

Buenos Aires, 9 de setiembre de 2013

Sres. Integrantes del Jurado:

I. En mi condición de jurista invitado, tengo el honor de dirigirme al Jurado constituido en el concurso N° 95 de la Procuración General de la Nación, sustanciado para proveer un (1) cargos de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con el objeto de presentar mi opinión fundada, no vinculante, sobre las capacidades demostradas por cada concursante en las pruebas de oposición, de acuerdo con los artículos 7, segundo párrafo, y 33 del Reglamento para la Selección de Magistradas/os del Ministerio Público Fiscal de la Nación, aprobado por Resolución PGN N° 751/2013.

Hago propicia esta circunstancia para agradecer a la Sra. Procuradora General de la Nación, el honor que con su designación me ha dispensado.

Tal como lo prevé el art. 31 inc. a), tercer párrafo, del Reglamento mencionado, los postulantes debieron preparar un dictamen escrito para contestar la vista conferida al Ministerio Público Fiscal de modo previo a resolver el recurso de apelación deducido en un caso concreto, vinculado con el área de especialidad de la vacante concursada. A tal fin les fue entregado a los concursantes las piezas procesales pertinentes de un expediente real —cuya selección se hizo por un sorteo realizado -en mi presencia, la de los concursantes y la del Dr. Álvarez, miembro del jurado- inmediatamente antes de dar comienzo al examen escrito que se desarrolló el día 15 de agosto del corriente año y para el que se estipuló un tiempo máximo de siete horas para elaborar el dictamen en cuestión. El puntaje máximo alcanzable por esta prueba es de 50 puntos (art. 35 del mismo Reglamento).

II. Se han presentado al examen nueve (9) postulantes, cuyos exámenes fueron identificados con diferentes colores a fin de preservar el anonimato. La evaluación se llevará a cabo en el orden que se detalla a continuación, a saber, (i) Bordó; (ii) Azul; (iii) Violeta; (iv) Negro; (v) Rojo; (vi) Rosa; (vii) Fucsia; (viii) Gris; y (ix) Amarillo.

Para confeccionar el dictamen he tenido en cuenta como parámetros según los cuales fundarlo: la claridad, lenguaje, y estilo del documento elaborado, el modo en que aborda la cuestión controvertida en el caso; el conocimiento de cuestiones generales —procesales y sustanciales— y de la problemática particular planteada, expresado también en el empleo correcto de legislación, doctrina y jurisprudencia; la exposición de las cuestiones fácticas que estimó relevantes a fin de resolver la cuestión; así como el orden lógico y estructural del dictamen, en orden a la materia controvertida y en especial, en relación con el rol que debe asumir el fiscal en cuestiones de esta naturaleza.

En función de ello, se consigna la siguiente evaluación.

a) Breve referencia al caso sorteado. Autos “Sagüemuller SA s/ concurso preventivo”

Según se estableció en la consigna entregada a los postulantes, éstos debían elaborar el dictamen correspondiente a la intervención del Ministerio Público Fiscal en los autos de referencia, para contestar la vista conferida en forma previa a resolver el recurso de apelación. A esos fines, se les solicitó que soslayan cuestiones vinculadas con la competencia y planteos de prescripción y que omitan evaluar defectos procesales vinculados con la sustanciación del recurso u otras piezas procesales, en tanto impidan analizar el fondo de la cuestión controvertida.

En la resolución recurrida la jueza de primera instancia había rechazado la impugnación deducida por Nuevo Banco de Entre Ríos SA (Nuevo Banco B.E.R.S.A) y homologado el acuerdo preventivo propuesto por Sagüemuller SA. El impugnante había sostenido que entre los acreedores que prestaron la conformidad, se encontraba Sagema SA que es una sociedad controlada por la concursada y que debió haber sido excluido del cómputo de las mayorías en virtud de lo dispuesto por el artículo 45 de la ley 24.522. Invocó la causal del artículo 50 inciso 1, ley 24.522 referida a la existencia de un error en el cómputo de las mayorías. La jueza rechazó ese planteo. Sostuvo que el citado artículo 45 sólo excluye a las sociedades controlantes y no a las controladas y que en el caso no había motivos para forzar la interpretación del artículo. La jueza destacó que el acreedor impugnante no acreditó que perjuicio le habría ocasionado al resto de los acreedores la conformidad de Sagema SA y que tampoco invocó que la propuesta fuera confiscatoria o discriminatoria. Por lo demás, la jueza consideró que debía efectuar un control sustancial de la propuesta, a partir del cual concluyó que ésta debía ser homologada pues sus términos no comprometían la moral ni el orden público, a la vez que generaban una adecuada distribución del perjuicio ocasionado por la cesación de pagos entre el deudor y sus acreedores. La jueza valoró que la empresa concursada era una unidad productiva socialmente útil con numerosos empleados.

El acuerdo homologado ofrecía pagar el 60% de los créditos quirografarios, verificados y admitidos en un plazo de 6 (seis) años contados a partir de la homologación firme del acuerdo, en seis cuotas anuales y consecutivas, siendo la primera y segunda cuota de 12.5% cada una, la tercera del 15% y las restantes del 20%, más un interés del 6% anual sobre saldo.

