--- Trelew, de setiembre de 2.010.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 16/22, el recurso de fs. 23 y su concesión en relación y con efecto suspensivo de fs. 24; y ----------

--- **CONSIDERANDO**: ----------

--- **I.-** Que por resolución de fs. 16/22 el juez "a quo" decidió no hacer lugar a la apertura del concurso preventivo solicitado por el accionante con fundamento en el art. 1º de la ley 24.522. ----------

--- Para ello consideró, en lo pertinente, y luego del detalle conceptual del "estado de cesación de pagos", como presupuesto de apertura del concurso de que se trata, que: a) en el escrito inicial se alude constantemente a la empresa T. S.A., de la que el presentante es socio mayoritario, y a la que se encuentra ligado en forma personal, siendo esa presentación "poco clara y confusa" en lo que hace a su situación patrimonial personal; b) en rigor, no obstante ello, dice el magistrado, no se está merituando el concurso de T. S.A. sino la situación de O. C., y agrega que la alarma social y los intereses colectivos que se pretenden proteger con el concurso preventivo no se presentan en el caso. ---------- En particular, analiza que: c) el presentante sólo denuncia tres acreedores, Municipalidad de Trelew, AFIP-DGI, B. C., teniendo en cuenta los montos denunciados respectos de los dos primeros ($19.381 y $800) y el valor de los bienes que garantizarían las deudas en virtud del privilegio que poseen, se encuentra ampliamente cubiertas con el activo denunciado ($42.000 correspondientes a tres rodados y $843.000 respecto de tres inmuebles); d) el patrimonio denunciado no se muestra impotente, aún sin disponibilidad de otro crédito, ni se desprende de tales acreencias una permanente y definitiva imposibilidad de cumplir puntualmente con las obligaciones, teniendo presente siete años de duración de la causa penal que el presentante denuncia como desencadenante de su desequilibrio patrimonial; e) en el caso de la acreencia del B. C., el presentante ostenta la calidad de hipotecante no deudor, garante de deuda ajena, que responde sólo hasta el límite del precio del bien hipotecado (art. 3165, Código Civil); f) de ello se desprende, dice el juez "a quo", que la deuda denunciada en el ítem de cuentas de orden garantías otorgada por la suma de $7.909.630,58, no es propia sino de T. S.A., empresa no concursada, y el presentante sólo responde con límite en el precio del bien hipotecado, que tiene un valor de activo denunciado de $570.000, restando entonces un activo a favor del presentante de $745.000, fácilmente realizable para cubrir una deuda de $20.181 de la Municipalidad de Trelew y AFIP-DGI.----------

------- De lo anterior, concluye el magistrado que: g) cabe afirmar que no se vislumbra un estado de cesación de pagos, no se advierte una insolvencia general y definitiva con carácter de estabilidad, apenas se advierten meros incumplimientos, no pudiendo encuadrar como una insolvencia propia, general y definitiva a la deuda por la que se constituyó en garante no deudor; h) no se advierte que en forma personal tenga un desequilibrio entre activo y pasivo o la impotencia patrimonial para cubrir las deudas

exigibles, sino que debe concluirse que la situación descripta se engloba en un inconveniente ocasional o pasajero; i) no se advierte una desatención permanente de las obligaciones, sino que las mismas se han dado en forma aislada, ínfima, considerando que el presentante establece como principio de sus inconvenientes patrimoniales el año 2001 y a la fecha de esta presentación denuncia sólo dos deudas de apenas $20.000; es decir, concluye el juez de grado, no hay pluralidad de incumplimientos que revelen el estado de cesaión de pagos. ----------

