzoso concluir -para responder a la intención del legislador- que la condición del deudor debería ser la misma en aquellos casos en que se le permite salir de la quiebra para acceder a la solución concordataria. Sin embargo, declarada la quiebra, puede el deudor -según el sistema concursal vigente- pedir la conversión de la falencia en concurso preventivo, estando el juez obligado a acoger el pedido con sólo cumplir los requisitos del art. 11 de la ley 24.522 (art. 93 "in fine") y, por

lógica implicancia, independientemente de cualquier indagación relacionada a su conducta (en el mismo sentido, pero con referencia al acuerdo o concordato resolutorio de quiebra se pronuncia Zanarone, ob. cit., ps. 108/109). El incumplimiento de tales requisitos del art. 11 es, en efecto, la “única” razón por la que el juez puede desestimar la conversión requerida por un deudor que se encuentra legitimado de acuerdo al art. 90 de la ley citada (conf. Rivera, J., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 102, n° 54, texto y jurisprudencia citada en nota n° 197).

De otro lado, cabe agregar parafraseando a los jueces que si no hay prohibición para homologar una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial realizada por un deudor deshonesto que, no obstante, ha recibido la conformidad de los acreedores prevista por el art. 73 de la ley 24.522, no se entiende por qué habría de negarse la solución preventiva judicial a un deudor de igual condición, cuando esta última es equiparable en sus efectos jurídicos últimos a aquella otra de carácter extrajudicial (arg. art. 76, de la ley 24.522).

Asimismo, tal como lo hemos señalado ut supra examinar la cuestión dando por inescindible el binomio empresa-empresario, para deducir con base en esa inseparabilidad conceptual que la primera no merece la solución del concordato de acreedores cuando el segundo ha sido deshonesto o groseramente incapaz en el manejo de los negocios, no resiste una atenta indagación de mérito sobre cómo funciona el sistema concursal preventivo.

En efecto, la convocatoria de acreedores pone en manos de estos la suerte de la empresa, pudiendo ser relegada la figura del empresario si fuese menester. Este último, si fue deshonesto o manifiestamente incapaz en el manejo de los negocios, puede ciertamente ser pasible de medidas que controlen o limiten su actuación en la gestión social, o incluso ser separado de ella (conf. Maffia, O., “Derecho Concursal”, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 149), pudiendo una u otra cosa incluso ser puesta como condición por parte de los acreedores para dar su voto favorable a la propuesta de acuerdo, para tener eficacia durante toda o parte de la etapa de cumplimiento (arg. art. 43, segundo párrafo, ley 24.522; conf. Zanarone, G., ob. cit., p. 116).

De otro lado, la demostración de la separabilidad del binomio empresa-empresario como nota típica del vigente derecho de la insolvencia está fuertemente presente en el instituto autorizado por el art. 48 de la ley 24.522, que se inspira en el principio de la conservación de la empresa, intentándose mantener aquella económicamente viable a través de propuestas de terceros, cuando el empresario ha fracasado (conf. Rivera, J. ob. cit., t. II, p. 381, n° 17).

En suma, si el pretense carácter inescindible del binomio empresa-empresario no es sostenible en etapas tardías del concurso preventivo como son las referidas precedentemente, no se ve por qué razón lógica o jurídica correspondería pensar distinto para resolver acerca de la apertura de dicho procedimiento sin romper, al propio tiempo, la coherencia y funcionalidad del sistema legal de que se trata.

De esta forma, la Sala clarifica adecuadamente los diversos niveles de análisis y la verdadera finalidad del remedio preventivo, diferenciado adecuadamente entre el control de legalidad del art. 11 de la LCQ. y en el control de mérito del art. 52 en oportunidad de la homologación.

#### **IV. 5 La causa penal contra Cristóbal López y Fabián de Souza**

Al hacer incapié en la separación del hombre de la empresa los jueces se detienen en la cusa penal y puntualmente afirmando que el procesamiento, detención y eventual condena no tiene porqué afectar el concurso preventivo, sin perjuicio de las responsabilidades emergentes, aspectos que ya analizamos en otras oportunidad y reiteramos en esta nota.

Los jueces expresan que “...En fecha reciente la justicia en lo federal penal, por los mismos hechos brevemente relatados en el considerando 7° de la presente decisión, esto es, sustancialmente por haberse utilizado el dinero que debía ingresar a las arcas públicas para expandir el grupo económico al que pertenece la insolvente, resolvió ordenar el procesamiento con prisión preventiva de los señores Cristóbal Manuel López y Carlos Fabián de Souza por considerarlos partícipes necesarios del delito de administración fraudulenta agravada por haberse cometido en perjuicio de la administración pública, de acuerdo a los arts. 45 y 173 inc. 7 en función del art. 174 del Código Penal (conf. Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 10, 19/12/2017, causa n° 4943/2016, caratulada: “López, Cristóbal Manuel y otros s/ defraudación contra la administración pública”).

En esta la línea los integrantes de la Sala D ponen de relieve que “...Pues bien, conviene observar que en el referido pronunciamiento penal el magistrado actuante señaló haciendo referencia al presente concurso preventivo que “...La decisión de someter la situación económica y financiera de Oil Combustibles SA a un proceso de esa naturaleza, ponderada en el contexto global de las disposiciones que vienen adoptando las autoridades de esa sociedad, me conduce a pensar que el designio real de López y De Sousa no era otro que el de continuar evitando el pago de sus obligaciones tributarias en el tiempo y la forma que la ley les imponía. Ello, a partir de los beneficios que implicaría que se hiciera lugar a dicho pedido que, entre muchas otras consecuencias, acarrea la suspensión de intereses y ejecuciones...”.

Y aquí es donde luce el fallo de la Cámara Comercial poniendo las cosas en su lugar “...Sin embargo, la apreciación que de ello pudiera hacerse en sede penal para fundar un auto de procesamiento y pedido de detención, o incluso llegarse a condenaciones, no es ni puede ser la misma en sede concursal pues, como ya fuera explicitado, el concurso preventivo se abre por la sola constatación objetiva del estado de cesación de pagos sin consideraciones de índole subjetiva como son las intenciones o designios perseguidos y en mira a la protección de la empresa, no de los empresarios que, en su caso, también habrían de eventualmente responder civilmente, en forma personal, como accionistas o administradores, incluso fuera de un escenario de quiebra (arts. 54, 59, 274, 276, 279 y concordantes de la ley 19.550; art. 144 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

#### **IV.6 La conservación de la empresa**

Lo hemos dicho hasta el cansancio y los jueces siguen la buena senda al sostener que de lo que se trata, en última instancia, es de conservar la empresa.

Como lo enseña Héctor Cámara, hay que apoyar y favorecer el concurso preventivo para las empresas potables de perdurar: no interesa que el titular omitió algún requisito formal o incurrió en inconducta, sin perjuicio de las sanciones punitivas de que pudiera ser pasible. Es menester separar al “hombre” de la “empresa” (conf. Cámara, H., “El concurso preventivo y la quiebra”, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 368).

En ese camino, los jueces aclaran que nada impide la posibilidad de condicionar el concordato a la elección de un nuevo directorio, en el que no han de participar accionistas involucrados en conductas defraudatorias (esta Sala D, 21/12/1982, “Sasetru S.A.”, voto del juez Rivera, LL 1983-B, p. 658). Y, entretanto, está desde ya abierta la posibilidad de ordenar medidas cautelares que pueden llegar al desplazamiento de los administradores de la sociedad concursada (conf. esta Sala D, 2176/2012, “Banham S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de investigación”; 31/8/2012, “Compañía de Combustibles S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación, art. 250 CPr.”),

como asimismo dictar medidas atípicas para preservar la empresa, asegurar la finalidad del concurso preventivo o el mejor valor de la realización de la empresa como unidad en caso de quiebra (conf. Junyent Bas, F. y Musso, C., "Las medidas cautelares en los procesos concursales", Buenos Aires, 2005, p. 23).

#### **IV.7 El crédito de la AFIP**

Agotando el estudio de la problemática la Sala D analiza la situación de la Afip expresando que "... No pasa desapercibido para la Sala la singular cuantía del crédito que ha verificado la AFIP en autos, el que representa aproximadamente el 90% del pasivo verificado o declarado admisible, según lo manifestó el juez a quo...."

Sin embargo, agregan que esa particular circunstancia no justifica conferir a la AFIP un tratamiento diferenciado del que corresponde al resto de los acreedores igualmente afectados por un estado de cesación de pagos que, según fue referido, en el caso fue calificado como real, efectivo y no simulado.

En una palabra, los magistrados puntualizan que frente al estado patrimonial de la deudora, la ley ofrece como primera solución el concurso preventivo, cuya apertura prevalece sobre los pedidos de quiebra que hubiera (art. 10, ley 24.522; CNCom. Sala A, 7/7/2000, "Supercanal Holding S.A. s/ pedido de quiebra por Merrill Corporation", LL 2001-C, p. 986, sumario n° 15.866) y que asegura, mediante la correspondiente actuación judicial, el tratamiento igualitario de los acreedores frente a un mal común (par condicio creditorum).

Así, con sano criterio sostienen que la solución no es dejar que siguen los juicios singulares en desmedro de la respuesta adecuada a todos los acreedores y a los demás intereses de la empresa, en especial, la fuente de trabajo.

#### **IV.8 La tutela de la fuente de trabajo**

Desde esta perspectiva, los jueces destacan como "hecho notorio" que la insolvente es empleadora de miles de trabajadores y fuente de trabajo indirecto de muchos más.

Enfatizan que los dependientes de la insolvente han manifestado su preocupación e incertidumbre por la continuidad de las relaciones laborales, propiciando la apertura del concurso preventivo negado en la instancia anterior.

En esta inteligencia expresan que el concurso preventivo se justifica como un modo de conservación de las fuentes de trabajo, bajo la idea de que la insolvencia no debe destruir la empresa sino ésta hacer desaparecer la situación de impotencia patrimonial (conf. Cámara, H., "Las relaciones laborales frente al concurso del empresario", RDCO, año 1978, ps. 554/555).

Con notable envidia y lucidez los jueces afirman que la empresa excede largamente lo material. Sus elementos humanos impiden que sea puramente un objeto.

Así, argumental con solidez indiscutible que el valor empresa tiene otras dimensiones, como lo son sus costados sociales, políticos y económicos, que ameritan la estimación de la empresa en la vida de la comunidad y requieren que el derecho considere específicamente su valor comunitario.

Por ello, puntualizan que cuando se toman decisiones referentes a la llamada "conservación de la empresa" -que Lorenzetti reformula entre nosotros como su "formulación dinámica"- no se atiende sólo a la conservación de un valor llave, sino, además, como actividad útil para la sociedad desde aquellos diversos ángulos. Y aunque la empresa pudiera tener ribetes ilícitos, ya en su

constitución, ya en su actividad, eso no afecta el valor de la empresa como tal (conf. Alegria, H., "La empresa como valor jurídico y el sistema jurídico", LL 2006-D, p. 1172, esp. cap. IV y VI "d").

En síntesis, los jueces concluyen que "... En las presentes actuaciones se han cumplido etapas sustanciales del proceso concursal, a saber: I) se ha completada la introductoria y de publicidad; II) igualmente la correspondiente a la tempestiva insinuación de los créditos que define los acreedores habilitados para votar la propuesta de acuerdo (v. informe individual del art. 35 de la ley 24.522 -fs. 5762/5764- y la sentencia referida por el art. 36 de esa ley -fs. 5876/6050-); III) también la informativa general correspondiente a cargo de la sindicatura (fs. 6553 y anexos); y IV) y, en parte, la que precede al periodo de exclusividad, pues la insolvente ha categorizado los créditos (fs. 6065/6067)...".

#### **IV. 9 La reapertura del concurso preventivo.**

A los fines de justificar su resolución los integrantes de la Sala D ponen de relieve que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se limitó a declarar la nulidad del auto de apertura concursal pronunciado por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nº 1 de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, pero sin fijar criterio acerca de la validez de los actos procesales consecuenciales o sucesivos a dicho auto invalidado, aspecto que el suscripto destacó en los artículos precedentes publicados en El Dial y Errepar.

Por ello, el Tribunal afirma que ello permite, consiguientemente, no afectar la eficacia de las mencionadas etapas sustanciales del concurso ya precluidas, máxime ponderando que no pesa sobre ellas planteos específicos de irregularidad y cuya utilidad, obviamente, no puede ser desaprovechada sin incurrir, al propio tiempo, en una retrogradación del trámite concursal con indudable afectación de los acreedores en orden a la definición de sus derechos frente a la insolvencia del deudor común.

Por ello, la Sala D se pronuncia por revocar la sentencia del Inferior y ordenar el dictado el auto de apertura, pero destacando que deberá continuarse el trámite concursal según su estado.

La finura y plenitud del fallo concluye con otro tema central al señalar que "...el señor juez de primera instancia deberá poner particular atención en la legitimación de quienes se titulan como la nueva conducción de la empresa (fs. 6716:II, 1), a la luz de la medida cautelar adoptada por la justicia en lo criminal y correccional federal respecto de los pretensos vendedores de la totalidad de las acciones de las sociedades del llamado "Grupo Indalo", a fin de evaluar la pertinencia de adoptar medidas judiciales a las que se hizo referencia en los considerandos 11° y 13° de este fallo...."

Los jueces se refieren a la eventual separación de los administradores de la conducción de la empresa, art. 17 y la eventual apertura del "salvataje" del art. 48 de la ley entre otros aspectos.

#### **V. Algunas conclusiones**

El segundo fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio responde a la más correcta inteligencia del sistema concursal, en especial, del concurso preventivo.

En esta línea, desarrolla un análisis pormenorizado y ajustado a la mejor doctrina puntualizando los siguientes aspectos:

1.- En primer lugar, el presupuesto de la cesación de pagos es un elemento objetivo que no admite indagación de las causas que lo motivaron en orden a la procedencia del remedio preventivo, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles de los administradores y/o accionistas, art. 173 y 175 de la LC y arts 59, 274, 276 y cons. de la ley de sociedades.

2.- El análisis de los recaudos del art. 11 de la LC no es de mérito sino, de legalidad formal, pues, la finalidad del instituto es la conservación de la empresa, debiendo distinguirse al empresario de aquella, atento los diversos intereses en juego.

3. – El propio esquema concursal tiene los medios para separar al empresario “inescrupuloso”, art. 17 de la LC y esto lo destacan los jueces pues, en su caso la alternativa de la “intervención de terceros del art. 48” puede analizarse en su oportunidad.

4.- Va de suyo que, como lo señalamos supra, la Sala destaca que cada etapa del juicio merecerá el análisis concreto del sistema en forma integral, habilitando las vías que correspondan y que en esta línea no puede obviarse la tutela de la fuente de trabajo, que implica la empresa, tal como se hace en todo el derecho comparado y en nuestro sistema.

En fin un fallo, meduloso y fundado que pareciera encauzar el proceso concursal, sin perjuicio de un eventual recurso extraordinario ante Corte Suprema.

En nuestra opinión, los jueces de la Sala D han resuelto con ejemplaridad toda la problemática de Oil Combustibles S.A.