Contra esa decisión, apeló el acreedor impugnante. Se agravió por cuánto ésta le permitió al concursado votar su propia propuesta, a través de una sociedad controlada. Destacó la gran incidencia de ese crédito, que en sí mismo representaba el 60% del total del pasivo computable. Señaló que excluido ese crédito, la concursada habría obtenido conformidades que representan menos del 15 % del capital computable. El apelante concluyó que el voto de Sagema SA no fue libre, que su participación en el acuerdo fue abusiva y contraria a la buena fe y a la moral. Citó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su pretensión de que el voto de Sagema SA sea excluido por aplicación del artículo 45, ley 24.522.

b) Evaluación de los exámenes presentados por los postulantes

Bordó: Luego de relatar los términos de la resolución recurrida y los agravios introducidos por el apelante, abordó la cuestión realizando una profusa y detallada explicación sobre los intereses en juego y los fines que inspiran el régimen concursal en general y el sistema de mayorías en particular. Destacó la importancia de que las mayorías sean sustancialmente representativas de la voluntad de los acreedores y de que se obtengan en un procedimiento de buena fe, sin obstáculos y con información transparente y comprensible. Señaló la importancia de estas cuestiones para garantizar el

debido proceso y la protección al derecho de propiedad de los acreedores. A continuación, y sobre la base de tales apreciaciones abordó en particular el análisis del artículo 45, ley 24.522. Destacó que si bien la norma debe ser interpretada en forma restrictiva por establecer la inhabilitación del ejercicio de un derecho, la ponderación de la totalidad del ordenamiento jurídico indica que la exclusión puede surgir de la prohibición del ejercicio abusivo de un derecho (art. 1071 del Código Civil) así como del deber de no homologar acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley (art. 52, inciso 4, ley 24.522). Luego de desarrollar los conceptos normativos, concluyó que permitir el ejercicio del derecho de voto de la controlada sería incompatible con los principios que legitiman el régimen de mayorías en general y con los fines que inspiran el instituto de la exclusión de voto, cuyo objeto es excluir del derecho a participar en la votación del acuerdo a los acreedores que tienen un interés diverso al de los restantes acreedores y que se presume que ejercerán su derecho a voto dando prioridad a ese interés ajeno a la masa. El postulante explicó la importancia de la existencia de comunidad de intereses entre los acreedores que integran la base computable, y su vinculación directa con la legitimidad del sistema de mayorías. Destacó la importancia de estos principios para garantizar la protección de los derechos de los disidentes y ausentes.

Todo el análisis fue realizado en forma clara y con referencia a una amplia base doctrinaria y jurisprudencial. Se destaca el apoyo en fallos de la CSJN, a saber: (i) “Sociedad Comercial del Plata SA s/ concurso preventivo”; (ii) “Arcángel Maggio s/ concurso preventivo”; (iii) “Florio s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de Niz”; y (iv) Recurso de Hecho deducido por la Fiscal General ante la CNCom en la causa CASE SACIF s/ quiebra”.

En relación con los hechos concretos del caso, el postulante realizó un cuidadoso análisis de las circunstancias fácticas relevantes para fundar la necesidad de excluir a Sagema SA. No sólo destacó la importancia del crédito, que representa el 60% del total del pasivo computable, sino también que las restantes conformidades carecen de representatividad de la voluntad de la mayoría. Puntualizó que aunque fueron otorgadas por 100 acreedores (de un total de 186), representan el 14% del pasivo computable. Destacó que del monto de sus acreencias surge que las conformidades se reunieron entre los créditos de menor cuantía en términos relativos, dando por ejemplo el crédito de la impugnante cuyo crédito asciende a \$3.767.856. Por lo demás señaló que Sagema es una sociedad controlada en los términos del artículo 33 inciso 1 de la Ley de Sociedades Comerciales. Para ello consideró no sólo la tenencia accionaria sino también otros datos probatorios (vgr. que ambas sociedades aparecen representadas por la misma persona y que se presentan con el mismo patrocinio letrado). Concluyó que la acreedora debió ser excluida, porque como sociedad controlada, carece de libertad para ejercer su derecho de voto, puesto que la concursada, en su carácter de controlante se encuentra en condiciones de determinar su voluntad social, por lo que estaría votando su propia propuesta e imponiéndola unilateralmente a los restantes acreedores en violación del orden público concursal.

Con respecto a la oportunidad del planteo de impugnación, estimó que el mismo no podía ser rechazado por extemporáneo, en vista de la obligación de los jueces de efectuar un control sustancial del acuerdo y rechazar los acuerdos abusivos o fraudulentos y/o que carezcan de mayorías reales (cf. art. 52, incisos 1 y 4, ley 24.522). Por último, concluyó su dictamen postulando que se revoque la resolución recurrida. Solicito ser tenido como parte, y peticionó la apertura del procedimiento de cramdown (art. 48 LCQ). Asimismo, formuló reserva de caso federal por encontrarse en juego derechos constitucionales (art. 17 y 18) así como el orden público concursal.

VALORACION GENERAL: El postulante ha analizado fundadamente las normas concursales aplicables. Elaboró un puntilloso análisis de la cuestión atendiendo especialmente a los fines que inspiran el instituto de la exclusión de voto, y los fundamentos que legitiman el sistema de mayorías sobre el que se erige el concurso preventivo. A su vez, aplicó tales principios al caso concreto, evaluando las circunstancias fácticas relevantes para la resolución del caso. Analizó la conformidad de la sociedad controlada, pero también se refirió a las restantes conformidades. Fundó el dictamen en profusa y actual doctrina, con especial mención a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre cuestiones concursales. También citó dictámenes y precedentes jurisprudenciales de la Fiscalía General y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Asimismo, el postulante hizo uso de la facultad requirente del Ministerio Público Fiscal (art. 25, ley 24.946 y arts. 51 y 276, ley 24522) a fin de peticionar la apertura del procedimiento de *cramdown*, como un modo de conjurar el interés en la conservación de la empresa y en especial, de las fuentes de trabajo. Por lo demás, se advierte que si bien consideró que la propuesta era abusiva por el modo en que se reunieron las mayorías, consideró que en sí misma no revelaba términos abusivos. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de **45 (cuarenta y cinco) puntos**.

Azul: Comenzó su dictamen relatando la resolución apelada y los agravios del apelante. A continuación, explicó la naturaleza y fines del proceso concursal, los principios sobre los que descansa la legitimidad del sistema de mayorías y la necesidad de que la propuesta homologada imponga a todos los acreedores afectados un sacrificio igualitario. Señaló la importancia de que los acreedores estén agrupados en virtud de un interés común, a fin de preservar la *par conditio creditorum*. En este punto, adelantó que la clave para resolver el caso consiste en determinar si entre el universo de acreedores de Saguemuller SA y Sagma SA existe interés común que otorgue legitimidad a la votación realizada en autos para la aprobación del acuerdo. Luego de esta introducción, abordó el análisis del artículo 45, ley 24.522. Tras describir brevemente la norma y los supuestos allí contemplados, precisó que en definitiva, la norma determina la exclusión del voto de quienes cabe presumir que obrarán en interés del deudor por razones de parentesco o vínculo societario. Seguidamente, advirtió que si bien cierta parte de la doctrina ha entendido que la enumeración del artículo 45 es taxativa, existen otras normas que pueden afectar el derecho de voto de un acreedor del concurso. Explicó que el régimen concursal es un complejo normativo que se ordena en función del interés general involucrado ante el fenómeno de la insolvencia, que impide que sea homologado un acuerdo preventivo en caso de abuso o fraude a la ley (art. 52 inc. 4, ley 24.522). Concluyó que esa regla es operativa para abarcar otras situaciones no previstas en el artículo 45 pero que guardan una directa relación con la finalidad de la prohibición y siempre que se viera afectado el interés de los acreedores minoritarios por un acuerdo aprobado en colusión de intereses por quienes tienen algún interés de favorecer al deudor. Citó jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que avala esa posición.

En el caso particular, consideró que mediante el ejercicio del control social de Sagma SA, fue la propia concursada quien aprobó su propuesta. Citó antecedentes jurisprudenciales que sostuvieron la procedencia de disponer la exclusión de voto de sociedades controladas en los concursos preventivos de las controlantes. A continuación, reforzó las razones otorgadas para impedir que la conformidad de Sagma SA sea computada, aplicando la regla del artículo 1071 del Código Civil que establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, entendiéndose por tal aquel que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena

fe, la moral y las buenas costumbres. Sobre la base de esas consideraciones, consideró que la sociedad controlada debió haber sido excluida del cómputo de las mayorías y en consecuencia, postuló el rechazo de la homologación por inexistencia de mayorías. Atendió en especial a que el crédito de Sagma SA representaba el 60% del capital computable, y que las mayorías obtenidas a partir del voto de la controlada habrían sido, pues, impuesto por el propio deudor.

Sin perjuicio de ello, el postulante continuó realizando un análisis sobre la abusividad de la propuesta. Citó los fallos de la Corte Suprema en los casos “Sociedad Comercial del Plata SA” y “Arcangel Maggio SA”, para fundar la necesidad de efectuar un control sustancial de la propuesta. Consideró que en el caso, la propuesta es abusiva porque es incierta la fecha a partir de la cual se comenzará a abonar y la fecha a partir de la que deben calcularse los intereses. Advirtió que de tal modo, los acreedores están condonando los intereses que se devenguen desde la presentación en concurso hasta la fecha incierta en la que quede firme la homologación. Concluyó que tal propuesta viola el orden público económico porque daña la protección al crédito (art. 52 inc. 4, ley 24.522).

Por último, el postulante advirtió que la propuesta fue homologada en fraude a los acreedores. Señaló que el concursado reunió las mayorías legales recurriendo a un artilugio. Por un lado, consiguió la mayoría de capital con el voto de una sociedad controlada (que como tal, respondía al interés del deudor y no al de los restantes acreedores) y por el otro, obtuvo la mayoría de personas mediante los votos de acreedores con montos pequeños. Cita algunos ejemplos, de créditos por la suma de \$ 6.728,94; \$ 671; \$ 472,69; \$ 3.2848 y \$ 3.140,50. Explicó que tales conformidades se apartan de las costumbres comerciales, pues no es frecuente que un acreedor por sumas tan pequeñas consienta cobrarlas con quitas y esperas. Advirtió que estas situaciones podrían revelar casos de compras de votos prohibidas por el tipo penal del artículo 180, Código Penal. Por ello, en ejercicio de la facultad requirente solicitó que se encomiende a la sindicatura que elabore un informe sobre los créditos susceptibles de encuadrar en esta descripción, y solicitó que se remitan copias a la justicia en lo penal y a la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos del Ministerio Público Fiscal para que se investigue la eventual comisión de delito penal. Puso de relevancia una circunstancia significativa: que la concursada había realizado despidos masivos de personal vinculados a la actividad avícola, lo que tuvo como consecuencia la promoción de múltiples acciones laborales y que ello importaba el abandono de la actividad principal.

Finalmente, se opuso a la posibilidad de que se habilite la llamada “tercera vía” y, en cambio, a fin de preservar el principio de continuidad de la empresa y las fuentes de trabajo (destacó que la concursada tiene 233 empleados) solicitó que se disponga la apertura del procedimiento de cramdown (art. 48, ley 24.522). Aclaró que desde la última reforma legal introducida por la ley 26.684, podrá participar en ese procedimiento la cooperativa de trabajadores que eventualmente formen los dependientes de la concursada. Terminó su dictamen formulando reserva de caso federal.

VALORACIÓN GENERAL: El postulante demostró sólidos conocimientos procesales y sustanciales vinculados con la cuestión controvertida. Abordó las cuestiones fácticas relevantes y elaboró un análisis normativo exhaustivo y basado en múltiples precedentes jurisprudenciales, entre ellos, dos fallos de la Corte Suprema sobre la materia. Se destaca que abordó no sólo la cuestión vinculada con la exclusión de voto sino que también analizó la abusividad de la propuesta y el fraude en la obtención de las mayorías legales, no solo en la mayoría de capital sino también en la mayoría de personas. También es de señalar el ejercicio de la facultad requirente y la solicitud de remisión de

copias de la causa a la justicia penal, y a la Procuraduría especializada en delitos económicos del Ministerio Público. Por todo ello, se le asigna el puntaje de **45 (cuarenta y cinco) puntos**.

Violeta: El postulante inició su dictamen relatando los términos del recurso de apelación y de la resolución recurrida. A continuación, resumió los hechos facticos relevantes para el análisis de la cuestión central, esto es, la procedencia de la exclusión de voto de la acreedora Sagma SA. En esa oportunidad, destacó: (i) que la concursada detenta el 60% del capital accionario de la acreedora Sagma SA; (ii) que Sagma SA verificó un crédito por \$ 38.000.000, monto que representa el 65% del capital con derecho a voto (en realidad, el porcentaje es del 60% aproximadamente). Realizó una somera descripción del artículo 45, ley 24.522 y aclaró que si bien parte de la doctrina sostiene el carácter taxativo de la enumeración, existen otras normas que pueden afectar la virtualidad de un voto para conformar las mayorías legales. En particular, señaló que debe aplicarse la regla que veda al juez homologar un acuerdo preventivo en caso de abuso o fraude a la ley. Explicó el concepto de abuso de derecho que recoge el artículo 1071 del Código Civil, con cita de varios autores.

Luego de tal introducción, especificó que los acreedores excluidos del pasivo computable son aquellos respecto de los que cabe presumir, por diversas razones, que podrían votar en connivencia con el concursado, forzando de ese modo la obtención de las mayorías legales, merced a las que se podría imponer el acuerdo preventivo a los restantes acreedores. Entendió que esas razones se aplican al caso de un acreedor que resulta ser una sociedad controlada por la concursada, pues esta actuará siguiendo las directivas de la controlante. Señaló que no existen motivos para otorgar un trato diferenciado a las sociedades controlantes (que el artículo 45 excluye del pasivo computable) y a las controladas, puesto que en ambos casos las sociedades actuarán según una identificación de intereses con la concursada deudora en el polo opuesto a los restantes acreedores. Destacó que la misma solución surge del artículo 67, ley 24.522 que al regular el concurso en caso de agrupamiento aclara que debe excluirse del derecho a voto a los créditos entre integrantes del mismo.

Por otra parte, analizó la propuesta aprobada, a fin de establecer si la misma resultaba abusiva o fraudulenta. Por un lado, realizó un análisis económico a fin de calcular el valor presente que realmente cobrarían los acreedores en caso de homologarse esta propuesta. Para ello, consideró que para calcular el valor real de lo que ofrece pagar la concursada hay que tomar en consideración el costo de oportunidad del capital, es decir, lo que el acreedor deja de percibir por no disponer de su dinero, la depreciación de la moneda y el tiempo transcurrido hasta su efectivo pago. El resultado de ese análisis llevó al postulante a sostener que la quita real de la propuesta era del 70%. Evaluó que semejante quita constituye un grave indicio de que el acuerdo no fue el resultado de la manifestación libre de los acreedores a favor de la conveniencia de la propuesta para superar el estado de cesación de pagos, sino que antes bien fue una maniobra para defraudar a los acreedores ausentes y disidentes. A continuación explicó los fundamentos que rigen el sistema concursal y cómo este puede ser desviado hacia otros fines ilegítimos, por ejemplo, permitir que el deudor se libere de sus obligaciones mediante el pago de sumas insignificantes y evitando las consecuencias de la declaración en quiebra en materia de inhabilitación, responsabilidad y acciones persecutorias. Destacó la importancia de la homogeneidad de intereses para legitimar la adopción de decisiones mediante un régimen de mayorías y la importancia de los intereses en juego que pretende proteger el concurso preventivo. En relación con estas cuestiones, citó el fallo de la Corte Suprema en el caso

“Sociedad Comercial del Plata”. Concluyó, invocando el carácter de parte para solicitar el rechazo de la homologación. Por último, hizo reserva de caso federal.

VALORACIÓN GENERAL: El postulante demostró amplios conocimientos sobre la cuestión controvertida. Elaboró un análisis normativo exhaustivo para el que recurrió a los principios generales sobre los que se erige el sistema concursal. Se basó en doctrina especializada y citó el fallo de la Corte Suprema en el caso “Sociedad Comercial del Plata SA s/ concurso preventivo”. Se destaca que abordó no sólo la cuestión vinculada con la exclusión de voto sino que también analizó la abusividad de la propuesta, para lo cual realizó un análisis económico financiero de la misma. Por todo ello, se le asigna el puntaje de **43 (cuarenta y tres)** puntos.

Negro: El postulante comienza realizando un breve relato de la resolución recurrida. A continuación menciona los artículos de la Ley de Concursos y Quiebras que le asignan carácter de parte para intervenir en la alzada en la oportunidad de deducirse impugnaciones contra la homologación de acuerdos preventivos. Seguidamente, aborda la cuestión controvertida realizando un resumen de los antecedentes fácticos que estimó conducentes para resolver la cuestión. Destacó las circunstancias que rodearon la verificación del crédito de la acreedora Sagma SA, en especial, que fue observado por varios acreedores, que la sociedad había omitido acompañar los estatutos sociales y tampoco exhibió documentación relevante como los libros de actas correspondientes. Asimismo, destacó que el síndico había aconsejado declarar inadmisibles los créditos. En concreto, destacó que la concursada es titular del 60% del capital accionario de Sagma SA, que existe identidad de accionistas entre ambas sociedades, que los cargos directivos son ejercidos por las mismas personas, y que en las primeras presentaciones, la misma persona que se presentó en carácter de presidente de la concursada, lo hizo en representación de Sagma SA. Por último, destacó el monto del crédito (\$38.000.000) que representa casi el 60% del capital quirografario del concurso. Señaló que siendo que las mayorías arribadas alcanzan el 73,92% la diferencia entre ambos es 13,82%. Finalizó las precisiones fácticas destacando que en oportunidad de dictar la resolución de categorización, la jueza a quo había advertido que Sagma SA no podía votar, resolución que fue apelada por la concursada y por Sagma SA y revocada en la alzada, que consideró que el momento para analizar tales cuestiones era la oportunidad del artículo 52 de la ley concursal, es decir, en la oportunidad de la homologación.

En cuanto al análisis normativo, en primer lugar abordó cuestiones procesales, para descartar que el pedido de exclusión de voto sea extemporáneo. A continuación, analizó la cuestión vinculada con la exclusión de voto de la sociedad controlada, Sagma SA, el que adelantó, es un voto complaciente, proclive o adicto que tiene la potencialidad de desvirtuar o afectar los intereses de los restantes acreedores ante una mayoría que considera manipulada.

En las siguientes páginas desarrolló estos conceptos, haciendo especial énfasis en la necesidad de que el proceso concursal este orientado a impedir el concilio fraudulento, para lo cual quienes se encuentran legitimados para votar son los acreedores cuyo crédito fue verificado o declarado admisible. Destaca la importancia de que se analice debidamente la legitimidad de los créditos para evitar que se fragüen las mayorías. Señala la importancia de ese control, en vistas de que el acuerdo homologado surte efectos respecto de los acreedores disidentes y ausentes. En ese orden de ideas cita la doctrina del plenario Translinea y Drify SRL.

Concluyó que desde esta perspectiva, el artículo 45 debe interpretarse en forma integrada con las demás disposiciones de la ley concursal. Cita doctrina que sostiene esta postura. Realizó una interpretación finalista del artículo 45, ley 24.522, explicando que su valor radica en la exclusión de cualquier voto que pueda ser contrario al interés de la masa (por adicto, complaciente o por consistir en un fraude o abuso), lo que permite evitar la manipulación de las mayorías.

Destacó la necesidad de garantizar la absoluta transparencia y la captación de buena fe del voto de los acreedores, citando partes pertinentes del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo”. Señaló que las consecuencias de permitir prácticas poco transparentes o abusivas se proyectan hacia el mercado, repercutiendo negativamente en la economía en general. En este sentido, citó una de las maniobras fraudulentas que permiten fraguar las mayorías, el caso de los créditos que son cedidos a sociedades extranjeras que vienen a prestar conformidad a los concursos, creando así una presunción de que el concursado actuó interpósita persona, situándose en una situación de conflicto de interés con el resto de los acreedores.

Finalmente, aplicó tales fundamentos al caso concreto para concluir que Sagem SA debe ser excluida por existir un conflicto de interés respecto del resto de los acreedores. Citó el artículo 268 de la Ley de Sociedades Comerciales que establece que quien tenga conflicto de interés debe abstenerse de votar. Señaló que aunque formalmente sea una persona jurídica independiente, en tanto Sagem SA es controlada por la concursada, no se puede considerar que su voto sea libre. Formuló reserva de caso federal.

VALORACIÓN GENERAL: El dictamen aborda las cuestiones controvertidas, ofreciendo fundamentos vinculados con la naturaleza y finalidad del proceso concursal. Hace especial énfasis en la necesidad de preservar la transparencia del procedimiento en lo atinente a la integración de las mayorías necesarias para homologar el acuerdo, a fin de evitar prácticas tendientes a fraguar las mayorías en perjuicio de los acreedores reales. El postulante demuestra un manejo correcto de los intereses en juego, así como también de las normas que regulan el proceso concursal. El análisis fáctico se ciñe al análisis de la conformidad de la sociedad controlada, no ahondando en otras cuestiones como por ejemplo el análisis respecto de los restantes acreedores que prestaron su conformidad o los términos de la propuesta. En virtud de todo ello, considero que el examen debe ser puntuado con **40 (cuarenta)** puntos.

Rojo: El postulante reseña en primer término los fundamentos tanto de la resolución apelada como del memorial. A continuación, relató los antecedentes fácticos más relevantes para el caso: el hecho de que la concursada sea controlante de la acreedora; la identidad entre los directivos de ambas empresas, y el hecho de que el Presidente de la deudora sea quien reclamó la nulidad del informe individual sobre Sagem SA. Se advierte que el postulante confunde el nombre de la sociedad controlada, denominándola en algunas ocasiones, “Somesa SA” y en otras “Simage SA”.

A continuación aborda el análisis normativo. En primer término, descarta atribuir carácter taxativo de las causales de exclusión del pasivo computable, para ello realiza un análisis comparativo de distintas normas de la ley concursal que revisten ese carácter. Cita precedentes de la Fiscalía General y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que descartan el carácter taxativo de la enunciación del artículo 45, ley 24.522 para aplicar el instituto a otros supuestos no contemplados expresamente. En segundo lugar, trata el caso de la exclusión de voto de Sagem SA, resolviéndolo a

favor de la exclusión. Para ello analiza y concluye que el sentido de la norma es excluir a aquellos acreedores que la ley presume votarán identificándose con los intereses del deudor y no con el interés de la masa de acreedores. Citó un caso, donde aún al amparo de la anterior Ley de Concursos y Quiebras (ley 19.551) la jurisprudencia consideró que correspondía excluir a la sociedad controlada advirtiendo que tendría un interés especial, más allá del propio crédito que no se corresponde con el del resto de los acreedores. Seguidamente, destacó la importancia de que las mayorías se reúnan en un procedimiento especial que garantice la transparencia y que asegure que el voto no sea abusivo o en fraude a la ley. Citó doctrina en ese sentido. Concluyó que el voto de la controlada no puede ser considerado sincero pues la presencia del control importa la concurrencia de un elemento personal que es precisamente el que arroja sombras sobre el verdadero sentido de la conformidad. Finalizó el análisis de la cuestión explicando la importancia de garantizar que exista homogeneidad de intereses entre los acreedores que integran el pasivo computable, puesto que de ello depende la legitimidad del sistema. Advirtió que es claro que el acuerdo no puede ser impuesto con la conformidad de acreedores conniventes.

Destacó que aunque el artículo 45, ley 24.522 no contemple la situación particular de la controlada, una interpretación integral de la normativa concursal conduce a la misma solución. Citó en ese sentido la pauta general que veda la homologación de acuerdos abusivos o en fraude a la ley y el artículo 67, ley 24.522 que en el caso del concurso por agrupamiento veda expresamente a las sociedades vinculadas la posibilidad de votar. Finalmente, reforzó sus argumentos con los datos numéricos que demuestran la incidencia del crédito de Sagma SA en la obtención de las mayorías legales, y la poca representatividad de las restantes conformidades.

Por otra parte, se opuso a la homologación del acuerdo por considerar que existió abuso en el proceso y que la propuesta es abusiva. Hizo un análisis teórico sobre el abuso de derecho y fundó que en el caso la concursada ejerció abusivamente su control sobre Sagma SA para obtener la homologación de una propuesta abusiva en perjuicio de los restantes acreedores. Destacó especialmente que la propuesta ofrece un pago de intereses que no tiene en cuenta el largo tiempo transcurrido durante el trámite del concurso, que además, recién empieza a correr desde que comience el plazo del pago. Concluyó que la propuesta es una burla al acreedor impugnante porque mientras debate acerca de si se han logrado o no las mayorías, el concursado se beneficia patrimonialmente a su costa, pues a mayor duración del procedimiento mayor licuación de los créditos adeudados. Cito el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arcangel Maggio SA s/ concurso preventivo”.

Por último, consideró que no corresponde la aplicación del procedimiento de salvataje del artículo 48, ley 24.522 pues en el caso el concurso fracasó porque el concursado pretendió valerse del proceso para defraudar los derechos de sus acreedores, imponiéndoles una propuesta de acuerdo irrisoria mediante mayorías fraguadas.

VALORACIÓN GENERAL: El postulante realiza un correcto análisis de las cuestiones involucradas en el caso aunque el examen revela algún grado de desprolijidad en la forma en la que se presentaron los argumentos. Analiza las cuestiones fácticas más relevantes en relación con el voto de la controlada, y realiza un adecuado análisis de los términos de la propuesta, aunque omite la reserva del caso federal. Por ello considero que el examen debe ser puntuado con **38 (treinta y ocho) puntos.**

Rosa: El postulante comenzó su dictamen elaborando una reseña sobre los términos en los que Nuevo Banco de Entre Ríos SA impugnó el acuerdo. Luego, resumió los fundamentos de la resolución apelada y los agravios que articuló el recurrente. Al analizar la cuestión, esgrimió en primer término los motivos por los que corresponde la intervención del Ministerio Público Fiscal, Cita las normas específicas de la ley concursal. En cuanto fondo de la cuestión, analizó el artículo 45, ley 24.522 sosteniendo que es necesario atender a su finalidad y analizar la procedencia de su extensión a otros supuestos no contemplados por la ley en atención a las particulares circunstancias de la causa. Con cita de doctrina, estableció que el fin del artículo 45 es asegurar que lo que decida el rechazo o la aprobación del acuerdo sea el resultado de una expresión seria de voluntad de los acreedores, que se encuentra además carente de toda intencionalidad. A esos fines, excluye casos en los que se presume que el interés del acreedor se identifica con el del deudor. Señaló que esa norma se debe integrar con otras que reflejan principios de orden público, resguardan la moral y la buena fe y vedan el abuso de derecho. En especial, destacó que el voto complaciente exhibe un vicio en el consentimiento (falta de libertad, artículos 897 y 900 del Código Civil). Finalmente, aplicó estos principios al caso. Destacó que la concursada ejerce un control interno sobre Sagma SA. Fundó tal conclusión exclusivamente en la tenencia accionaria de la concursada, que es titular del 60% del capital accionario de la acreedora. Destacó la relevancia del crédito de la sociedad controlada en la obtención de las mayorías legales. Concluyó que no correspondió homologar el acuerdo alcanzado por la conformidad prestada por la sociedad controlada en tanto se encuentra identificada con la deudora, de modo que la propuesta habría sido aprobada por la propia concursada en perjuicio de los créditos de menor cuantía. Destacó que en todo caso, la concursada debió haber creado una categoría especial para que dicha sociedad controlada pudiera votar. Por último, señaló que en sentido concordante con lo aquí sugerido, el artículo 67, ley 24.522 prevé la exclusión del voto en relación con los créditos entre integrantes del grupo. Por lo demás, realizó reserva de caso federal.

VALORACIÓN GENERAL: El postulante abordó en forma prolija, aunque escueta, la cuestión controvertida en el caso. Realizó un análisis finalista del artículo 45, ley 24.522, que aplicó al caso atendiendo a las cuestiones fácticas más relevantes. Omitió analizar las particularidades de las restantes conformidades como así también los términos de la propuesta. Por ello, considero que el examen debe ser puntuado con **37 (treinta y siete) puntos**.

Fucsia: En los primeros dos apartados, el postulante realizó un somero relato de la resolución apelada y los agravios deducidos por el recurrente. A continuación, reseñó los antecedentes fácticos que consideró relevantes para resolver la cuestión. Mencionó que Sagma SA es una sociedad controlada por la concursada e identificó el monto total del pasivo computable, el monto del crédito del acreedor Sagma SA, y el porcentaje que este representa en el total (59%). A su vez, destacó que el concurso tramitó durante un periodo extenso durante el cual los intereses de los créditos quedaron suspendidos, siendo que a tenor de la propuesta solo se reconocen intereses a partir de que comience el plazo de pago. Seguidamente, abordó el análisis de cuestiones procesales (la oportunidad del planteo) para lo cual realizó un repaso de las instancias más relevantes en el proceso concursal para concluir que el pedido de exclusión había sido formulado en forma temporánea. Destacó que de todos modos, la cuestión podría ser examinada en vista del carácter *ius publicístico* de las normas concursales.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, partió de afirmar que existen distintas posiciones en torno al carácter taxativo o meramente enunciativo del artículo 45, ley 24.522. Entendió que a su criterio, si se examina el orden jurídico en su totalidad se advierten otras normas en que puede fundarse la exclusión de un acreedor. Citó el artículo 52 inciso 4, ley 24.522 que establece la prohibición de homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley. En base a ello, consideró que en el caso Sagma SA debió ser excluida. Señaló que su conformidad permitió a la concursada votar su propia propuesta y destacó que el monto del crédito resultó determinante para la obtención de las mayorías. Por otro lado, advirtió que la propuesta homologada es abusiva porque los intereses ofrecidos son exiguos teniendo en cuenta el largo plazo que insumió el trámite del concurso. Además destacó que el plazo de pago es aún incierto. Citó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arcangel Maggio SA s/ concurso preventivo”. Advirtió que el principio de conservación de la empresa no debe conducir a homologar propuestas como la del caso, puesto que ello conduciría a permitir que el deudor obtenga ventajas indebidas, afectando a sus competidores. Por último, realizó reserva de caso federal.

VALORACIÓN GENERAL: El postulante analizó la cuestión controvertida con propiedad, aunque en forma sumamente escueta. Si bien analizó las cuestiones fácticas más relevantes respecto a la posibilidad de votar de la sociedad controlada, omitió analizar las particularidades de las restantes conformidades. Sí analizó los términos de la propuesta, los que consideró abusivos. Por ello, considero que el examen debe ser puntuado con **37 (treinta y siete) puntos**.

Gris: El postulante enunció los términos de la sentencia y del recurso de apelación. Luego descartó la procedencia del recurso sosteniendo que la enunciación del artículo 45, ley 24.522 es de carácter taxativo. Fundó tal apreciación en que no es posible suponer que el legislador no hubiera podido prever el caso de las sociedades controladas al excluir a las controlantes. Consideró que el hecho de que el artículo 68, ley 24.522 haya cubierto todas las posibilidades al establecer la prohibición de votar de los créditos de los integrantes del agrupamiento. Sostuvo, además, que el dato referido a la importancia del crédito de Sagma SA no debe ser tomado en consideración porque la solución contraria conduciría a un festival de exclusiones de voto que llevaría a una evaluación extralegal de cuándo sería impugnabile el voto de la sociedad controlada. Cita doctrina en sostén de ello. Por último, citó los dichos de la jueza respecto a que el impugnante no ha explicado cual sería concretamente el perjuicio al punto que no ha mencionado siquiera el artículo 52 inciso 4, ley 24.522. Por el contrario, consideró que sus pautas son lícitas, no comprometen la moral ni el orden público.

VALORACIÓN GENERAL: El dictamen se ciñe al carácter taxativo del instituto y omite analizar la cuestión a la luz de una interpretación finalista ni recurre a otras normas para analizar la cuestión desde el punto de vista del perjuicio ocasionado a los acreedores disidentes o ausentes. No analiza las cuestiones vinculadas con la transparencia y la necesidad de garantizar la homogeneidad de intereses entre quienes integran el pasivo computable. Por ello, considero que el dictamen debe ser puntuado con **30 (treinta) puntos**.

Amarillo: El postulante relató los términos de la resolución apelada, del recurso de apelación y de la contestación del concursado. Luego, se refirió a la intervención del Ministerio Público en el caso. Citó el artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley Orgánica del Ministerio Público, pero

omitió cualquier referencia a los artículos específicos de la Ley de Concursos y Quiebras (art. 51 y 276, ley 24.522). Por lo demás, postuló que el recurso sea rechazado porque consideró que la expresión de agravios del acreedor impugnante “no posee una clara entidad suficiente como para sostener su mismo recurso” y que “surge del incidente de marras que el peticionante en su recurso no hace una clara individualización de los agravios que manifiesta tener”. Dijo que sus agravios son generales y no hacen mención al caso en particular. Luego descartó la propuesta de acuerdo generara vulneración de derechos patrimoniales y afirmó que queda ampliamente acreditado que la mayoría necesaria se ha obtenido”. No fundó tales apreciaciones en los hechos concretos del caso, ni analizó las circunstancias en torno al carácter ficticio de la obtención de las mayorías. Terminó citando un fallo de la Corte para sostener la necesidad de priorizar el derecho positivo aun cuando sea injusto y antifuncional.

VALORACIÓN GENERAL: El dictamen sostuvo que la expresión de agravios es insuficiente para controvertir la resolución apelada sin aportar ningún fundamento para ello. Omitió analizar las cuestiones normativas involucradas en el caso, así como también las cuestiones fácticas. Se limitó a sostener que se obtuvieron las mayorías en forma lícita y que la propuesta no vulnera los derechos patrimoniales de los acreedores sin analizar ninguna de las circunstancias fácticas que revelaban precisamente lo contrario. Por ello, considero que el dictamen debe ser puntuado con **22(veintidos) puntos.**

Con esta opinión, entiendo haber dado por cumplido el cometido que se me ha asignado, que pongo a consideración de los integrantes del Jurado para su consideración en la elaboración del orden de merito de los candidatos.

Saludo a las señores del Jurado muy atentamente.

Fdo.: Dr. Horacio L. Bersten.