--- En otro orden, y sucintamente a los fines del presente, cabe considerar que también expresa el juez "a quo" que: j) ni de la presentación ni de la documentación surge en forma clara y precisa cuál es la actividad económica que pretende salvar con el proceso concursal, cuál es la evolución normal que se le impide, ya que dice dedicarse exclusivamente a su actividad en la empresa T. S.A.; k) no indica si percibe retribución por esa actividad, cuáles son sus beneficios o rentabilidades que le produce el capital accionario, o si posee otras actividades fuera de la empresa, para fundamentar la actividad económica que pretende amparar; l) no cumple el requisito de buen orden y claridad en la exposición de su situación patrimonial y los hechos por los cuáles se habría manifestado la cesación de pagos. ---------- Por último, en orden al examen que corresponde a esta Alzada, también agrega el magistrado cuestionado que: m) teniendo en cuenta la documental aportada y los dichos del presentante, la finalidad de la presentación concursal estaría dada para obtener la suspensión de la subasta judicial decretada en la causa "B. C. c/ T. S.A. s/ Ejecución hipotecaria" (expte. nº 1906/2006) de trámite ante el mismo juzgado interviniente, y no es dable admitir una presentación con el fin de escapar de garantías dadas por instrumentos públicos y que se ejecutan en una causa iniciada en 2001. ------

---------- **II.-**

Contra esta decisión se alza el accionante a fs. 23 y, concedido a fs. 24, expresa agravios a fs. 25/33. En lo conducente, expresa que: a) la Ley de Concursos y Quiebras (LCyQ) no exige pluralidad de incumplimientos, ni siquiera la existencia de incumplimientos para tener por configurado el estado de cesación de pagos para acceder a la apertura del concurso preventivo; b) la premisa es presentar un estado patrimonial que se manifieste impotente para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles, que se traduzca en un desequilibrio entre compromisos exigibles y medios disponibles para afrontarlos en forma regular; c) la deuda garantizada (al B. C.) es claramente, afirma el accionante, una obligación exigible en su contra, al menos desde el año 2001, que no podía ser satisfecha con medios regulares, por lo que el estado de insolvencia o impotencia patrimonial es patente; d) la efectiva realización del inmueble en subasta pública demuestra la evidente mengua patrimonial de su parte y la exigibilidad de la obligación en contra de su patrimonio; e) la cita del art. 3165 del Código Civil que realiza el juez "a quo" se refiere a terceros poseedores de la cosa hipotecada; mientras que el accionante es –era, agrega– el dueño del inmueble

hipotecado, por lo que la deuda no es ajena sino propia; formula, también, en este orden consideraciones sobre el alcance de la hipoteca en relación con el presentante, cláusulas décimo octava (suscripción de letras hipotecarias), vigésima (respecto de la forma de ejecución hipotecaria), vigésimo segunda (retención del título de propiedad del inmueble hipotecado en poder del acreedor). ----------

--- Agrega el recurrente que: f) no advierte razón para que se deniegue la apertura del concurso a fin de que el acreedor, aún el hipotecario, clarifique su derecho a través del proceso de verificación; g) el tribunal de grado presume gravemente que la única finalidad de la presentación en concurso es eludir el pago de la garantía extendida a favor del Banco, cuando lo que intenta es salvaguardar la integridad del patrimonio, que se vería –dice– seria y sustancialmente amenazada. ----------

--- En cuanto al estado de insolvencia, afirma el recurrente –con análisis de derecho extranjero–, en lo pertinente, que: h) el aspecto objetivo del proceso no es necesariamente el estrecho marco definido como "estado de insolvencia"; i) el concepto de cesación de pagos, que imposibilita satisfacer obligaciones de modo normal, dice, es sustituido y sustituible en varios supuestos, donde las crisis son suplantadas por las dificultades financieras de orden general, para habilitar un acuerdo preventivo; j) no es verdad que sea sólo y de modo preponderante la empresa la destinataria del esfuerzo del legislador para moderar la crisis de modo que incida en la comunidad general en forma menos perjudicial para todos los sectores involucrados; k) la nota de generalidad del estado de cesación de pagos se refiere a la extensión patrimonial, que puede tratarse –explica el recurrente– de un solo incumplimiento o de cesación de pagos sin incumplimientos, sino que se refiere a la afectación de toda la situación económica del deudor como verdadera impotencia; l) en realidad vive –el peticionante– una merma drástica de los ingresos soportado durante largos años y no debe ser lineal el pensamiento a seguirse para atender la procedencia de la apertura del concurso; m) la nueva visión del concurso no es evitar la quiebra sino la crisis; n) se priva al recurrente, dice, el acceso a un procedimiento de solución del que no puede predicarse, como lo hace el juez "a quo", que sólo persiga evitar una ejecución individual. Finalmente, citando doctrina y jurisprudencia, solicita que se haga lugar a la apertura del concurso preventivo. ----------

--- **III.-** Así planteado el recurso, no puede prosperar. ----------

--- 1. Presupuesto. Examen preliminar. En efecto, la ley 24.522 establece en su art. 1º que "el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afectó, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley". Ello, junto a la legitimación subjetiva derivada de los arts. 2º y 5º, y el cumplimiento de los requisitos de los arts. 10 y 11 de la ley 24.522, conforma el examen que –en lo pertinente y en tanto aplicable a estos actuados– corresponde hacer al magistrado, ya sea para dictar la resolución de apertura del concurso o para rechazar la petición (arts. 13 y 14, LCyQ). ----------

--- En lo que interesa al recurso, el presupuesto objetivo del art. 1º antes citado puede y debe ser analizado –en el marco de la LCyQ– integrado a las previsiones del art. 78, en tanto éste establece en lo pertinente que: "el estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan". ----------

--- Es decir, el estado de cesación de pagos –y no el simple incumplimiento puntual de una o varias obligaciones– es presupuesto de apertura y como tal debe ser demostrado. Quien peticiona la apertura de su concurso preventivo, por lo tanto, asume la "carga" de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión (conf. art. 273, inc. 9º, LCyQ; COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., reimp. 1997, p. 109), con lo que ello implica para el caso de que así no lo haga. De allí que, consecuentemente, en tanto surge de la resolución de fs. 16/22 cuestionada –y el recurrente no ha rebatido de ningún modo con la presentación que se analiza (fs.25/33)– que tal "estado" de impotencia económico-financiera no se ha acreditado con la presentación de fs. 3/10vta, corresponde rechazar la pretensión recursiva. ----------

--- 2. Estado de cesación de pagos. Insolvencia. Al respecto, puede y debe estarse a la explicación que la doctrina nacional brinda de la norma vigente y aplicable en concreto. Así, por ejemplo, es Rouillón quien indica que "el presupuesto objetivo para la apertura concursal es el estado de cesación de pagos. Este importa un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos; cuando estos últimos se revelan insuficientes –de manera regular y con cierta permanencia– para atender a aquéllos, se configura la impotencia patrimonial técnicamente llamada insolvencia o estado de cesación de pagos" (conf. ROUILLON, Adolfo A., "Régimen de concursos y quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 13ª ed., 2004, p. 52;). ----------

--- Por ello, también, se enseña que "estado de cesación de pagos" e "insolvencia", son sinónimos; gráficamente se pueden ubicar como causa y efecto del mismo fenómeno: la impotencia económica para cumplir regularmente las obligaciones (BONFANTE, Mario A. – GARRONE, José A., "Concursos y quiebras", Ed. Abeledo-Perrto, Buenos Aires, 5ª ed., reimp. 1998, p. 42). Con todo, debe advertirse que si bien la regularidad o normalidad de los medios que se pueden aplicar al pago, es algo eventualmente impreciso y elástico, lo determinante es el "estado", la situación de cesación de pagos o insolvencia, que debe manifestarse por "hechos" reveladores objetivos (MAFFIA, Osvaldo J., "Ley de concursos comentada", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, T. I, p. 11). ----------

--- La cuestión no se modifica aún cuando pueda ser observada ya no del lado de los acreedores, sino del patrimonio del deudor comprometido. Así, por ejemplo, también se ha dicho que el "estado de cesación de pagos" es "considerado legalmente como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones; constituye un estado

económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos. Ese desequilibrio patrimonial en que se debate una persona le impide cumplir sus compromisos, es decir, hacer pagos; y por ello deja de ser solvente , para devenir en insolvente " (conf. SALERNO, Marcelo U., "El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 190 y sig.). ----------

--- Este recaudo del "estado de cesación de pagos", con lo que se lleva dicho, es, innegablemente, de insoslayable acreditación para quien pretende "honrar" a sus acreedores por intermedio –y con los efectos– del concurso preventivo. Como tal, y por no representar un modo regular y normal de cumplimiento de las obligaciones, debe ser de interpretación "restrictiva" (CS, “Alfamar S. A. c/ Orfel, Orlando” de 1983, Fallos 305:70), máxime si es la "última ratio preventiva" con que se procura remediar el estado de cesación de pagos o insolvencia (CS, "Sociedad Comercial del Plata S.A." de 2009, Fallos 332:2339) en que dice hallarse un deudor. ----------

--- 3. Recurso. Apertura. Concretando lo expuesto respecto de la presentación en concurso que se examina, y del recurso que cuestiona el rechazo de su apertura, debe considerarse que, aún cuando no se confunde la persona física –que pretende su concurso preventivo– con el ente societario que dice integrar –a la sazón, no concursado– (art. 39, Código Civil; conf. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Código Civil y leyes complementarias. Anotadas con jurisprudencia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 79), y, no obstante que la persona física no está obligada a satisfacer las deudas de la persona jurídica T. S.A. –se insiste, no concursada– sino por haberse obligado como su "garante real" (así lo expresa a fs. 4vta y 27), en rigor, objetivamente con la presentación de fs. 3/10vta. no se cumplen los recaudos de los incs. 2º a 5º del art. 11 de la ley 24.522. ---------- El confronte del listado de acreedores (AFIP-DGI, Municipalidad de Trelew, B. C. S.A.), en función del activo y pasivo denunciado ("Notas al estado de situación patrimonial", anillado anexo), al momento de la presentación en concurso, permiten afirmar que el peticionante se encuentra en estado de hacer frente con medios regulares o normales a sus obligaciones; esto es, puede hacer frente al reclamo hipotecario, que menciona como determinante, por su calidad de "garante real" (fs. 4vta y 27; art. 3121, Código Civil; conf. LÓPEZ MESA, "Código Civil", cit., T. IV, p. 281; COLOMBO, Carlos J. – KIPER, Claudio M., "Ejecución hipotecaria", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., 2005, p. 75), sin comprometerse personalmente ni afectar bienes imprescindibles para la actividad profesional del peticionante, y aún así cumplir con los eventuales reclamos por deuda fiscal y por tasas y servicios locales que invoca. ---------- 4. Por lo demás, y en cuanto a las extensas explicaciones sobre la vinculación del peticionante con la sociedad anónima que dice integrar y la situación de hecho, penal, a la que dijo estar sometido, esta Sala tiene dijo en la causa "S. C. A. M. s/ Concurso preventivo" (expte nº 20363 de 2005), que en tanto la ley hace abstracción de las causas determinantes de la cesación de pagos (doc. arts. 1º y 78 de la ley 24.522), "no debe tenerse en cuenta

ningún tipo de circunstancias" que pueda haber llevado al pretenso estado de impotencia patrimonial del deudor, "tales como ineptitud, imprevisión o motivos exógenos a su quehacer", y, en relación con el "estado de cesación de pagos", que el mismo "implica la impotencia para cumplir las obligaciones exigibles con los bienes normalmente realizables (en este mismo sentido ver las citas de Rouillón, Bonfanti, Garrone, Salerno, Maffía realizadas "ut supra"); se trata de una situación definitiva, respecto de la cual no hay posibilidades de hacerla desaparecer mediante el giro normal y propio de la actividad del deudor" (SIC. Nº 69 de 2005), cuestión esta que en autos no se ha acreditado. ---------- En suma, no cumpliéndose en autos los recaudos del art. 11 de la LCyQ, corresponde confirmar la resolución de fs. 16/22 en lo que ha sido objeto de agravios. ----- **IV.-** Las costas se impondrán al recurrente perdidos (art. 70, ley XIII nº 5; antes art. 69, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que se actuó, corresponde regular los honorarios del Dr. C. A. T. en el 0,24%, calculados sobre la liquidación a practicarse (arts. 5, 6, 8, 13, 30, 41, Ley de Aranceles; conf. art. 278, LCyQ). ---------- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ---------- Confirmar la resolución de fs. 16/22. ---------- Imponer las costas al recurrente perdidoso. ---------- Regular los honorarios del Dr. C. A. T. en el 0,24%, calculados sobre la liquidación a practicarse. ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº __31__ DE 2010 – SIE.- CONSTE.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA