

Doctrina

Contratación laboral internacional



Enrique A. Betemps

Abogado (UNL). Master of Laws Southern Methodist University, Dallas, Texas, Estados Unidos. Socio de Pérez Alati, Grondona, Benites y Arntsen. Autor del capítulo de Argentina referido a contribuciones de la seguridad social de la CCH Latin American Tax Guide. Coautor del capítulo de Argentina referido a Derecho Laboral Internacional, Empleo y Discriminación de Kluwer's International Labour and Employment Compliance Handbook. Autor del capítulo de Argentina publicado en Employment Law Review. Orador en diversas conferencias de la International Bar Association (IBA) y la de la American Bar Association (ABA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Contrataciones internacionales con traslado físico de empleados. Ordenamiento jurídico nacional. Cuestiones laborales y de la seguridad social. Territorialidad. Traslado o comisión al extranjero. Convenios Internacionales de la Seguridad Social. Profesionales, investigadores, científicos y técnicos contratados en el extranjero. Situación del administrador de sociedad y empleado. Alternativas posibles.— III. Prestaciones transnacionales en los casos de trabajo remoto.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Hasta el presente, las contrataciones internacionales de ejecutivos suponían fundamentalmente la expatriación del empleado de una jurisdicción a otra.

Más recientemente, a partir de las mejoras en las comunicaciones y fundamentalmente de la pandemia, tomó el centro de la escena y con mucha fuerza un nuevo formato en la contratación internacional de empleados: el trabajo remoto transnacional.

Nuestra intención en estas líneas es comenzar ocupándonos de las contrataciones internacionales clásicas —con traslado físico del empleado—, para luego hacer mención al novedoso fenómeno del trabajo remoto transnacional.

Si bien la temática referida a contrataciones internacionales alcanza y se extiende a otras cuestiones —aspectos migratorios y pago de retribuciones en moneda extranjera y en el exterior—, dado que su abordaje excede el propósito de este trabajo, omitiremos su tratamiento y nos enfocaremos en las que consideramos más relevantes

II. Contrataciones internacionales con traslado físico de empleados. Ordenamiento jurídico nacional. Cuestiones laborales y de la seguridad social. Territorialidad. Traslado o comisión al extranjero. Convenios Internacionales de la Seguridad Social. Profesionales, investigadores, científicos y técnicos contratados en el extranjero. Situación del administrador de sociedad y empleado. Alternativas posibles

II.1. Expatriación: Inexistencia de normativa integral

Es de práctica de las organizaciones internacionales el envío de sus ejecutivos a unidades relacionadas en otras jurisdicciones durante un período de tiempo establecido. Es lo que se denomina expatriación.

Se considera expatriados —de acuerdo con la caracterización realizada por Gabriel De Vedia— a aquellos empleados que "... suelen ser profesionales que desplazan su residencia a otro país diferente del habitual para el desarrollo de su actividad profesional durante un lapso de tiempo ..." (1).

Desde el punto de vista de la organización, la expatriación le facilita a esta el control sobre las operaciones internacionales, ya que puede tener conocimiento directo de la realidad de la compañía en otros países.

En cuanto al empleado, su expatriación le permite obtener mejores ingresos, interactuar con distintas culturas, aprender idiomas, tener una visión propia y directa de la entidad internacional en el exterior y contribuir a su desarrollo profesional al acceder a funciones de mayor responsabilidad.

En buena medida, la asignación temporaria en otras jurisdicciones tiene el propósito de entrenar al ejecutivo, dado que le posibilita la adquisición de conocimientos que luego utilizará en favor de la misma organización.

Las organizaciones internacionales suelen regular lo referido a expatriación a través de manuales de empresa y/o de acuerdos directos con los empleados alcanzados, siendo de práctica la reserva de la misma posición —u otra similar— luego de finalizada la asignación internacional y la extensión o reducción de su duración en función de las necesidades de la compañía.

No existe en el país una regulación legal integral referida a expatriación o a contrataciones internacionales de empleados.

Por el contrario, existen diversas disposiciones y tratados internacionales de la seguridad social que regulan el tema, cuyos principales lineamientos trataremos a continuación.

II.2. Aspectos laborales y de la seguridad social. Territorialidad. Traslado o comisión al extranjero

Nuestro ordenamiento jurídico consagra —en principio— soluciones "territoriales" en materia de regulación de la relación individual de trabajo y del régimen de la seguridad social (2).

Desde el punto de vista laboral, esto es en lo que refiere a la relación empleador/empleado, a la vez que no contempla la aplicación de la ley extranjera a una relación ejecutada en el país, tampoco establece la aplicación de la nacional a una vinculación efectivizada fuera de sus fronteras.

Este principio no es tan estricto, como en el supuesto de prestación laboral "itinerante", que "consiste en la prestación de la capacidad de trabajo en sucesivos lugares geográficos y sujeta a leyes distintas", en cuyo caso "se impondría la aplicación de la ley del lugar tanto en el que principalmente se han ejecutado las prestaciones como en el que se producen los hechos que pueden considerarse relevantes al efecto" (3).

Del mismo modo, conforme surge de las conclusiones a las que arriba Nahuel N. Espinillo en su trabajo acerca de la interpretación del artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en la jurisprudencia actual (4), "el hecho de que un trabajador no preste tareas efectivamente en el territorio nacional no sería óbice para que resulten aplicables las disposiciones de la LCT a la extinción de la relación ... si el trabajador demuestra que, si bien no prestaba tareas en el país, era la sociedad local quien ejercía las facultades propias de un empleador, dirigiendo o controlando su trabajo, o que él debía reportarle a personal de aquella, o que en última instancia era la sociedad lo-

sitoria o eventual, servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada".

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DE VEDIA, Gabriel, "El régimen de los expatriados. Perspectivas en los derechos laboral, de la seguridad social y fiscal", LA LEY, 2011-F, 993.

(2) En materia laboral, resulta de aplicación el artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo que establece: "Esta

ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio". En lo que hace a la seguridad social, el artículo 2, inciso a), de la ley 24.241, dispone en su parte pertinente que: "Están obligatoriamente comprendi-

dos en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones ... las personas físicas mayores de 18 años de edad que a continuación se detallan: Personas que desempeñen alguna de las actividades en relación de dependencia que se enumeran ... 6.- Las personas que en cualquier lugar del territorio del país presten en forma permanente, tran-

sitoria o eventual, servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada".

(3) CS, "Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s. Despido", 13/09/2011, Fallos: 334:1018.

(4) Conforme a ESPINILLO, Nahuel N., en su trabajo titulado "Interpretación del artículo 3º de la Ley de

Nota a fallo

Quiebra de Correo Argentino

Declaración falencial tras la frustración del procedimiento de salvataje. Ausencia de conducta hostil o abusiva del acreedor (Estado Nacional). Proceso que se inició hace veinte años. Presunciones de maniobras fraudulentas. Embargo sobre sumas de dinero. Inhibición general de bienes. Orden de realización. Prohibición de salida del país de los administradores. JNCom. Nro. 6, 05/07/2021. - Correo Argentino SA s/ concurso preventivo. **4**

La segunda quiebra de "correo argentino"

Antecedentes. Cuestiones jurídicas y enseñanzas Eduardo M. Favier Dubois **5**

Jurisprudencia

Alimentos a favor del hijo

Fijación de cuota alimentaria en un 30% de los ingresos del demandado. CNCiv., sala C, 16/07/2021. - Z., M. D. R. y otro c. M., P. E. S. s/ alimentos. **10**

Determinación del tributo

Incrementos patrimoniales no justificados. Deuda financiera y venta de acciones. Apreciación de la prueba realizada por el Tribunal Fiscal de la Nación. Diferencias entre el proceso penal tributario y el procedimiento tributario. CNFed. Contencioso administrativo, sala I, 06/07/2021. - Cis, Ricardo Alberto (TF 26163-I) c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo. **11**

cal la que se beneficiaba de su prestación de tareas ...”

Con relación a la seguridad social, además de establecer su aplicación a quienes presen tareas en su territorio, prevé que, en el caso de traslado o comisión al extranjero, resulta de aplicación la normativa de la seguridad social nacional a un contrato de trabajo ejecutado fuera del país (5).

Dice Camilo Alvarez Ruiz (6) que “la aplicación del apart. 6, según sea el caso, puede ser un remedio eficaz para proteger al trabajador expatriado y a su familia, o al menos un paliativo a las consecuencias indeseadas de la emigración por razones laborales”.

Dice asimismo este autor que frente a “la consecuencia indeseada... de una doble imposición... la República Argentina ha celebrado convenios con otros países a fin de neutralizar los daños o atenuarlos tanto como sea posible”, de acuerdo a los cuales “los trabajadores expatriados solo quedarán sujetos a las cotizaciones del régimen previsional de su país de origen, quedando exentos de aportar al sistema previsional del país donde llevan a cabo sus tareas, por un período de tiempo expresamente previsto en cada uno de los tratados”.

Por nuestra parte, consideramos que tal extraterritorialidad de nuestra legislación de la seguridad social está llamada a entrar en conflicto con la normativa del lugar donde el expatriado argentino vaya a prestar servicios, dado que casi todos los sistemas legales tienen la vocación de regular los efectos de los contratos que se ejecutan dentro de su territorio, muy especialmente en el tema de la seguridad social.

II.3. Convenios Internacionales de la Seguridad Social

De acuerdo a lo que enseña Alexandra Biasutti (7), “se puede definir al Convenio o Tratado Internacional en materia de Seguridad Social como el acuerdo suscripto por dos o más Estados, regulado por el Derecho Internacional Público, por el cual se establecen reglas recíprocas a que deberán ajustarse las personas comprendidas en su ámbito, a los efectos de lograr prestaciones de la Seguridad Social previstas por la legislación de cada uno de los Estados Contratantes y sobre la base del principio de igualdad de trato”.

Los convenios internacionales de la seguridad social (8) permiten que los años de servicios con aportes registrados en el exterior, sean computados para la “totalización” de los períodos requeridos para el otorgamiento de los beneficios previsionales en cada una de las jurisdicciones contratantes.

Así, si una persona tuviera la edad requerida en nuestro país para obtener un beneficio previsional (60 años las mujeres

y 65 los hombres) y registrara 24 años de servicios con aportes en la Argentina y 6 en un país con convenio internacional de la seguridad social vigente y operativo, en virtud del tal convenio, se le permitiría “totalizar” 30 años de servicios computables y obtener el beneficio previsional respectivo, el que le sería liquidado en proporción al tiempo computable trabajado y aportado en la Argentina.

Además, como excepción a los principios generales que regulan la situación de quienes prestan servicios en el exterior, este tipo de convenios contempla la posibilidad de que el traslado temporario (generalmente de 2 años) del empleado no genere pagos al sistema de la seguridad social del país contratante.

En efecto, los convenios internacionales de la seguridad social también prevén lo anterior al traslado temporario de un empleado que presta servicios en el país contratante a la Argentina (o viceversa), determinando que en tal supuesto el dependiente siga sujeto a la legislación del país de origen, aun cuando prestara servicios en la Argentina.

Ello implica que permanezca vigente la relación laboral del empleado con la sociedad del exterior.

Ese empleado expatriado debe ser registrado en nuestro país en el libro laboral rubricado del artículo 52 de la LCT en una empresa local, la que lo debe dar de alta ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

Pero en este último caso, en las tramitaciones ante la AFIP, el empleado debe ser ingresado bajo el código especial previsto al efecto, que hace referencia a: “Artículo 4 Ley 24.241 - Traslado temporario desde el exterior o Convenios Bilaterales de la Seguridad Social”.

Ello implica que la determinación de los aportes y contribuciones a la seguridad social por las remuneraciones que perciba de la empresa local (que se determinan a través de un aplicativo) sea igual a cero.

Por consiguiente, el empleado expatriado a la Argentina continúa sujeto a la legislación de la seguridad social de su país, no aportando al sistema argentino por las remuneraciones que perciba de la empresa local.

La referida excepción tiene un alcance temporal limitado (de 2 años sujeto a prórrogas de carácter excepcional), por lo que la prolongación de la permanencia del empleado extranjero en el país luego de concluido el plazo de su asignación, podría dar lugar a que los organismos de la seguridad social consideren que su solicitud de exención fue simulada o engañosa, y pretendan

el ingreso de los aportes y contribuciones no pagados con más intereses y multas.

II.4. Profesional, investigador, técnico o científico que haya cumplido la tramitación prevista en el artículo 4 de la ley 24.241

De acuerdo con el artículo 4 de la ley 24.241, los profesionales, investigadores, científicos y técnicos contratados en el extranjero, que hayan realizado el trámite pertinente, quedan exceptuados de realizar aportes y contribuciones en la Argentina, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) que su prestación de servicios en el país no sea mayor de 2 años y por una sola vez;

b) que no tengan residencia permanente en la Argentina; y

c) que estén amparados por las leyes del país de su nacionalidad o residencia contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

La ley 26.566 extendió dicho plazo a 4 años.

Al igual que con relación a los convenios de la seguridad social, la prolongación de la permanencia del empleado extranjero en la Argentina luego de concluido el plazo de 4 años, podría determinar el reclamo de aportes y contribuciones e intereses y multas por los organismos de la seguridad social.

Como señalan Jorge Gebhardt y María F. Fernández (9), “la exención se otorga por única vez y su aplicación tendrá efectos desde la fecha en que se efectúe su solicitud; por ello, resulta recomendable que, a la fecha de comienzo de la asignación del empleado, se cuente con toda la documentación del trámite”.

II.5. Situación del administrador de sociedad y empleado

Existe un supuesto en el que se atenúa la aplicación de la normativa de la seguridad social, que se presenta cuando en una misma sociedad el administrador en los términos de la ley de sociedades es también empleado en relación de dependencia, en cuyo caso puede optar por no aportar por los sueldos que perciba como dependiente (10).

Si bien esta alternativa es de aplicación también a empleados locales, resulta de especial utilidad en el caso de transferencias internacionales, dado que permite evitar el pago de aportes y contribuciones a la seguridad social.

En efecto, respecto de quienes tienen simultáneamente la calidad de directores de sociedades anónimas y empleados, el artículo 3 de la ley 24.241, a la vez que les exige su afiliación como “autónomos” por su calidad de administradores de la sociedad, les per-

mite además su incorporación voluntaria al régimen de trabajadores subordinados.

Si bien la ley 24.241 establece que la excepción a que nos referimos está circunscripta solo a los directores de sociedades anónimas, dictámenes del Departamento Análisis de la Normativa Laboral y Seguridad Social de la AFIP la hicieron extensiva también a los demás sujetos a cargo de la administración de sociedades (11). De lo expuesto resulta que aplica no solo a los directores de sociedades anónimas, sino además a socios gerentes de sociedades de responsabilidad limitada y a representantes de sucursales de sociedades extranjeras.

En concreto, si una misma persona se desempeña como administrador de una sociedad y como dependiente, queda comprendida en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en estas condiciones: (i) Obligatoriamente, en cuanto a administrador de sociedad (es decir, como autónomo, comprendido en el inciso b), del artículo 2 de la ley 24.241); y (ii) Voluntariamente, en cuanto a las “tareas especialmente remuneradas que configuren una relación de dependencia”.

El aplicativo de la AFIP para el ingreso de los aportes y contribuciones de seguridad social contempla la situación del director/empleado.

Lo precedentemente expuesto resulta de aplicación exclusivamente a los directores titulares y no a los suplentes.

Para que pueda hacerse uso de la opción de no realizar aportes y contribuciones por su calidad de empleado, debe tratarse de la misma sociedad, no extendiéndose dicha situación a diferentes sociedades de un mismo grupo.

La exención no alcanza a las cotizaciones con destino a la Ley de Riesgos del Trabajo.

Por último, toda vez que la exención importa la no realización de cotizaciones con destino a cobertura médica, debe analizarse en cada caso la forma de proporcionarla.

II.6. Expatriación. Alternativas usuales

A partir de las normas y convenios internacionales de la seguridad social mencionados es que debe evaluarse la alternativa que mejor aplica frente a un traslado puntual.

Empleado de país alcanzado por un convenio de la seguridad social y traslado inferior a dos años o profesional, investigador, científico o técnico y traslado inferior a 4 años: Si se trata de un empleado proveniente de un país alcanzado por un convenio de la seguridad social cuyo traslado proyectado no supere el plazo de 2 años o si refiere a un profesional, investigador, científico o técnico, con trasla-

Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual”, DT 2019 (mayo), 1057, TR LALEY AR/DOC/498/2019, donde analiza los siguientes precedentes: CS, “Federación Argentina Sindical del Petróleo y Gas Privados y otro c. Total Austral Sociedad Anónima y otro s/ pago de contribución empresarial-CCT 68/89”, 09/04/2002, TR LALEY AR/JUR/2465/2002; “Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s. Despido” citado en la nota previa, TR LALEY AR/JUR/48797/2011; CS, “Del Río, Jorge c. Banco de la Nación Argentina s/ despido”, 09/10/2012, TR LALEY AP/JUR/2704/2012; CNTrab., sala V, “Solonet Torquinst, Fernando María c. YPF SA s/ despido”, 10/04/2012, TR LALEY AP/JUR/710/2012; “García Maglione, Martín Oscar c. Nestlé Argentina SA s/ despido”, TTrab. N° 6, San Isidro, sentencia definitiva 94 del 16/09/2014, confirmada por la SC Buenos Aires el 28/06/2017; CNTrab., sala VIII, “Mazzei, Humberto Rubén c. ENDESA International SA y otros s/ despido”, 26/12/2012, TR LALEY AR/JUR/72617/2012; CNTrab., sala II, “Bardessono, Guillermo Marcelo c. HSBC Bank

Argentina SA s/ despido”, 23/03/2017, TR LALEY AR/JUR/8461/2017; CNTrab., sala V, “Carrillo, Ricardo César c. Inversora de Eventos SA y otros s/ despido”, 18/05/2010; CNTrab., sala VIII, “Morales Pérez Dumas, Leonardo c. LS4 Radio Continental SA s/ despido”, 13/03/2015, CNTrab., sala VII, “Espinosa, Gustavo Carlos c. Marítima Maruba SA (antes Maruba SCA) y otros s/ despido”, 22/12/2015, CNTrab., sala X, “Guevara Daniel Alberto c. Degremont SA y otros s/ despido”, 15/03/2015.

(5) El artículo 2 inciso a), punto 6 de la ley 24.241, dice que quedan comprendidos en el SIJP “las personas que, en virtud de un contrato de trabajo celebrado o relación laboral iniciada en la República, o de un traslado o comisión dispuestos por el empleador, presten en el extranjero servicios ..., siempre que dichas personas tuvieran domicilio real en el país al tiempo de celebrarse el contrato, iniciarse la relación o disponerse el traslado o comisión”.

(6) ÁLVAREZ RUIZ, Camilo, “El Sistema Previsional Frente al Trabajador Expatriado”, RDLSS 2013-10, 1055,

TR LALEY AR/DOC/5302/2013.

(7) Conforme a BIASUTTI, Alexandra, “Convenios Internacionales de la Seguridad Social. Inminente vigencia del Convenio Bilateral Iberoamericano”, DT 2011 (marzo), 651, TR LALEY AR/DOC/365/2011.

(8) Al presente nuestro país tiene convenios bilaterales de la seguridad social con España, Italia, Francia, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Eslovenia, Grecia, Chile, Colombia (en el marco del Convenio Iberoamericano 1978), Perú y Ecuador. También están vigentes los siguientes convenios multilaterales de la seguridad social: el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur (Paraguay, Argentina, Brasil y Uruguay) y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (vigente para Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Uruguay, Portugal y Argentina).

(9) Conforme a GEBHARDT, Jorge - FERNÁNDEZ, María F., “Aspectos centrales en la situación previsional del personal expatriado”, Cita Online: 0003/70064385-1.

(10) La ley 24.241 establece en su artículo 3: “La incorpo-

ración al SIJP es voluntaria para las personas mayores de 18 años de edad que a continuación se detallan: a) Con las obligaciones y beneficios que corresponden a los incluidos en el inciso a) del artículo anterior: 1. Los directores de sociedades anónimas por las asignaciones que perciban en la misma sociedad por actividades especialmente remuneradas que configuren una relación de dependencia”.

(11) El Dictamen Nro. 648/1995 del Departamento Análisis de la Normativa Laboral y Seguridad Social de la AFIP, al analizar la situación del socio gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, consideró que “la regla de incorporación voluntaria fijada especialmente por el artículo 3º inciso a) punto 1 de la Ley 24.241 para el caso de los directores de sociedades anónimas que se hallan en relación de dependencia, debe considerarse extensiva a los demás sujetos con similar status previsional comprendidos en el artículo 2º inciso b) apartado 1) de la Ley citada”. Hicieron lo propio los Dictámenes Nro. 659/1997 y Nro. 1599/1997 del mismo organismo, al analizar la situación previsional de los representantes de

do inferior a 4 años, su encuadramiento en el respectivo convenio internacional de la seguridad social o en la exención del artículo 4 de la ley 24.241 probablemente sea la mejor opción.

En ambos supuestos, el empleado continúa realizando aportes y contribuciones a la seguridad social en el extranjero, con la doble consecuencia positiva, se encuentra cubierto frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte en su país de origen y no paga aportes y contribuciones en el país.

Debería prestarse atención a la prolongación de la permanencia del empleado luego de concluido el límite temporal de 2 o 4 años, a fin de evitar que se considere que la solicitud de exención fue simulada o engañosa, con los riesgos inherentes.

Si la situación del empleado no se encuadra en las alternativas precedentes, se presentan las alternativas que se desarrollan seguidamente.

Que la relación laboral pase a estar exclusivamente registrada con la entidad argentina, por la totalidad de las retribuciones acordadas: De encontrarse la relación laboral íntegramente registrada en la Argentina por la totalidad del salario acordado, tal alternativa no supone contingencias laborales y de la seguridad social. Su consecuencia menos deseable es la realización de aportes y contribuciones en un país en el que el empleado probablemente no considere establecerse de modo permanente. De tratarse de un empleado de un país alcanzado por un convenio de la seguridad social, tendría la posibilidad de solicitar la "totalización" de los aportes en los términos descriptos en el punto "II.3. Convenios Internacionales de Seguridad Social" precedente.

Que la relación laboral se entable exclusivamente con la entidad argentina y por ser simultáneamente administrador de sociedad, no realice aportes y contribuciones a la seguridad social: De no encuadrar la situación del empleado en las excepciones previas y de tener cierta jerarquía, cabría considerar su designación como director de sociedad anónima —o gerente de sociedad de responsabilidad limitada o de representante de sucursal de sociedad extranjera—, en cuyo caso puede evitarse el pago en el país de aportes y contribuciones a la seguridad social como empleado. Esta alternativa, a la vez que no representa contingencias por encontrarse expresamente prevista en la legislación nacional, tiene como consecuencia positiva que no deben realizarse aportes y contribuciones a la seguridad social en la Argentina. Si bien podría aplicarse a un número significativo de transferencias —dado que no es necesaria ni la existencia de un convenio de la seguridad social ni que el empleado tenga la calidad de profesional, investigador, científico o técnico— y tampoco existen restricciones vinculadas a su alcance temporal, en principio está limitada a empleados jerárquicos, dado que no es esperable que un empleado de menor jerarquía sea designado como administrador de una sociedad.

Que subsista la relación laboral con la casa matriz, quien pague parte de las remuneraciones, y simultáneamente se entable un vínculo laboral con la sociedad argentina, que registre la parte restante de la retribución: Consideramos que esta opción es viable desde lo legal, por una serie de razones.

En primer término, por cuanto la vinculación del empleado con la casa matriz es preexistente a la que luego entabla de modo temporal y simultáneo en la Argentina con la empresa local y por ser la misma la que precisamente da origen al traslado temporario.

Lo propio, en tanto la casa matriz puede disponer en cualquier momento la prolongación o acortamiento de la asignación temporaria en el exterior, manteniendo sus facultades como empleadora.

El mantenimiento de la relación laboral del expatriado con la casa matriz se explica también en que posibilita al empleado la adquisición de conocimientos y entrenamiento que utilizará posteriormente a favor de la organización.

Por ello, a nuestro entender, el pago de parte de la retribución por la casa matriz se encuentra justificado, no por la prestación de servicios puntuales del empleado a su favor, sino por la finalidad que anima la expatriación —de adquisición de conocimientos y entrenamiento—, como estaría justificado el pago de sueldos a un empleado que durante un período prolongado esté en cursos de especialización o capacitación, sin prestar tareas efectivas para la empleadora.

Si bien por las razones referidas tal alternativa resulta válida y legal, lo cierto es que puede terminar creando una contingencia para la entidad nacional, dada la práctica local de reclamar a la compañía extranjera y a la nacional, y de atribuir al segmento de la retribución a cargo de la casa matriz la calidad de pago de salarios fuera de registros por parte de la empresa argentina.

En tal sentido, existen antecedentes que, sea sosteniendo la existencia de una relación laboral única o desestimando la personalidad jurídica o entendiendo que debe prevalecer la idea de grupo económico, han responsabilizado a las diferentes entidades involucradas, a cuyo respecto han considerado la antigüedad que resulta de sumar la adquirida en las distintas sociedades, y han determinado que a los efectos del cálculo de los conceptos reconocidos debe tomarse la retribución íntegra, incluyendo lo abonado por la empresa del exterior y la nacional (12).

Situación de empleado argentino trasladado al exterior: Precisamente por lo consignado en el punto "II.2. Aspectos laborales y de la seguridad social. Territorialidad. Traslado o comisión al extranjero" en cuanto a la aplicación de la normativa de la seguridad social nacional a un contrato de trabajo ejecutado fuera del país en el caso de traslado o comisión dispuesto por una empresa local al exterior, dependiendo el contexto y las circunstancias, antes de la transferencia de un empleado nacional a una empresa foránea, cabría considerar su formal desvinculación de la sociedad argentina.

A todo evento, debería explorarse la posible aplicación de los convenios internacionales de la seguridad social.

III. Prestaciones transnacionales en los casos de trabajo remoto

Escuchamos permanentemente de personas contratadas por empresas internacionales que prestan tareas remotamente desde

sus domicilios en la Argentina y que reciben sus pagos en moneda extranjera.

A los fines de analizar el encuadre de tales vinculaciones, la primera pregunta que debe realizarse es si estamos frente a una vinculación independiente o, si por el contrario, cabe calificar a dicha relación como laboral.

Al respecto, existía —cada vez en menor medida— casi la fantasía de que el trabajo prestado desde el domicilio del empleado era necesariamente autónomo e independiente. En palabras de L. Gaeta, "los trabajadores externos han sido inducidos ya desde la época preindustrial a verse a sí mismos como productores independientes, incluso cuando los lazos que les unían al empresario eran evidentes, notorios y precisos y el teletrabajo, rodeado de un aura de profesionalidad tecnológica podría repetir la experiencia abundando en ese equívoco evidente" (13).

Hoy se ha despejado toda duda en cuanto a que el trabajo remoto puede ser autónomo e independiente o laboral subordinado.

Para determinar si estamos o no frente a una relación laboral, debe recurrirse a la LCT y a la doctrina y a la jurisprudencia que trata la cuestión.

En un profundo análisis sobre el tema de Andrea E. García Vior (14) —realizado antes del dictado de la ley 27.555 de Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, aunque no menos actual en cuanto a su posible su aplicación—, su autora señala que "tanto desde la perspectiva del Convenio OIT 177, como desde lo establecido en la Recomendación OIT 184, el trabajo en el domicilio o 'a domicilio' puede encuadrarse tanto en la categoría de trabajo asalariado, como en la de trabajo autónomo", abundando en que "el problema principal es delimitar la 'frontera' entre autonomía y dependencia".

De acuerdo a lo precedente, la prestación de servicios por un individuo desde su domicilio particular puede ser autónoma o dependiente, correspondiendo en cada caso analizar la naturaleza de la relación a partir de las pautas de caracterización de la vinculación (como autónoma o laboral) desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia laboral, que en líneas generales tienen en consideración las circunstancias especiales y temporales en que se desempeña la tarea, grado de asunción de riesgos, forma de pago, mayor o menor preeminencia de la prestación, solvencia del prestatario del trabajo y otras circunstancias, según el caso de que se trate.

Sostienen Oscar Birgin y Leilo A. Freidenberg (15), "que hay trabajo autónomo cuando se encomienda a una persona física la ejecución de una 'obra' determinada, por supuesto ejecutada en el ámbito externo a la empresa y asumiendo el que la realiza los riesgos propios de su ejecución, lo que quiere decir, que si la misma no está correctamente ejecutada no le corresponderá la percepción del importe convenido". Abundan tales autores refiriendo que "a mero título ejemplificativo sería el encomendar a un especialista o a una persona idónea la confección de un *software* determinado, que constituye una creación del autor, que es un caso similar al proyecto que se le encomienda a un arquitecto o una creación publicitaria al experto en comunicación".

A modo de aproximación y sin intención de agotar el tema, puede decirse que, si estamos frente a una prestación de tareas que se desarrolla con cierta regularidad o cumpliendo objetivos, sujeta a órdenes o instrucciones de servicios contra el reconocimiento de importes más o menos constantes, existe la posibilidad de que estemos frente a una relación laboral.

De estar frente a una relación que amerite su caracterización como laboral, debería registrarse al individuo en los libros laborales de una empresa nacional y realizarse a su respecto los aportes y contribuciones correspondientes.

En caso de tratarse de una entidad sin presencia en la Argentina, cabría considerar el establecimiento de una subsidiaria o de una representación en el país que pueda registrar al empleado contratado.

La no registración como empleados de quienes presten tareas dependientes puede determinar contingencias significativas desde el punto de vista económico.

Por un lado, el empleado no registrado podría reclamar el pago de las indemnizaciones laborales regulares y el de las indemnizaciones agravadas por indebida registración del vínculo que contemplan las leyes 24.013, 25.323 y 25.345, que incrementan considerablemente las indemnizaciones laborales regulares.

Adicionalmente, las autoridades de la seguridad social podrían formular reclamo por aportes y contribuciones omitidos, más intereses y multas.

Más allá de las dificultades a los fines de la notificación de la demanda y fundamentalmente en el evento de una ejecución de sentencia, tales reclamos pueden prosperar incluso respecto de entidades extranjeras sin presencia en el país.

Siempre en el entendimiento que estamos frente a una relación de naturaleza laboral, cabría atender a la recientemente sancionada ley de teletrabajo.

Esta última dice que en el caso de prestaciones transnacionales de teletrabajo se aplicará la ley del lugar de ejecución de tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja (16).

Esta normativa resulta de aplicación exclusivamente a los teletrabajadores, dado que para los empleados "clásicos", se aplica la normativa del lugar de ejecución de tareas, con los alcances descriptos en "II.2. Aspectos laborales y de la seguridad social. Territorialidad. Traslado o comisión al extranjero".

La determinación del derecho aplicable a un teletrabajador podría suponer controversias.

Por un lado, cabe preguntarnos cuál es la normativa de aplicación respecto de un teletrabajador que presta tareas a favor no solo de la empresa que lo contrató - sociedad extranjera - sino también a una tercera entidad en otro país.

Juan Ángel Confalonieri (h) (17) dice que "si la ley fuera aplicada a pie juntillas, debería descartarse la aplicación de la ley de re-

sucursales de sociedad extranjera.

(12) CNTrab., sala II, "Kwasinski, Natalio J. c. General Motors de Argentina S.A.", 29/11/2002, TR LALEY AR/JUR/6832/2002; CNTrab., sala III, "Adano, Juan O. c. Dresser Atlas Argentina SAMPI", 21/02/1983, DT, 1983-A, 391; CNTrab., sala VI, "Wior, Mauricio Elías c. Bellsouth Southern Cone inc. y otros s/ Despido",

18/11/2014; CNTrab., sala VI, "Muller, Klaus c. Casa Denk Aceros Behlerit SACel", 30/09/1985, CNTrab., Sala VI; CNTrab., sala X, "Del Puerto Del Río, Evelio F. c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina", 28/06/2004, DT 2005 (setiembre), 1259.

(13) GAETA, L., "El teletrabajo" p. 555, citado por Javier Thibault Aranda en "El Teletrabajo. Análisis Jurídico Laboral".

(14) Conforme a GARCIA VIOR, Andrea E., "Fronteras entre el Trabajo Autónomo y el Trabajo Dependiente", DT 2014 (enero), 28, TR LALEY AR/DOC/4516/2013.

(15) Conforme a BIRGIN, Oscar - FREIDENBERG, Leilo, A., "Concepto y problemática del teletrabajo", DT 2004 (marzo), 334, TR LALEY AR/DOC/793/2004.

(16) El artículo 17 de la ley 27.555 dice: "Prestaciones

transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja".

(17) Conforme a CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, "Los teletrabajadores Una categoría propia de los pro-

cepción del trabajo. De todos modos, esa interpretación exegética incentivaría las deslocalizaciones duales, cuando la legislación desde donde presta servicios el teletrabajador le genera una significativa reducción de costes a quien se beneficia con su trabajo”.

Según nuestro parecer, la ley no reconoce la posibilidad de que se aplique la normativa del país de recepción del trabajo (que no fuera el país del domicilio del empleador).

También nos preguntamos cómo cabría comparar cuál de los regímenes legales potencialmente aplicables es el más favorable al empleado. ¿corresponde analizar el tema en relación con cada uno de los diferentes institutos individualmente, por ejemplo, vacaciones o indemnizaciones o por caso la prohibición de despedir? o ¿debe realizarse una interpretación integral conglobando todas las instituciones?

Dice Juan Ángel Confalonieri (h) (18) que “a diferencia de lo que expresa la primera parte del art. 9º de la LCT, que adoptó el criterio del conglobamiento por instituciones cuando concurren normas legales (entre sí) o normas convencionales (entre sí) —lo que puede ocurrir cuando sus ámbitos de aplicación respectivos sean diferentes—, el art. 17 de la ley 27.555 parece haber adoptado el criterio del conglobamiento puro o de la inescindibilidad. Deberá aplicarse la ley *loci executionis* (toda) o la ley domicilio del empleador (toda) que sea más favorable al trabajador”.

Por su parte, Diego S. Kelly y Martín E. Guala (19) se inclinan por considerar que debe estarse al “conglobamiento por instituciones”, que busca “una armonía entre las teorías contrapuestas de ‘conglobamiento’ y ‘atomización’, incorporando el aspecto valioso de cada una de ellas”.

Entendemos que la literalidad del artículo 17 de la ley 27.555 parecería no dejar du-

das en cuanto a que debe aplicarse la ley del lugar de ejecución o el del domicilio del empleador en su totalidad, sin que resulte posible tomar algunos institutos de una legislación y otros de la normativa del otro país.

Por último, y ante la pregunta de si es posible que las partes del contrato acuerden la aplicación de la legislación de ejecución del contrato o la del domicilio del empleador, interpretamos que la respuesta positiva se impone, en tanto la legislación escogida fuera la más favorable al empleado.

Más allá de especulaciones teóricas, es altamente probable que, por razones culturales, por las dificultades que representaría la acreditación de la ley laboral extranjera y por las características positivas de la ley laboral nacional en lo que hace a la protección de los empleados, cabría asumir que en la mayoría de los casos se optará por reclamar con base en la normativa nacional.

IV. Conclusiones

- No existe una regulación legal integral referida a “expatriación” o a expatriados.

- La normativa laboral y de la seguridad social es territorial, de lo que resulta que un empleado —sea local o extranjero— que preste servicios en nuestro país debería estar —en principio— registrado como empleado en una entidad nacional y a su respecto deberían realizarse los aportes y contribuciones de ley a la seguridad social.

- Si bien la ley 24.241 prevé que, en el caso de traslado o comisión al extranjero, resulta de aplicación la normativa de la seguridad social fuera del país, tal extraterritorialidad de nuestra legislación está llamada a entrar en conflicto con las normas aplicables en el lu-

gar donde efectivamente vaya a prestar servicios el expatriado argentino.

- Quienes estén amparados por convenios internacionales de seguridad social y quienes revisten la calidad de profesional, investigador, técnico o científico y a su respecto realizaron la tramitación legal correspondiente, se encuentran exentos de realizar aportes y contribuciones a la seguridad social en nuestro país. Dado que tales excepciones tienen un alcance temporal limitado (máximo 2 y 4 años respectivamente), la prolongación de la permanencia del empleado extranjero en el país luego de concluida su asignación podría dar lugar a que los organismos de la seguridad social consideren que la solicitud de exención fue simulada o engañosa, y pretendan el ingreso de los aportes y contribuciones no pagados con más intereses y multas.

- Quienes se desempeñen simultáneamente como administradores y empleados en una misma sociedad, pueden optar por no realizar aportes y contribuciones a la seguridad social por su calidad de empleados. Si bien esta alternativa es de aplicación también a empleados locales, puede resultar de especial utilidad en el caso de transferencias internacionales.

- La decisión de la alternativa a utilizar debe realizarse considerando la situación del empleado y de la empresa respectiva frente a cada traslado puntual.

- Si se contempla la contratación de un individuo en la Argentina para que preste remotamente tareas propias de un empleado en relación de dependencia, cabría registrarlos como tal en una sociedad local.

- En caso de tratarse de una entidad sin presencia en la Argentina, cabría considerar el establecimiento de una subsidiaria o de una representación en el país que pueda registrar al empleado contratado.

- La no registración como empleados de quienes presten tareas dependientes, puede determinar contingencias desde el punto de vista económico, aún respecto de una sociedad del exterior sin presencia en la Argentina.

- La recientemente sancionada Ley de Teletrabajo dice que el caso de prestaciones transnacionales de teletrabajo se aplicará la ley del lugar de ejecución de tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja.

- Si bien desde un punto de vista teórico podría considerarse la aplicación de derecho extranjero, considerando cuestiones culturales, las dificultades que representaría la acreditación de la ley laboral extranjera y las características positivas de la ley laboral nacional en lo que hace a la protección de los empleados, cabría asumir que en la mayoría de los casos se optará por reclamar con base en la normativa nacional.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2207/2021

Más información

[Aquino, Claudio - Espinillo, Nahuel N.](#), “El teletrabajo en Argentina. Comentarios sobre la ley 27.555. Un fenómeno de visos tecnológicos con alcance jurídico y contractual”, LA LEY 14/04/2021, 4, TR LALEY AR/DOC/892/2021

[Márquez Chada, Luis Francisco](#), “La solidaridad en los supuestos de subcontratación y delegación, la incidencia del código civil y comercial”, DT 2021 (mayo), 111, TR LALEY AR/DOC/1026/2021

Libro recomendado

[Régimen Jurídico del Teletrabajo en la República Argentina. La Ley 27.555 y su Decreto Reglamentario Nro. 27/2021](#)

Autor: Foglia, Ricardo

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

cesos de descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios, potenciada en la época de la COVID-19. Comentario a la ley 27.555”, LA LEY, 2020-E,

425, TR LALEY AR/DOC/2778/2020.

(18) *Ibidem*.

(19) Conforme a KELLY, Diego S., GUALA, Martín E.,

“Prestaciones transnacionales y teletrabajo”, LA LEY 14/04/2021, 15.

Nota a fallo

Quiebra de Correo Argentino

Declaración falencial tras la frustración del procedimiento de salvataje. Ausencia de conducta hostil o abusiva del acreedor (Estado Nacional). Proceso que se inició hace veinte años. Presunciones de maniobras fraudulentas. Embargo sobre sumas de dinero. Inhibición general de bienes. Orden de realización. Prohibición de salida del país de los administradores.

1. - En atención a lo normado por la LCQ 45, 48 inc. 8, 77 inc. 1, 52, y concs., corresponde declarar la quiebra de Correo Argentino SA; oficiar a la Inspección General de Justicia y al Banco Central de la República Argentina; requerir a este último, que comunique el estado de falencia a todas las instituciones de crédito del país, las que deberán trabar embargo sobre todas las sumas de dinero y otros valores que se encuentren depositados a la orden de la fallida, y procedan a transferirlos al Banco de la Ciudad de Buenos Aires.
2. - Declarada la quiebra de Correo Argentino SA, corresponde mantener —y en su caso trabar— la inhibición general de

bienes de la fallida sin término de caducidad; intimar a la fallida, sus apoderados y terceros para que, dentro del quinto día, entreguen o pongan a disposición del síndico la totalidad de los bienes de la deudora; prohibir a los terceros hacer pagos a la fallida —caso contrario, estos serán ineficaces—; ordenar la intercepción de correspondencia de carácter comercial; prohibir la salida del país de los administradores de la fallida, quienes no podrán ausentarse sin previa autorización del Tribunal.

3. - Declarada la quiebra de Correo Argentino SA, corresponde ordenar la realización de los bienes de la fallida, difiriéndose la designación de martillero y la modalidad de realización para el momento en que se cuente con el inventario de bienes, se los incaute y se acredite que el dominio se encuentra en cabeza de la fallida. Así, procédase a la inmediata incautación de los bienes de la fallida y en la forma señalada por la LCQ 177.
4. - Alguien podría pensar que es innecesario someter una propuesta mejorada a la consideración de los antiguos acreedores, pues no sería esperable el rechazo de condiciones más beneficiosas que las admitidas anteriormente, pero

la aplicación mecanicista de tal criterio en el particular caso presente podría derivar en resultados contrarios al interés de los acreedores, pues muchas de tales conformidades fueron otorgadas hace más de trece años, dentro de un escenario negocial muy diferente al presente.

5. - Aunque la concursada ofrece abonar el 100% de los créditos verificados como quirografarios laborales verificados, esa sola circunstancia no convierte en auspicioso lo propuesto, pues el pago se efectivizaría en diez cuotas anuales, iguales y consecutivas del 10% cada una contadas desde la adquisición de firmeza de la homologación del concurso; y otra cuota adicional un año después, comprensiva de intereses calculados con la magna tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina desde la presentación en concurso y hasta el pago. Los integrantes de la categoría deberían aguardar no menos de once años más para percibir sus acreencias. Si sumamos ese lapso a los veinte transcurridos, es claro que para cobrarlas, habrían esperado treinta y un años aproximadamente.
6. - El objetivo de la Ley concursal es evitar el voto complaciente. Desde tal estima-

tiva conceptual, el concilio fraudulento o abusivo que la norma pretende evitar quedaría configurado en caso de que exista connivencia entre el concursado y el cesionario, en orden a obtener el manejo de las mayorías; y frente a lo dificultoso de obtener pruebas directas de maniobras fraudulentas, cabe admitir las meras presunciones o indicios reunidos en el caso, que se aprecian suficientes para arrojar un manto de duda sobre la legitimidad de las conformidades referidas. Se trata de cesiones de una enorme cantidad de créditos verificados, efectuadas en favor de un número reducido de beneficiarios, y dentro de un particular escenario plagado de denuncias.

7. - Imaginemos, como hipótesis de trabajo y en la situación más favorable a la tesis de la concursada, que todas las conformidades, adhesiones y ratificaciones obtenidas resultan legítimas, válidas y computables, del modo propuesto por las Sindicaturas General y Controladora, y por la Sindicatura Verificante en las opciones postuladas subsidiariamente de su argumento principal. Aun dentro de tan forzada interpretación, se impone de todos modos la solución desfavorable a la deudora, por falta de la conformidad del acreedor (Estado Nacional).

8. - No se encuentra mérito para calificar al Estado Nacional como acreedor "hostil" ni tampoco que su posición en el concurso sea irrazonable o abusiva, por la sola circunstancia de no haberse expedido afirmativamente sobre la propuesta de pago o por haberla rechazado.
9. - Más allá del acierto o error que pueda existir en las posiciones asumidas por la ex concesionaria postal y su acreedor ex concedente, no se perciben —dentro del expediente— elementos que conduzcan a afirmar que el rechazo de la propuesta evidenciado por el Estado Nacional no respondió a la defensa del interés público. Aceptar o rechazar el ofrecimiento constituye un derecho del acreedor verificado, y las motivaciones que lo llevan a adoptar una u otra alternativa no pueden ponderarse, cuando menos, en el cauce del concurso preventivo.
10. - Parecería, desde la mirada del acreedor, que la deudora tiene la posibilidad de pagar —por el motivo que fuese— más de lo ofrecido; pero decide no hacerlo y esperar —fuera de toda previsión legal— a que resulte impuesto por la jurisdicción, en un futuro de tiempo incierto y fuera de toda previsión legal. Si la deudora puede ofrecer una propuesta mejor, pero la retacea hasta el último momento posible, mal podría calificar de "hostil" al acreedor que decide no aceptarla por hallarla insuficiente.
11. - La conducta desplegada por la deudora a lo largo del dilatado trámite concursal no auspicia —desde la perspectiva del acreedor— la necesaria confianza en el cumplimiento fiel de lo prometido, tanto más frente a la falta de concreción definitiva que ha caracterizado sus sucesivos ofrecimientos. A ello se une que la concursada no tiene actividad comercial, se encuentra en una situación ruinoso, sin poder afrontar mínimamente sus ahora reducidos gastos ordinarios —que se satisfacen mediante donaciones societarias— y con un desmesurado pasivo concursal y posconcursal. Tal crítica situación genera dudas razonables sobre su capacidad de pago.
12. - El Estado Nacional se sujetó al procedimiento concursal por casi veinte años, haciéndose parte en el proceso, negociando con la concursada, asistiendo a las audiencias donde fue convocado, todo para obtener el cobro de su crédito (lo cual, en definitiva, se proyecta a la sociedad toda), originado hace al menos veinte años en condiciones económicas y de mercado diferentes a las actuales.

JNCom. Nro. 6, 05/07/2021. - Correo Argentino SA s/ concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/101643/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

La segunda quiebra de "correo argentino"

Antecedentes. Cuestiones jurídicas y enseñanzas



Eduardo M. Favier Dubois

Doctor en Derecho. Profesor Titular de "Derecho Comercial" en la Facultad de Derecho y de "Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia", en la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la UBA. Exjuez nacional en lo Comercial.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El pasado.— III. El presente.— IV. Enunciación de las múltiples cuestiones jurídicas involucradas.— V. El control judicial en el momento de la homologación.— VI. El control del abuso en la propuesta.— VII. El abuso en el rechazo del acreedor.— VIII. El rol del Estado como acreedor concursal.— IX. Conclusiones.— X. Enseñanzas.

I. Introducción

La quiebra de "Correo Argentino S.A.", decretada en fecha 05/07/2021, es la consecuencia de un proceso judicial que presenta insólitas características que han generado, y siguen generando, importantes debates, tanto desde lo político como desde lo jurídico.

Es que se trata del concurso preventivo más largo de la historia nacional, ya que duró casi veinte años desde su inicio, se decretó una primera quiebra que luego fue revocada, se reabrió el período de exclusividad y, ante la no homologación, diez años después se desarrolló un proceso de salvataje empresario. Además, el Estado, como acreedor con el poder de decidir la suerte del concurso, negoció, aceptó, luego revocó la aceptación y, finalmente, rechazó la última de las sucesivas propuestas. Por su lado, la deudora es una sociedad que desde el año 2003 no tiene actividad empresarial, que está vinculada a la familia de quien fuera presidente de la Nación y que mantiene millonarios juicios contra el Estado.

El presente comentario, que consiste en un abordaje desde el área del Derecho Concursal exclusivamente, brinda un panorama general de los antecedentes del caso, expone los fundamentos del decreto de quiebra, señala las múltiples cuestiones jurídicas involucradas, analizando especialmente el control judicial de la abusividad y el rol del Estado como acreedor en los concursos, y propone algunas enseñanzas.

II. El pasado

II.1. El concurso preventivo

Correo Argentino S.A. (en adelante "Correo"), empresa que era concesionaria del Correo oficial desde marzo de 1997, se presentó en concurso preventivo el 19 de septiembre de 2001 ante el Juzgado Comercial Nro. 9 (1).

En ese momento había acumulado una deuda importante derivada principalmente de la financiación de sus inversiones y por cánones atrasados debidos al Estado. Correo sostenía que el Estado no había cumplido con sus obligaciones y que por eso el negocio no había tenido la renta esperada (2).

La mayoría del capital de Correo era de Sideco Americana S.A., cuyo titular principal era la empresa SOCOMA S.A., que a su vez pertenece a la familia de Francisco Macri, el hoy fallecido padre del expresidente Mauricio Macri.

Al abrirse el concurso preventivo se declaró la interdicción de salida de Francisco Macri, por considerar que, como controlante, actuaba como "director de hecho" (3), lo que fue consentido. En el concurso se presentaron a verificar cerca de 700 acreedores.

El contrato de concesión del Correo oficial entre el Estado y Correo fue declarado "continuado" en el concurso (art. 20) y, por ende, el Estado tenía la facultad de reclamar el pago de los cánones en forma directa o por ejecución de los bienes de Correo. Sin embargo, el Estado renunció a esa facultad y

se presentó a verificar su crédito al concurso como un acreedor más por la suma de 296 millones de pesos, sometiéndose a las contingencias del proceso concursal. El juzgado requirió la conformidad de la Procuración General de la Nación para tal renuncia, la que fue acreditada.

Ahora bien, como el Estado tenía menos de un tercio del total de la deuda y, por ende, iba a quedar sujeto a la propuesta que eventualmente aceptara la mayoría de 2/3 de los demás acreedores, el Juzgado le creó una "categoría especial" (art. 42) para que fuera necesario contar con su voto para poder homologar una propuesta, con fundamento en el art. 4 de la Constitución Nacional y en resolución que confirmó la Cámara (4).

También se recategorizaron de oficio, en otra "categoría especial", los acreedores que eran al mismo tiempo socios del Correo o vinculados, de modo de reducir su injerencia en el resultado de la votación, los que en el caso eran el Banco de Galicia y Buenos Aires, Comunicación Dinámica S.A., Corporación Financiera Internacional (CFI) y Siemens Itron Services S.A.

En el balance del Correo se activaron los gastos del despido de personal (\$ 126.000.000), lo que fue observado por el tribunal y motivo una consulta al Cuerpo de Peritos Oficiales que dictaminó a favor.

En el año 2003 Correo formuló su propuesta: emitir un título pagadero a 25 años con un primer pago recién a los 15 años. El período de exclusividad, que había sido extendido inicialmente y prorrogado por

ley 25.563 (5), venció 09/10/2003 y el Estado nacional, no prestó conformidad y para fundar su negativa acompañó cuadros que demostraban que a valor presente era una "licuación de activos".

Paralela y simultáneamente, el 19-11-2003, por dec. 1075/2003, el Estado le retiró la concesión del "Correo oficial".

II.2. La primera declaración de quiebra

En tales condiciones, y vencido el plazo legal para llegar a un acuerdo con los acreedores, ante la falta de conformidad en todas las categorías, el juzgado nro. 9 le decretó la quiebra con fecha 16/12/2003 sin abrir el procedimiento de "salvataje" (art. 48) (6). Ello porque después del retiro de la concesión y de los recursos afectados a ella (personal, *software*, equipos de computación, muebles y útiles, terreno, construcción, maquinarias, contratos, etc.), no había una "hacienda" ni, por ende, empresa para continuar o salvar, recalificando a la deudora como "pequeño concurso".

Al declararse la quiebra se prohibió la salida del país de los directores de Correo, de su controlante Sideco y de la accionista mayoritaria de esta, Socma.

Durante la quiebra el Juzgado concursal embargó las cuentas bancarias de la empresa en bancos del exterior y, posteriormente, tuvo un conflicto con el juez de quiebras de Nueva York por una inhibición trabada por Macrotecnic International Corporation, acreedor del Estado por deuda externa impaga que intentaba subrogación (7).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El lector debe tener presente que el suscripto fue el juez a cargo de dicho Juzgado Nacional en lo Comercial Nro.9 en los primeros tres años del proceso de Correo Argentino por lo que el presente comentario se limita a brindar las situaciones objetivas sin entrar en subjetividades y tratando de mantener las valoraciones dentro de un objetivo "stare decisis".

(2) Ver un preciso relato de los hechos en materia de las relaciones entre Correo y el Estado en el reciente tra-

bajo de VÍTOLO, Daniel "La quiebra de Correo Argentino S.A. ¿Política o Derecho? Como en el tango "Vol-ver": "...veinte años no es nada...". *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, tomo XXXIII, agosto 2021, cuyo análisis compartimos.

(3) Ver "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo". Tema: Interdicción de salida del controlante de hecho en el concurso preventivo, Errepar, DSE, nro. 169, diciembre 01, con comentario de ESCUTI (h), Ignacio A., en la p. 583.

(4) Ver "Facultades del juez concursal en la categorización de acreedores. El caso "Correo Argentino S.A." en JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Facultades del juez concursal", Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 194 y ss.

(5) En fecha 01/10/2003 se denegó un nuevo pedido de prórroga ante la negativa del Estado nacional y falta de fundamentos admisibles (Expte. 74.555, JCom. N°9).

(6) Ver "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo". Tema: Inaplicabilidad del *cramdown* por inexistencia de

empresa; LA LEY, 2004-B, 741, con comentario de Francisco Junyent Bas y Eduardo N. Chiavassa.

(7) Los argumentos del Juzgado Nro. 9 fueron que las cuentas eran una propiedad privada de C.A.S.A. no transferida al Estado al terminar la concesión, estando en quiebra sus acreedores no podían embargar sus bienes y se trataba de un embargo falencial anterior al del acreedor. Ver autos "Correo Argentino S.A. s/quiebra", Exp. 74.555, del 23-2-2004.

Poco tiempo después el juez del Juzgado nro. 9 se excusó por amistad con el nuevo apoderado de la fallida, lo que la Cámara admitió, y el expediente pasó al Juzgado nro.6

II.3. La revocación de la quiebra y un nuevo período de exclusividad "sine die"

En el año 2004 la Cámara hizo lugar a un recurso de la fallida y revocó la quiebra por entender que formalmente no se exigía la existencia de empresa para acceder al salvataje.

Sin embargo, vuelto el expediente a primera instancia no se abrió el salvataje.

En el año 2007 el Juzgado nro. 6, con la conformidad del Estado y de otros acreedores, abrió un nuevo período de negociación entre la deudora y los acreedores por un plazo formal de 60 días (que se transformó en muchos años).

Luego se admitió la modificación de las "categorizaciones" anteriores, suprimiendo la de los acreedores socios o vinculados a la deudora, pero manteniendo la del Estado como categoría "A".

Luego siguieron largos trámites tendientes a obtener una valuación por parte del Tribunal de Tasaciones de la Nación de los activos de propiedad del Correo recuperados por el Estado al momento de revocar la concesión a efectos de una compensación. Sin embargo, ya la Cámara había rechazado la compensación por lo que no se aceptó el replanteo.

Posteriormente, después de largos trámites y diversas contingencias Correo llega a un acuerdo con un grupo de acreedores, pero no con el Estado, acuerdo cuya homologación el Juzgado N° 6 rechazó en fecha 18 de marzo de 2010 por faltar la conformidad del Estado y por no ser procedente excluir su voto por hostilidad, disponiendo la apertura del salvataje.

Correo apeló ese rechazo y el expediente fue a la Cámara donde estuvo casi diez años.

II.4. La conformidad del Estado y su ulterior retractación.

Luego de estar mucho tiempo en segunda instancia con diversas cuestiones, ofertas y dictámenes, en una audiencia celebrada el 28/06/2016, durante la presidencia de Mauricio Macri, se llega a un acuerdo entre el Estado y Correo.

Ese acuerdo fue el siguiente: La deuda de 296 millones al año 2001 se paga de la siguiente forma: a) Una espera de un año más desde la fecha futura en la que se homologue el acuerdo; b) El pago del 100% del capital nominal en 15 cuotas anuales progresivas, empezando por el 1% y terminando en el 30% en la última cuota; c) Un interés al 7% anual desde la primera cuota a pagar un año después de la cuota 15.

El dictamen de la Sra. Fiscal General de la Cámara Comercial del 30/12/16 sostuvo que el acuerdo importaba aceptar una propuesta "abusiva" que no podía ser homologada, porque, computando los casi 16 años desde la presentación en concurso hasta esa fecha,

más los 17 años por delante en los que se proyectaba pagar la deuda, el "valor presente" de la deuda representaba una quita del 98,82% aplicando la tasa activa del Banco Nación (8).

Respecto de los otros acreedores del concurso preventivo, que representan 2/3 del pasivo, el dictamen fiscal había considerado que la propuesta era también abusiva y que hubo ciertas irregularidades en la conformación de los votantes.

Al poco tiempo, luego de diversas denuncias, el Gobierno de entonces ordenó "volver a fojas cero", por lo que dejó sin efecto la conformidad que había prestado el Estado

II.5. Los reclamos del Correo contra el Estado

Cabe recordar que el Correo siempre sostuvo que hubo incumplimientos del Estado e inició en su momento reclamos administrativos y un juicio por daños (9) y, con posterioridad a la rescisión de la concesión, demandas sin contenido patrimonial (10).

En el año 2016 inició una nueva acción de contenido patrimonial (11) reclamando el pago de las inversiones realizadas durante la vigencia de la concesión y otros rubros.

Sin embargo, como ya se señaló, no hay "compensación legal" entre un crédito líquido y exigible anterior al concurso (las deudas por cánones) con un crédito eventual y litigioso por responsabilidad del Estado que surgiría de juicios a tramitar durante muchos años (art. 130 LCQ), tal como en su momento declaró la Cámara en el caso.

Posteriormente, la concursada presentó una nueva propuesta: pago del 100% de capital nominal a los 30 días de la homologación y pago de los intereses una vez cobrado alguno de los juicios que ya inició contra el Estado. La Procuración General pidió un plazo de 180 días para analizarla y como la Cámara solo le concedió 15 días, presentó un recurso extraordinario que la Cámara concedió elevándose la causa a la Corte Suprema.

II.6. La intervención judicial, dictámenes fiscales e incidentes de investigación

Cabe señalar que en marzo de 2020 fue decretada la intervención judicial de la administración de Correo, en los términos del art.17 de la LCQ, en base a diversos dictámenes de la Fiscalía de la Cámara Comercial (12).

Entre los motivos de la medida dispuesta por la jueza se encuentra la reticencia de la empresa ante requerimientos del tribunal, lo que imposibilitó el "conocimiento cabal del engrosamiento de sus nuevos pasivos" y sembró "un manto de duda sobre la sinceridad de lo que venía expresando sobre su real endeudamiento".

Además, existe una pericia contable en curso ante la Corte Suprema e incidentes de investigación en trámite (13) donde aparecen denunciados erogaciones excesivas e infundadas a favor de profesionales y empresas vinculadas, operaciones irregulares con otras empresas del grupo (préstamos,

compraventa de acciones, aportes no integrados), no exhibición de documentación contable respaldatoria, una aceptación de fijar un tipo de cambio por parte del acreedor Meini Bank, cesionario de los créditos del BID y de la CFI, etc.

II.7. El período del salvataje

Con fecha 7 de agosto de 2020 el Juzgado abre el salvataje en consideración a que con fecha 19/12/2019 la Cámara había confirmado su resolución del 18/03/2010 que había rechazado la homologación y dispuesto el salvataje.

Se presentan diversos interesados: OCA-SA, MV Cargo, Jorge Anselmi, Valuaciones SA y Transportes Chirimay SRL, quedando habilitada Correo. Luego todos desisten o no presentan propuestas salvo Correo.

El 20/10/2020 el estudio evaluador presenta su dictamen informando que el valor estimado del paquete accionario de Correo es cero, atento a que el pasivo es superior al activo.

En ese informe no computan en el activo el valor de los bienes transferidos al Estado, que la concursada tiene en su balance, sino que tienen en cuenta el monto de los dos juicios patrimoniales referidos, y sobre los montos reclamados calculan un 80% en base a una certificación extendida por el propio abogado de la concursada.

El 03/11/2020, Socma plantea la recusación con causa de la jueza María Cirulli, por supuestas "razones de arbitrariedad y enemistad manifiesta", las que es rechazada por la Cámara el 17/02/2021. En la misma fecha recusa a la fiscal Gabriel Boquín, la que también resulta rechazada en su momento.

La recusante presenta una queja por recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invocando la ley 402 de la Ciudad, Tribunal que admite la queja por mayoría el 23/06/2021.

Recibido el oficio en el fuero comercial, la Cámara rechaza tal resolución en fecha 01/07/2021.

III. El presente

III.1. La última propuesta de Correo

Con fecha 28 de marzo de 2021 Correo presentó una última mejora de propuesta.

Con relación a la Categoría A, correspondiente al acreedor Estado Nacional, ofreció "... el pago íntegro (100% - cien por ciento) del capital verificado y/o declarado admisible, con más sus intereses calculados a la tasa contractual resultante de la sentencia verificatoria desde la presentación en concurso preventivo y hasta la fecha del efectivo pago (14). Para el hipotético caso de que se cuestionaran las pautas sobre devengamiento de intereses ya establecidas por la sindicatura general con fundamento en los arts. 32 y 36 de la LCQ, se abonará la suma resultante de la liquidación firme dispuesta en sede judicial. El pago se realizará en una única cuota con vencimiento a los 30 días de adquirida firmeza la homologación del acuer-

do preventivo y/o desde adquirida firmeza la liquidación del crédito del único acreedor dentro de la categoría con más sus intereses, lo que suceda con posterioridad".

Este ofrecimiento fue considerado como de "pago íntegro" por la concursada, manifestando que en caso de no ser aceptado, debería imponerse al Estado o ser excluido por acreedor hostil.

Con respecto a la categoría C, que corresponde a los otros acreedores quirografarios, se manifiesta: "...i) se abonará el 100% del capital verificado y/o declarado admisible, en 10 cuotas anuales iguales y consecutivas del 10% (diez por ciento) cada una, venciendo la primera de ellas a los 30 días de adquirida firmeza la homologación del acuerdo preventivo. ii) Cuota adicional de intereses: a las cuotas mencionadas se le agrega una cuota adicional representativa de la totalidad de los intereses calculada sobre saldos a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina, desde la presentación del concurso hasta el efectivo pago. Dicha cuota se abonará al año del vencimiento de la cuota 10ª establecida en el punto i) anterior. iii) Aceleración de plazos: Se mantiene la aceleración de plazos propuesta oportunamente, que establece que en caso de recibir Correo Argentino SA pago de cualquier tipo por los activos sustraídos por el Estado Nacional, se acelerarán a favor de estos acreedores los pagos aún pendientes a ese momento".

Respecto de la Categoría B, relativa a acreedores laborales quirografarios, se remitió a la oferta anterior, y debe tenerse presente que no hubo propuesta para la Categoría D, que son los acreedores privilegiados.

III.2. La opinión del Estado y el rechazo del Banco Nación

Con fecha 07/04/2021 el Procurador General del Tesoro, en representación del Estado Nacional, se presenta espontáneamente y contesta a los argumentos del Correo sosteniendo que no existe la posibilidad legal de aceptación tácita, que el Estado no es acreedor hostil, lo que ya fue juzgado y confirmado por la Cámara, que no hay pago total de la deuda, cuando la tasa de interés contractual ofrecida no es compensatoria y que la invitación a un nuevo debate judicial no se compadece con el trámite del salvataje y sería una nueva dilación en perjuicio de los acreedores.

Por su parte, el Banco de la Nación Argentina, acreedor prendario por la suma de u\$s 58.000.000, expresó su decisión de rechazar la propuesta.

III.3. La sentencia de quiebra y sus fundamentos

En su sentencia de fecha 05/07/2021, la jueza desarrolla las siguientes consideraciones:

III.3.a. No hay conformidades de los otros acreedores quirografarios (Categoría C), en tanto:

- Muchas son de fecha anterior a la mejora de propuesta y no pueden aceptarse dado el cambio de condiciones por el tiempo transcurrido y el que faltaría para cobrar.

(8) En su momento compartimos el criterio de la Fiscalía sobre la necesidad de calcular el "valor presente" y la abusividad de la propuesta. FAVIER DUBOIS, E.M. - SPAGNOLO, Lucía "El control judicial de la propuesta abusiva y el caso Correo Argentino", en la obra colectiva "Cuestiones Actuales y Controvertidas de Derecho Societario, Concursal y del Consumidor", FIDAS, Buenos Aires, 2017, p. 717, en coautoría con Lucía Spagnolo. Verlo en: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/control-de-abusividad-de-la-propuesta-concordataria-ensenanzas-del-caso-Correo-argentino/>; ver tam-

bién DE CESARIS, María Cristina - MORO, Carlos Emilio, "El abuso de derecho en el proceso concursal", ponencia presentada al Tercer Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumidor, Costa Rica, 30/10 al 1/11/2017: JUNYENT BAS, Francisco, *El acuerdo en la causa "correo argentino" y la pretendida "vuelta a fojas cero"*. Un debate que requiere transparencia y respeto de la institucionalidad.

(9) Expte. 26.548/2000 JFed. Cont. Adm. Nro.8 Sec.15 por un monto aproximado de \$ 431.000.000 al momento de la valuación del art. 48 LCQ. el 20/10/2020.

(10) Expte. 16.807/2004, JFed. Cont. Adm. nro.1, Sec.1, por nulidad de los decs.1074/2003 y 1075/2003, y Expte. 3615/2006, JFed. Cont. Adm. nro.3, Sec.5, por inconstitucionalidad del dec. 721/2004.

(11) Expte. 38.109/2016 por un monto aproximado de \$ 14.000.000.000 al momento de la valuación del art. 48 LCQ. el 20-10-2020.

(12) "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo s/información coadministrador-interventor", Expte. 94.360/2001/82.

(13) "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo s/

incidente de investigación", Expte. 94.360/2001/1, y "Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo s/segundo incidente de investigación", expte. 94.360/2001/81. Hay también una causa penal vinculada "Aguad, Oscar y otros s/violación a los deberes de funcionario público", Expte. 1604/17.

(14) Serían unos \$ 1.011.000.000 según estimaciones publicadas, suma superior a los 300.000.000 en cuotas ofrecida en 2016, pero muy inferior a los \$ 4.500.000.000 que se señalarían desde el Estado como valor actual de la deuda.

- Según los dictámenes fiscales habría cesiones de créditos vinculadas al estudio jurídico de la concursada o a la propia deudora.

- El banco austríaco Meini Bank, con una multa por no cumplir normas antilavado y ahora en quiebra, sería el cesionario de los créditos del BID y de la CFI, y habría aceptado convertir su deuda a pesos en una situación sospechosa.

- El apoderado de 26 cesionarios habría denunciado la falsedad de su firma.

- Habría cesiones presumiblemente fraudulentas de muchos créditos a pocos cesionarios, sin tiempo para investigar y, además, desaparecería la mayoría de las personas, como consecuencia de las cesiones al tratarse de pocos cesionarios.

III.3.b. Falta la conformidad del Estado Nacional (Categoría A) en tanto:

- Ante la falta de conformidad no puede aplicarse la norma del art. 52, segundo párrafo, LCQ, porque no hay un total del 75% que haya votado a favor.

- No hay hostilidad, conforme ya resolvería la Cámara, porque el Estado siempre estuvo dispuesto a negociar e incluso solicitó el nuevo período de exclusividad.

- No hay pago íntegro, ya que la tasa contractual ofrecida no es la admitida en el auto verificadorio y no compensa los años 2001 a 2003.

- Tampoco puede admitirse la suma que resulte de la liquidación final, ya que es un ofrecimiento vacío y no existe la posibilidad de una instancia controversial en el procedimiento de salvataje. Ello evidenciaría, además, que pudiendo pagar más no lo hace.

- No hay tampoco confianza en el prometido cumplimiento, debiendo considerarse que la deudora no tiene actividad ni genera fondos para pagar sus propios gastos.

Con base en tales fundamentos, decreta la quiebra, dispone la continuación de la sindicatura actuante y requiere que en el informe general informe la existencia de situaciones que justifiquen la promoción de la extensión de la quiebra y/o de responsabilidad, proponiendo las medidas cautelares respectivas.

III.4. La apelación del auto de quiebra

En principio, la declaración de quiebra por vencimiento del plazo del salvataje sin obtener las conformidades con la propuesta y/o por no homologación de la propuesta conformada, no tiene prevista apelación en la Ley de Quiebras (art. 48 inc. 8º) y, por ende, resultaría inapelable conforme con la regla del art. 273 inc. 3º.

Es que según el texto legal solo serían apelables la resolución que decide la quiebra por haber admitido la impugnación del

acuerdo; y con efecto devolutivo (art. 51 *in fine*) y la que la decreta por nulidad del acuerdo homologado (art. 61), la que se declara apelable sin perjuicio del inmediato cumplimiento de las medidas de los artículos 177 a 199 (incautación, conservación y administración de los bienes).

Sin embargo, la doctrina admite que la regla de inapelabilidad del art. 273 inc. 3º cede en ciertos casos, cuando una resolución exorbita el trámite ordinario del procedimiento concursal (15) o ante la posible afectación del debido proceso (16)

En el concreto supuesto del salvataje, también se ha resuelto que procede la queja interpuesta contra la denegación de la apelación deducida respecto de la resolución que confirmo la quiebra del deudor, por ausencia de las conformidades del art. 48 LCQ (17).

En el caso de Correo, en oportunidad de la primera declaración de quiebra, el Juzgado Nro. 9 concedió la apelación, dada la gravedad de la decisión, pero con efecto devolutivo por analogía con el art. 51 LCQ. Posteriormente, la Sala de FERIA de la Cámara Comercial, en fecha 6/1/2004 y con voto mayoritario, le imprimió efecto suspensivo invocando al art. 273 inc.4 LCQ.

Recientemente, en la segunda quiebra, en fecha 14/07/2021 la jueza concedió el recurso de apelación contra la segunda quiebra y con efecto "suspensivo", considerando que así correspondía al haberse resuelto de esa manera en la quiebra anterior, lo que resulta inobjetable por ser la "ley del caso".

A nuestro juicio, consideramos que por los sólidos fundamentos de la sentencia de quiebra, deberá ser confirmada por la Cámara, momento a partir del cual adquirirá ejecutoriedad, sin perjuicio de los recursos posteriores que se interpongan.

En el ínterin, la empresa seguirá en estado de "concurso preventivo", sin perjuicio de que se mantenga la intervención judicial de su administración y de la prosecución de los incidentes de investigación en trámite.

Una vez ejecutoriada, habrá que reformular el calendario concursal.

También la fallida quedará desapoderada debiendo continuar la sindicatura los juicios contra el Estado, sin perjuicio del rol coadyuvante que pueda seguir ejerciendo Correo en esos juicios en base a su legitimación "ad causam" (18), y más allá de la posibilidad de una transacción de los créditos litigiosos sujeta a autorización judicial (19).

IV. Enunciación de las múltiples cuestiones jurídicas involucradas

Terminado el relato panorámico de los hechos pasados y presentes, como consecuencia de las situaciones reseñadas, y con objetivos exclusivamente académicos, proponemos el siguiente listado de las múltiples y variadas

s/ Propia quiebra s/ Queja", 12/07/2000; CNCom., sala E, "Perazzo, Carlos Alberto c/ HSBC Bank Argentina SA s/ Ordinario s/ Queja", 10/06/14; CNCom., sala A, "Museri, Salomón Oscar s/ Concurso preventivo s/ Incidente de revisión por Jadari Ignacio y otro s/ Queja", 18/06/2009, TR LALEY AR/JUR/65249/2009; entre otros.

(17) CNCom., sala B, "Arco de Oro S.A. s/ Quiebra s/ Queja", 20/09/2000, JA 2001-III-128, 20013031; CNCom., sala D, "Oil Combustibles S.A. s/ Concurso preventivo s/ Recurso de queja", 19/04/2018.

(18) ÁLVAREZ, Norma Beatriz "Legitimación del fallido", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, ps. 410/467.

(19) FAVIER DUBOIS, E.M. "La transacción de acciones en el proceso de quiebra. Una categoría muy útil en los negocios concursales", LA LEY, 2008-C, 864.

(20) Conforme con la Norma Internacional 38 sobre activos intangibles su reconocimiento es restrictivo y condicionado, siendo las normas locales (RT 17, 5.13.1.) algo más amplias.

cuestiones jurídicas involucradas que merecerían un estudio especial, o un reexamen de la situación, por parte de la doctrina:

1. Admisibilidad de la interdicción de salida de la persona física controlante, como "administrador de hecho" en la apertura del concurso preventivo.

2. Admisibilidad de la inclusión en los estados contables de la concursada, como un activo, de los gastos de indemnizaciones por despido pagados (20)

3. Facultades judiciales para la creación de categorías distintas a las propuestas por la concursada: una para el Estado Nacional y otra para el grupo de control de la concursada. Posterior eliminación por la concursada de la segunda categoría.

4. Admisibilidad de la apertura del procedimiento de salvataje (art. 48 LCQ) cuando no existe hacienda empresaria.

5. Admisibilidad en la quiebra de la excusación del juez concursal por amistad con el nuevo apoderado de la sociedad fallida.

6. Reapertura del período de exclusividad en el concurso preventivo, luego de revocarse la quiebra y en sustitución del salvataje.

7. Configuración de una propuesta abusiva y modo de cómputo de los intereses para determinar el valor presente de los créditos en el concurso preventivo.

8. Aceptación de una propuesta por el Estado, cuando su máxima autoridad está vinculada a la empresa deudora, y posibilidad de retractación posterior por el acreedor sin conformidad del deudor.

9. En la valuación del paquete accionario, prevista por el art. 48 inc. 3º LCQ, la procedencia del cómputo en el activo del eventual resultado de juicios en trámite conforme a un informe del propio abogado de la concursada (21).

10. Recurribilidad en queja ante el Tribunal Superior de CABA contra resoluciones denegatorias de un recurso de inconstitucionalidad dictadas por la Cámara Comercial.

11. Efectos sobre la continuación del proceso de salvataje del desistimiento, o de la no presentación de propuestas, por parte de los oferentes registrados y posibilidad de continuación en forma exclusiva por la deudora.

12. Cesiones de créditos y sospechas de fraude. Investigación de denuncias y cumplimiento del cronograma concursal. Efectos.

13. Computabilidad de conformidades anteriores a la mejora de la propuesta. Casos en que procede.

14. Mantenimiento de la mayoría original computable de personas en caso de cesión de créditos a favor de un menor número.

(21) Conforme con la Norma Internacional de Contabilidad 37, y el art. 4.8. de la RT 17 FACPE, el reconocimiento de activos contingentes es sumamente restrictivo. A ello se suma, en el caso, que, tratándose de una evaluación judicial, y no de los estados contables anuales, resulta discutible que el informe sobre probabilidad del resultado fuera elaborado por el abogado de la propia deudora interesada en el resultado de los pleitos.

(22) Este punto, que se vincula a las posibles interferencias políticas, puede verse en VÍTOLO, Daniel "La quiebra de Correo Argentino S.A. ¿Política o Derecho? Como en el tango "Volver": "...veinte años no es nada...", *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, tomo XXXIII, agosto 2021. También, frente a noticias de la prensa, la comparación del tratamiento judicial dado a Correo Argentino S.A. respecto del tratamiento dado a Oil Combustibles S.A. puede verse en nuestra nota de prensa en: <http://favierdubois.com/press/Correo-argen->

15. Acreedor hostil en los concursos preventivos. Admisibilidad y configuración.

16. Abuso de acreedor por no aceptar la propuesta. Admisibilidad del *cramdown power* en caso de pago total. Cuando se configura el pago total. Ofrecimiento. Condicionabilidad. Factibilidad. Confianza. Es abusivo negar la conformidad, si se cobrara menos en la quiebra. Elementos para el cómputo.

17. El rol del Estado como acreedor en los concursos. Pautas de actuación. Prevención de conflictos de intereses entre funcionarios públicos y accionistas de la concursada. Prevención de desvíos por influencias políticas (22).

18. Recursos contra la sentencia de quiebra por inexistencia o no homologación del acuerdo. Regla y excepciones.

19. Compensación de créditos verificados en el concurso con juicios en trámite contra el acreedor. Continuación de los juicios contra el Estado por parte de la sindicatura de la quiebra. Posibilidad de transacción y reglas.

20. La duración de los procesos de concurso preventivo desde su apertura hasta el momento de la homologación o declaración de la quiebra. Posibilidad de fijar límites.

De entre tantas cuestiones, cuya importancia es disímil, elegimos abordar en este trabajo las vinculadas al control judicial de la abusividad, tanto de la propuesta homologada como de su rechazo por el acreedor, y la cuestión del rol del Estado como acreedor.

V. El control judicial en el momento de la homologación

Dada la prohibición especial (art. 52 inc.4º LCQ) y general (art. 10 Cód. Civ. y Com.) de homologar propuestas abusivas (23) el juez debe poseer información indispensable para la toma de la decisión de homologar o no el acuerdo.

Tal examen se ve reforzado por las mayores atribuciones del juez concursal a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y del Código Civil y Comercial de 2015, como manifestación del derecho concursal "posmoderno" (24).

Para ello, si no consta en la causa tal información el juez concursal debe requerirla en forma previa, como medida para mejor proveer a la resolución del art.52 de la ley 24.522 (reformada por ley 25.589) (25).

Ahora bien, cabe distinguir el "control del abuso en la propuesta" del "control del abuso en el rechazo por el acreedor".

El control de la abusividad en la propuesta se refiere a la posibilidad de no homologar una propuesta que fue votada favorablemente por las mayorías correspondientes (26).

Esto lleva a la cuestión de habilitar o no una "tercera vía", sea para requerir al concur-

(15) CNCom., sala D, "Vadamarca SA s/ Concurso preventivo", 07/09/2007, TR LALEY AR/JUR/7437/2007; CNCom., sala B, "Agropecuaria Santa Clara SA", 30/06/1997, TR LALEY AR/JUR/1905/1997; CNCom., Sala A, "Museri, Salomón Oscar s/ Concurso preventivo s/ Incidente de revisión por Jadari, Ignacio y otro s/ Queja", 18/06/2009, TR LALEY AR/JUR/65249/2009; CNCom., sala E, "Iurcovich, Natán León s/ Concurso especial promovido por Godschlager Battidoro, Estela Rosa", 19/04/12, entre muchos otros; GRAZIÁBILE Darío, "Derecho Procesal Concursal", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 299; BARBIERI Pablo C., "Procesos Concursales", Ed. Universidad, Bs.As., 1999, p. 538.

(16) CS, "Banco Integrado Departamental - Quiebras/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad", 02/07/2002, Fallos: 325:1649; CNCom., sala D, "Stubrin, Max Mauro y otros c/ Inversiones Morice SA s/ Queja", 06/11/2003; CNCom., sala D, "Sucesión Okunis

tino-vs-oil-combustibles/

(23) PRONO, Ricardo S., "Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial", La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 25 y ss.

(24) FAVIER DUBOIS, E.M., "Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad", ponencia remitida al "XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2021. <http://favierdubois.com/?s=atribucion+del+juez>

(25) RIBICHINI, Guillermo Emilio, "El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras", LA LEY, 2003-A, 1084.

(26) JNCom. Nro. 9, "Servicios y Calidad S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial", 08/10/2003, TR LALEY AR/JUR/2953/2003. Tema: No homologación de APE por propuesta abusiva y defectos de información. ANICH, Juan A., "La información en el acuerdo preventivo extrajudicial" LA LEY, 2004-A, 527.

sado que mejore su propuesta, sea por modificarla directamente el juez sobre la base de sus atribuciones (27).

En cambio, el control de la abusividad en el rechazo por parte del acreedor se refiere a la posibilidad de sí homologar una propuesta, aunque no haya sido votada favorablemente por las mayorías correspondientes.

Ahora bien, si bien se trata de dos situaciones conexas no son simétricas, ya que un acreedor puede válidamente rechazar una propuesta que no se considere abusiva, sin que tal rechazo sea en sí mismo abusivo en la medida en que su voluntad no se aparte del “interés concursal”; todo lo que se analizará seguidamente.

VI. El control del abuso en la propuesta

VI.1. El test de sustentabilidad

Con la información, a suministrar por la deudora y por la sindicatura y/o comité de control, el juez debe realizar el denominado *test de sustentabilidad* de la propuesta, el que se integra por las siguientes valoraciones:

i. La existencia de un *consenso real*, esto es, la comparación entre la cantidad de acreedores que votaron favorablemente la propuesta con el total de acreedores denunciados, de acreedores insinuados, de acreedores que pidieron revisión y de acreedores tardíos, consignando las cantidades de personas y de capital en cada caso y las proporciones que resulten entre las diversas clases de modo de conocer los alcances reales del consenso (28).

ii. Forma parte de este juicio, pero con características especiales, la situación de aquellos acreedores con poder de voto que deben ser excluidos del cómputo, sea por tener votos favorables, sea por tener interés contrario.

iii. También integra esta categoría el denominado “cramdown power” previsto por el art. 52 inc. 2 LCQ, en cuanto permite al juez prescindir de la falta de mayorías en una categoría bajo ciertas condiciones: aprobación en una categoría, conformidad de las tres cuartas partes del total, no discriminación y equivalencia a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra (29).

iv. La determinación del “valor actual” de la propuesta, con un doble ejercicio de trasladar los montos a la fecha de la presentación en concurso para llevarlos actualizados por índices o por intereses, hasta la fecha del pronunciamiento y, paralelamente, de trasladar los valores al momento futuro del pago y retrotraerlos a la fecha del pronunciamiento utilizando tasas de descuento de intereses. Al respecto, la propia Corte Suprema (caso “Arcángel Maggio”), ha dicho que debe tenerse en cuenta el “valor presente” de la deuda para juzgar si la propuesta es o no abusiva.

v. Vinculado a esto último, aparece la cuestión del *pago del 40%* como límite a la posibilidad de homologar. Antes de la re-

forma legal del año 2002, la ley exigía que se pagara por lo menos el 40% del valor de la deuda, lo que habiendo inflación debía computarse teniendo en cuenta valores actualizados (Plenario “De Tommaso” de la Cámara Comercial). Sin embargo, luego de que se derogó tal exigencia, se mantuvo el criterio judicial que lo que se paga puede ser algo menor pero no puede estar muy lejos de ese porcentaje sobre la deuda a valores de hoy. Así lo dispuso la Sala B de la Cámara Comercial en el caso “Capital Food”.

vi. La comparación entre el resultado económico para los acreedores de la propuesta votada con *lo que podrían obtener, en caso de quiebra*, en concepto de dividendo de liquidación, teniendo en cuenta para ello los tiempos y gastos que demandaría, la prioridad de los créditos privilegiados y el resultado de eventuales acciones de recomposición patrimonial (30).

vii. La *importancia de la empresa* teniendo en cuenta su actividad económica, social, ambiental o de producción de bienes o servicios indispensables, o su proyección en la comunidad circundante. En tales casos, su clausura y liquidación arrojarían resultados nefastos para la comunidad (obras sociales, servicios públicos insustituibles, bienes indispensables, etc.) (31).

viii. La *factibilidad del cumplimiento* de la propuesta, entendiendo por tal la posibilidad de que la concursada la cumpla en el tiempo y forma comprometidos con sus recursos propios y sin afectar su funcionamiento. En el punto entra a jugar la necesidad de un “plan de empresa” del que resulte la factibilidad apuntada y que el “Federal Bankruptcy Code” considera como “el corazón y piedra fundamental” de la reorganización empresarial (32). Juega aquí como elemento fundamental la denominada “contabilidad proyectada”, que necesariamente incluye la presentación de presupuestos, *cash flow* proyectados, etc. (33)

ix. Como derivación de lo anterior, la comprobación de que la concreta propuesta aprobada es la mejor que puede formular la concursada, esto es, que el concurso no implicará un indebido enriquecimiento de la deudora en perjuicio de los acreedores, en lugar de un sacrificio compartido, y que *es imposible mejorar la propuesta* presentada (34).

Finalmente, corresponde señalar que todas las pautas recién referidas deben ser tenidas en cuenta por el juez concursal y valoradas, no mediante una fórmula matemática, sino en función de las circunstancias de cada caso y atendiendo a la prioridad que corresponde asignar a los diversos valores en juego (acreedores, deudor, empresa, trabajadores, vulnerables, Fisco, Estado, etc.) en el marco del “derecho concursal posmoderno” (35).

VI.2. La propuesta de Correo de fecha 28/06/2016

Esta propuesta de Correo del 28/06/2016 fue duramente cuestionada por la Sra. Fis-

cal de la Cámara Comercial Dra. Boquín, tal como ya se señaló en el cap. I nro. 4.

En los cálculos que acompañan al Dictamen, lo que se hizo en primer lugar fue determinar el porcentaje de quita a la fecha de inicio del concurso (septiembre 2001). Para ello se aplicó el capital adeudado la tasa activa mensual de septiembre 2001 (1,46%) capitalizada y se la llevó hasta el año 2033, descontando los pagos ofrecidos y volviendo a la fecha de inicio, lo que dio la quita del 98,82%.

Aplicado ese porcentaje sobre el capital inicial, daba una suma que con tasa activa mensual capitalizada al 1,46 % llegaba a \$ 4.600 millones a febrero 2017 y a \$ 70.000 millones. Este sería el rendimiento financiero teórico de dejar colocado el capital en el banco a esa tasa y en esos períodos.

Otros cálculos ofrecían los siguientes resultados para saber cuánto se pagaría en ese momento, pagando solo el capital nominal de \$ 296 millones:

- Por índices de inflación INDEC 10,81%
- Por índices de inflación privados 4,88%
- Por las tasas activas históricas sin capitalizar 21,86%
- Por las tasas activas reales capitalizadas anualmente 4,11%
- Por la variación del dólar 6,25%

Ahora bien, como el pago no era en esa fecha sino en 17 años (1 de espera, quince de cuotas progresivas y una para los intereses), cada porcentaje se volvería a reducir en una proporción parecida y daría porcentajes muy bajos, abonando los cálculos de la señora Agente Fiscal.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la suspensión legal de intereses es al solo efecto de calcular el pasivo bajo las mismas pautas para todos los acreedores; y que si no se homologa la propuesta y se decreta la quiebra, los intereses van a devengarse por todo el tiempo de duración del concurso preventivo y hasta la fecha de la quiebra (art.129 y 202). O sea que lo que hay es una “suspensión” a las results del acuerdo y no una “extinción”. Mientras no haya acuerdo homologado, los intereses siguen pendientes de devengamiento y deben ser computados a los efectos de determinar el “valor presente” de la deuda y si la propuesta es o no “abusiva”.

De todo ello resulta la clara abusividad de la propuesta conformada por el Estado de fecha 26 de junio de 2016 y luego retractada.

VII. El abuso en el rechazo del acreedor

VII.1. La doctrina

VII.1.a. El “interés concursal”

En doctrina se ha ido desarrollando la teoría del denominado “interés concursal” la

que predica que, en forma análoga a lo que ocurre en materia societaria con el “interés social”, en materia concursal el derecho de voto se concede al acreedor a los efectos de que lo ejerza en función de las bondades concretas de la propuesta y no en base a otras motivaciones.

De tal suerte, deberían excluirse los votos (a favor o en contra) que no se ajusten a la satisfacción del “interés concursal” (36).

VII.1.b. El “cramdown power”

Como una recepción legislativa de dicho principio, aun cuando con alcances limitados a los extremos previstos, el art. 52 inc. 2º LCQ confiere al juez la posibilidad de ejercer el “cramdown power” permitiéndole homologar una propuesta que no tuvo mayorías en todas las categorías si se encuentran reunidos una serie de requisitos (37), a saber:

- aprobación en al menos una categoría de quirografarios.
- conformidad del 75% del capital quirografario computando el total
- no discriminación en contra de las categorías disidentes.
- equivalencia del pago resultante del acuerdo al dividendo no menor al que los disidentes obtendrían en la eventual quiebra.

VII.1.c. Los acreedores hostiles

Si bien nada dice la ley concursal al respecto, se considera que existen situaciones que, por violar alguna ley en particular o por constituir abuso de derecho, impiden computar el voto, positivo o negativo, del acreedor.

Al respecto, la redacción del art.45 LCQ ha llevado a una polémica doctrinaria relativa a si la misma es taxativa o meramente enunciativa.

No existe un consenso doctrinario sobre el particular, pero puede señalarse que hay una tendencia que avanza desde un criterio de “taxatividad” a un criterio de “amplitud relativa”.

En tal sentido merece mencionarse la opinión de quienes sostienen una interpretación finalista de la norma, en el sentido de que la exclusión resulta procedente incluso en casos no contemplados expresamente por ley, pero siempre que guarden directa relación con la finalidad de la prohibición, sin que ello implique incurrir, sin más, en generalizaciones arbitrarias (38).

Es así que se han acuñado las categorías de acreedor “complaciente” y de acreedor “hostil”, todos los que votarían sin atender al “interés concursal”.

Bajo esta última categoría se ha cuestionado el cómputo del no voto del acreedor

(27) JNCom. Nro. 9, “Curi Hermanos S.A. s/concurso preventivo”, 03/04/2002, Errepar, DSE, nro. 176, julio 02, p. 378 con comentario de GRISPO, Jorge D. en p. 383. Ver JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Facultades del juez concursal”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 137 y ss.

(28) PORCELLI, Luis A., “No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley”, LA LEY, 2002-D, 979.

(29) JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, ob. cit., p. 108.

(30) RIBICHINI, Guillermo Emilio, ob. cit., p. 3; TRUFFAT, E. Daniel, ob. cit., p. 2.

(31) TRUFFAT, E. Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo...”, *El Derecho*, año XL, nro. 10.540,

rev. del 08/07/2002, p. 2.

(32) RUBÍN, Miguel E., “Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589...”, *El Derecho*, año XL, nro. 10.563, rev. del 09/08/2002, p. 6; RIBICHINI, Guillermo Emilio, ob. cit., p. 2.

(33) FAVIER DUBOIS, E.M. “Los impactos de la contabilidad en las sociedades y en los concursos”, en la obra colectiva del IADC “Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos”, Legis, Buenos Aires, 2013, p. 3.

(34) MAFFÍA, Osvaldo J., “La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589”, JA 2002-IV-13.

(35) FAVIER DUBOIS, E.M., “El derecho concursal ‘posmoderno’. Un nuevo modelo para abordar la insolvencia”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, junio 2021.

(36) Ver “Exclusión del acreedor concursal” en JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Facultades del juez concursal”, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 209 y ss.

(37) JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, ob. cit., p. 108.

(38) ALEGRIA, Héctor, “La relación Fisco - concurso con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo”, LA LEY, 2002-E, 648; MAFFÍA, Osvaldo J., “Derecho concursal”, t. II, p. 35; VÍTOLO, Daniel R., “La no exclusión del voto del competidor en un concurso preventivo. un fallo desafortunado”, comentario al fallo “Equipos y Controles”, Errepar, ejemplar N° 189, agosto 2003; HEQUERA, Elena B., “Sujetos excluidos del voto. Artículo 45 de la ley 24.522”, CNCom., sala D, “Cablevisión S.A. s/ Acuerdo Preventivo

Extrajudicial”, 31/03/2008, TR LALEY 35021515. CNCom., sala B, “Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. s/ Conc. Prev. s/ Inc. art. 250”, 13/07/2006, TR LALEY AR/JUR/4293/2006; CNCom., sala B, “Redes Excon S.A. s/ Concurso preventivo”, 30/06/08; Tal es también la opinión de la Fiscalía General de la Cámara Comercial, en el Dictamen Fiscal 116836 que fundó la resolución de la CNCom., sala E, “Szwarcberg Hermanos SA s/ Concurso preventivo - Inc. de impugnación al acuerdo”, 16/10/2007, TR LALEY AR/JUR/7309/2007; CNCom., sala A, “Castimar SA s/ Concurso preventivo s/ Incidente de exclusión de voto del acreedor Jorge Hugo Marceca”, 23/06/11, TR LALEY AR/JUR/37864/2011; JCiv. y Com. de 39ª Nom., Córdoba, y JConc. y Soc. N° 7, Córdoba, “Banco Suquia SA s/ Concurso Preventivo”, 24/02/05, TR LALEY AR/JUR/7267/2005.

cuando el mismo integra una maniobra de competencia desleal (CNCom., sala C, Capital Federal, 20/7/01, "Equipos y Controles"), y si bien tal resolución fue revocada por la Cámara, Sala C, el 27/12/02, lo fue con el fundado voto en disidencia del Dr. José Luis Monti (TR LALEY AR/JUR/803/2002).

Resulta de interés destacar frente al mismo presupuesto de hecho (competencia desleal con inclinación monopólica) el fundado dictamen de la Fiscalía de Cámara en "Supercanal Holding s/ Concurso Preventivo" (febrero 14 de 2001).

También la exclusión del acreedor fue admitida cuando se trata de un acreedor que se niega a aceptar una propuesta igual al 100% de la deuda. (JCiv. N° 6, Neuquén, 28/11/2001, "Ramasco").

Además, se ha excluido del voto al acreedor que se niega arbitrariamente a prestar conformidad produciendo un daño al resto de los acreedores ya que en la quiebra nada cobrarán estos al tratarse de una empresa cuyo principal activo (licencia de radiodifusión) se perderá en la falencia (JCiv. N° 16, Sec. 32, Capital Federal, "Telearte", 07/03/2006) (39).

VII.1.d. El pago íntegro

El pago ha sido *definitivo* por la doctrina, cuando el deudor realiza la prestación debida a favor del acreedor, que comporta, al mismo tiempo, la extinción de la obligación. Es el cumplimiento por excelencia de la obligación y, por ende, su modo de extinción natural, ya que pone fin a la relación jurídica satisfaciendo el interés del accipiens (40).

La doctrina ha sostenido que cuando se ofrece al acreedor el pago íntegro, su rechazo por este es una conducta abusiva que autoriza a prescindir de su conformidad, a los fines de la aprobación del acuerdo (41).

VII.2. El rechazo de la propuesta de Correo de fecha 28/03/2021

El rechazo por parte del Estado de la propuesta del 28/03/2021 (ver cap. II, nro. 2) no puede considerarse abusivo en consideración a las siguientes circunstancias:

En primer lugar, al haberse dispuesto una categoría especial para el crédito del Estado por las rentas del Correo (art. 4 CN), lo que fue confirmado por la Cámara (*supra* Cap.1.1.), se le confirió un poder superior al de cualquier otro acreedor quirografario, lo que implica que cualquier duda sobre el tema debe interpretarse a favor del respeto de la voluntad estatal y de su presunción de legitimidad.

En segundo término, tal como destaca la sentencia de la segunda quiebra, resultaba inaplicable al caso el "cramdown power" del art. 52 inc. 2° LCQ, ya que, sin contar con el voto del Estado (con más de un 30%), no se podía alcanzar al 75% del total del pasivo.

A ello se suma la falta de conformidades de la categoría C, como resultado de las graves irregularidades señaladas en la sentencia (ver cap. II, 3, i).

Por encima de ello, lo cierto es que no medió "oferta de pago íntegro" ni tampoco existió "factibilidad de cumplimiento".

En efecto, la única oferta concreta era de adicionar al capital nominal "...intereses calculados a la tasa contractual resultante de la sentencia verificatoria desde la presentación en concurso preventivo y hasta la fecha del efectivo pago...", o sea adicionar la "tasa Badlar", que es significativamente inferior a la tasa activa del Banco Nación, que es la que correspondería aplicar para que el pago sea total conforme pacífica jurisprudencia del Fuero Comercial (arg. art. 228, segundo párrafo, LCQ).

Téngase presente que, según noticias publicadas, computando la ofrecida "tasa pactada", el resultado sería de *apenas un 22% de la deuda a valor presente*.

En el punto no cabe estar al argumento de la concursada mencionado en la propuesta, en el sentido de que lo que estaba ofreciendo se ajustaba a "...las pautas sobre devengamiento de intereses ya establecidas por la sindicatura general con fundamento en los arts. 32 y 36 de la LCQ..." en tanto ningún interés se fijó en esos pronunciamientos a computar desde el concurso *hacia adelante*, sino que solo se morigeraron los intereses *pasados*.

Si bien también se expresó en la propuesta que "...Para el hipotético caso de que se cuestionaran las pautas sobre devengamiento de intereses ya establecidas por la sindicatura general con fundamento en los arts. 32 y 36 de la LCQ, se abonará la suma resultante de la liquidación firme dispuesta en sede judicial...", lo cierto es que ello importa solo una oferta eventual y condicional, por un monto que la propia deudora controvierte (42).

En efecto, la concursada agrega a lo dicho que "...El pago se realizará en una única cuota con vencimiento a los 30 días de adquirida firmeza la homologación del acuerdo preventivo y/o desde adquirida firmeza la liquidación del crédito del único acreedor dentro de la categoría con más sus intereses, lo que suceda con posterioridad", con lo cual además de no haber monto no hay tampoco plazo cierto ni estimable, frente a la batería de recursos que la concursada ha demostrado estar en capacidad de plantear.

Es que, como señala atinadamente la sentencia, aceptar el procedimiento propuesto supone abrir una nueva instancia, de duración indeterminada, para la fijación de un monto, cuando ya pasaron casi 20 años de concurso.

Por otra parte, como se adelantó, no se cumplía con el requisito de "factibilidad de pago" (ver cap. V, nro. 1, viii), en tanto la concursada no tenía en su poder los fondos que prometía en forma eventual, ni tampoco acreditó tenerlos disponibles a su solo requerimiento por vía de préstamos firmes de socios o terceros.

Finalmente, tampoco puede válidamente afirmarse que en la quiebra del Correo el Estado fuera a cobrar menos del 22% propio de la propuesta rechazada, según se señala en el capítulo siguiente.

VIII. El rol del Estado como acreedor concursal

¿Cómo debe obrar el Estado cuando es acreedor en un concurso?

El Estado, como acreedor concursal, en algunos casos tiene regladas sus facultades, en el sentido de qué propuesta debe aceptar tal como ocurre con los créditos de la AFIP, hoy regulados por la res. gral. 3587/2014, donde carece de discernimiento, lo que por ello ha suscitado algunas diferencias doctrinarias respecto del cómputo de su voto (43).

En otros casos no tiene las facultades regladas, como sucede en el caso de su calidad de acreedor en el concurso de Correo.

En este ámbito aparece, en primer lugar, la cuestión de los "conflictos de intereses", cuando los funcionarios del Estado son, al mismo tiempo, propietarios o están vinculados a la empresa concursada.

Parecería que las reglas de "prevención de conflictos de intereses", que protegen a los socios frente a los administradores (art. 159, Cód. Civ. y Com.) y a los inversionistas frente a los directores de sociedades anónimas, dentro de las normativas del Gobierno Corporativo (vgr. arts. 72 y 73 ley 26.831 de Mercado de Capitales), deberían ser trasladadas al ámbito concursal en general y, en particular, cuando se trata de conformidades prestadas por funcionarios públicos en representación del Estado.

En segundo término, y respecto de qué propuestas serían aceptables, se plantea la cuestión de si el Estado solo puede aceptar una propuesta del 100%, o si puede aceptar quitas o esperas, o si, en definitiva, tiene la obligación de votar favorablemente cuando el dividendo de la quiebra resulte inferior al valor que surge de la propuesta.

Como ya se demostró, la propuesta última de Correo Argentino no fue de pago íntegro, por lo que el Estado pudo válidamente rechazarla sin incurrir en conducta abusiva.

Cabe ahora determinar si al haber preferido la quiebra está aceptando no cobrar su deuda o cobrarla en una ínfima proporción.

Al respecto, el argumento de que en la quiebra del Correo no se cobraría nada y que rechazar la propuesta fue la peor opción para el Estado no puede aceptarse por varios motivos:

a) el Estado no es un particular y no dispone sobre fondos propios, sino que el Gobierno administra fondos de terceros (la ciudadanía). Ello lo obliga a agotar todas las instancias legales antes de aceptar una quita abusiva.

b) existen denuncias, sumarios e investigaciones en trámite respecto de administradores, empresas socias y controlantes del Correo que son solventes a los que se podría en caso de mantenerse la quiebra, eventualmente, iniciar acciones de ineficacia, responsabilidad, infracapitalización y extensión de quiebra (arts. 118, 161 y 173 LCQ y 54 LGS) y, de tal modo, obtener fondos superiores al monto del acuerdo propuesto que permitan el pago total a los acreedores, incluyendo al Estado.

c) los millonarios juicios en trámite iniciados por el Correo contra el Estado (ver cap. I nro. 5) igual iban a continuar, aunque este hubiera prestado conformidad para recibir algo que no era ni remotamente un pago total.

IX. Conclusiones

A modo de síntesis conclusiva de todo lo expuesto destacamos lo siguiente:

1.-La última propuesta formulada por el Correo para el Estado Nacional no consistía en un "pago íntegro", sino en: a) una oferta en firme que implicaba pagar solo el 22% de la deuda y, b) en subsidio, en una oferta condicionada sin monto, sin plazo y sin factibilidad alguna de cumplimiento.

2.-La postura del Estado Nacional de rechazar dicha propuesta no puede considerarse abusiva por no haber sido íntegra, siendo además posible que en la quiebra pueda percibir un resultado mucho mejor que lo ofrecido por Correo como derivación de las acciones de ineficacia, de responsabilidad y de extensión.

3.-La resolución del juzgado de primera instancia de declarar la quiebra resulta ajustada a derecho conforme con las facultades judiciales para controlar la abusividad y ante la ausencia de las conformidades en las categorías A y C, por lo que debería ser confirmada por la Cámara.

X. Enseñanzas

Al momento de reflexionar sobre las enseñanzas que nos deja tan extenso y complejo proceso concursal y judicial aparecen, más allá del caso en sí, variadas consideraciones jurídicas entre las que destacamos las siguientes:

1. La duración de los procesos de concurso preventivo, entre la apertura y la sentencia de homologación o quiebra, debe tener un límite legal preciso o, cuando menos, un mecanismo de seguimiento externo que se dispare luego de transcurrir cierto plazo (vgr. dos años), de modo que se impida su continuación sine die y/o la reiteración de etapas procesales agotadas.

2. La existencia de reclamos recíprocos entre el deudor concursal y alguno de sus acreedores, en caso de que no sean "compensables", debe encontrar un mecanismo procesal que posibilite la transacción dentro del propio proceso concursal y vinculado a la propuesta.

3. Los conflictos de intereses entre los controlantes, socios o administradores de una sociedad concursada y los funcionarios públicos que tienen el poder de expresar la voluntad del Estado como acreedor, deben tener una expresa regulación legal.

Finalmente, en el caso, resulta necesario destacar que si no se hubiera revocado la primera quiebra de Correo, quiebra basada en la improcedencia del salvataje, fundada en que ya no había hacienda ni por ende empresa, ni "gran concurso" (44), se hubieran evitado los dieciocho años siguientes de graves dispendios jurisdiccionales, de múltiples irregularidades y de gran insatisfacción de los acreedores, en particular del Estado Nacional (45), en un proceso cuya evolución futura es aún impredecible.

Cita on line: AR/DOC/2208/2021

(39) FAVIER DUBOIS, E.M., "Exclusión de voto en los concursos: Un camino en permanente construcción", en VÍTOLO-PARDINI (dirs.), "La tutela de los acreedores en los procesos concursales", Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 157.

(40) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 341.

(41) JCiv. Nro. 6, Neuquén, "Ramasco", 28/11/2001.

(42) Conf. VÍTOLO, Daniel, "La quiebra de Correo Argentino S.A. ¿Política o Derecho? Como en el tango "Volaver": "...veinte años no es nada...", Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, tomo XXXIII, agosto 2021

(43) FAVIER DUBOIS, E.M., "Exclusión de voto en los concursos: Un camino en permanente construcción", ob. cit. Ver "El fisco como acreedor concordatario"; JUNYENT

BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Facultades del juez concursal", Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 157 y ss.

(44) Téngase en cuenta que una cosa es admitir el concurso de la sociedad en liquidación y otra muy distinta es, fracasado el concurso, abrir el proceso de "salvataje" cuando no hay empresa por salvar ni plan de reactivación (arg. art. 100, ley 19.550).

(45) Cabe destacar que, de haberse mantenido esa primera quiebra, tampoco existiría en trámite la causa judicial de Correo contra el Estado reclamando daños por una suma actual cercana a los \$ 14.000.000.000 según resulta de la tasación del salvataje, iniciada en el año 2016, o sea 13 años después.

Jurisprudencia

Alimentos a favor del hijo

Fijación de cuota alimentaria en un 30% de los ingresos del demandado.

- Se aprecian los gastos que insume la crianza del hijo de las partes, los que han sido detallados en el escrito de demanda, que actualmente tiene cuatro años de edad y las demás circunstancias relevantes antes referidas; no existen elementos que autoricen a modificar la sentencia que fijó la cuota alimentaria en un 30% de los ingresos que por todo concepto perciba el demandado.
- La medida de la contribución paterna debe ser superior, en la medida que la cohabitación principal es con la madre, quien cumple con su obligación a través del cuidado y atención personal, en tanto que los aportes económicos que la progenitora pudiera efectuar no deben redundar en alivio de la obligación del padre, sino en beneficio del alimentado.

CNCiv., sala C, 16/07/2021. - Z., M. D. R. y otro c. M., P. E. S. s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/111034/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, 16 de julio de 2021.

Considerando:

I.- Mediante la sentencia del 28 de septiembre de 2020, el Magistrado de primera instancia fijó la cuota que debe abonar el Sr. P. E. S. M., a favor de su hijo F. M. M. Z. (n. 28/09/2016), en un 30% de los ingresos que por todo concepto perciba el alimentante, incluido el S.A.C., con deducción exclusiva de los descuentos obligatorios de ley.

Dispuso, asimismo, que la cuota en deberá abonarse del 1 al 5 de cada mes, rigiendo desde el día 27/02/19, fecha de mediación. También ordenó que las cuotas atrasadas, devengadas durante la sustanciación del proceso, deberán ser abonadas una vez firme la sentencia y, finalmente, impuso las costas del proceso al demandado.

Contra lo así decidido, se alza el accionado, quien expresó agravios a fs. 344/347 (digital), los que fueron contestados por la actora a fs. 362/365.

La Sra. Defensora de Menores de Cámara dictaminó a fs. 450/451 (digital). Solicita se declaren desiertos los agravios formulados por el demandado, sin perjuicio de lo cual adhiere a los fundamentos expresados por la actora al contestar los agravios del apelante.

II.- En primer lugar, con relación al pedido de deserción del recurso solicitado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara, se recuerda que, en la sustanciación de la apelación, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado. Tal directiva tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio, delimitando restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan la pérdida o caducidad de los derechos del apelante.

Teniendo en cuenta ello, dado que el memorial de agravios del recurrente satisface —al menos mínimamente— las exigencias del art. 265 del Código Procesal, sumado al

criterio de amplia flexibilidad, más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio; se procederá a tratar los agravios formulados por el demandado.

Sentado ello, corresponde puntualizar —de modo preliminar— que el tribunal de apelación no se encuentra obligado a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni a refutar estas una por una, en tanto posee amplia libertad para ordenar el estudio de los hechos y de las distintas cuestiones planteadas. Vale decir, que es facultad de los jueces asignar a aquellos el valor que corresponda, seleccionando lo que resulte decisivo para fundar la sentencia. Esto significa que la Sala podrá prescindir de los planteos que no sirvan para la justa solución de la litis (art. 386 CPCCN).

III.- Se agravia el demandado por cuanto sostiene que el Magistrado de grado no sustanció la presentación efectuada por la actora en la que denunciaba los gastos que demanda la crianza del menor de edad, los que califica de exorbitantes.

Puntualiza que se ha probado que los ingresos de la parte actora son superiores a los del apelante.

Agrega que la sentencia no ha fijado la cuota alimentaria contemplando las necesidades de F., sino que la estableció en un porcentaje (30%) de sus ingresos; lo que considera excesivo, ofreciendo abonar -en cambio- el 25% de sus ingresos.

Finalmente, manifiesta su disconformidad con la imposición de costas y el monto de los honorarios dispuestos en la sentencia.

IV.- Es dable destacar que la obligación alimentaria a favor de los hijos menores tiene carácter legal pues es un deber derivado de la responsabilidad parental (arts. 646, inc. a); 658, 659 y concordantes del CCCN y, como tal, ineludible para sus progenitores hasta que alcancen la edad de 21 años (conf. art. 658 del ordenamiento citado).

El referido artículo 646 del CCCN, en su inc. a), establece que son deberes de los progenitores cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlos, y por su parte el art. 658 del mismo ordenamiento legal, establece que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, por lo que es ajustado a derecho tener en cuenta la capacidad económica de los padres.

De tal modo, la responsabilidad parental importa una función en cuyo ejercicio los progenitores deberán proteger y formar integralmente a sus hijos, velando permanentemente por su interés y propiciando su pleno desarrollo como personas (CNCiv., Sala J, 19/04/2011, R: 569.195; “C. N. L c/ C. E. E s/ aumento de cuota alimentaria”).

Por otro lado, el art. 27, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño —de jerarquía constitucional— establece que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones de vida que sean imprescindibles para su desarrollo.

V.- Ahora bien, para la fijación del monto de la cuota alimentaria no es indispensable la demostración exacta mediante prueba directa de la capacidad económica del obligado y para su apreciación bastan las presunciones que den una idea aproximada de dicho caudal.

Asimismo, es necesario encontrar un prudente equilibrio entre los factores que ad-

quieran relevancia en materia alimentaria, teniendo en cuenta que la cuota debe guardar relación con las necesidades que tiende a cubrir y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad aunque, con la prevención de que no corresponde escatimar esfuerzos o medios que conduzcan al pleno acatamiento de la obligación y que la responsabilidad asumida con el nacimiento de los hijos exige la realización del trabajo necesario para obtener las entradas suficientes para su satisfacción.

El Código Civil y Comercial de la Nación dispone expresamente que la obligación alimentaria no esté en relación directa con el tiempo que los progenitores pasan con sus hijos, sino fundamentalmente, en la mencionada dupla integrada por las necesidades del alimentado y el caudal económico del alimentante.

Se ha sostenido que recae sobre ambos progenitores la obligación de realizar todos los esfuerzos necesarios para atender a la asistencia de sus hijos, sin que pueda excusarse de su cumplimiento invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, cuando ello no se debe a imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables (Bossert, G. A., Régimen jurídico de los alimentos, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 207, núm. 231; conf. CNCiv., Sala D, en autos “D. G. C. A. y otro c/ B. D. G. s/ Alimentos” del 8/06/17).

Al interponer la demanda, la actora expresó que el día 18 de diciembre de 2018, cesó la convivencia con el demandado.

Agregó que a raíz de una denuncia en la oficina Violencia Doméstica su hijo depende casi exclusivamente de ella. Que cuenta con la ayuda de una niñera y de sus padres quienes colaboran en la crianza de F.

Expresó que el niño concurre al Instituto Educativo Ferrocarril Oeste en una jornada completa de 9 a 17 horas.

Por su parte, al contestar la demanda el Sr. M. expresó que F. convive con su madre y que, con motivo de un acuerdo verbal entre los letrados y las partes, puede ver su hijo una vez por semana en un espacio público, mediante la colaboración del abuelo paterno y por el plazo de dos horas.

La jurisprudencia ha referido en innumerables fallos que, si bien la obligación de alimentos gravita solidariamente tanto sobre el padre como la madre, cuando uno de ellos efectúa a diario una contribución en especie, estando a su cargo el ejercicio de la guarda, con el cuidado y supervisión directa de los hijos; le corresponde al otro progenitor proveer a las necesidades de los alimentados en mayor proporción, dado que tal tarea si fuera asumida por un tercero sería valuada económicamente.

Es importante tener en cuenta todos los elementos incorporados al proceso. Entre ellos, la edad del niño, que éste convive con su madre, que asiste a un colegio por el que se abona una cuota mensual y que la madre afronta los gastos de vivienda y alimentos que insume la crianza del hijo común.

Surge de la prueba informativa aportada en autos que el establecimiento educativo al que asiste F. informó que se abonó el 01/04/2019 por la Sala 2 la cantidad de \$10.620. Asimismo, dicha entidad educativa a fs. 103/109 adjunta las constancias de pago realizadas, informando que fueron abonadas por la Sra. Z., y a fs. 123 el Club Ferro Carril Oeste indicó que la cuota social en marzo del 2019 ascendía a la suma de \$1152, la cuota del Instituto educativo jornada completa

a la de \$7.850 y por servicio de comedor la cantidad de \$1160.

En este contexto, debe recordarse que, para fijar la cuota alimentaria, ha de atenderse no sólo al caudal económico de los alimentantes, sino esencialmente a las necesidades de su descendencia (cf. CNCiv., Sala G, r. 542.966 del 27/11/2009; r. 596.959 del 16/4/2012; r. 623.511 del 6/9/2013, entre muchos otros).

La cuota alimentaria debe guardar relación con las necesidades que tiende a cubrir y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad, aunque con la prevención de que no corresponde escatimar esfuerzos o medios que conduzcan al pleno cumplimiento de la obligación (conf. CNCiv. Sala C, R 280.038, del 30/3/82; id. R 462.513 del 31/10/06, entre otros).

Por otro lado, la medida de la contribución paterna debe ser superior, en la medida que la cohabitación principal lo es con la madre que en buena medida cumple con su obligación a través del cuidado y atención personal, en tanto que los aportes económicos que la progenitora pudiera efectuar no deben redundar en alivio de la obligación del padre sino en beneficio del alimentado (conf. CNCiv. Sala C, R. 566.481 del 30/11/10).

Así las cosas, si se aprecian los gastos que insume la crianza de F., los que han sido detallados en el escrito de demanda, que actualmente tiene cuatro años de edad y las demás circunstancias relevantes antes referidas; no existen elementos que autoricen a modificar la cuota alimentaria fijada en la sentencia. Máxime considerando el “quantum” de los alimentos provisorios establecidos mediante decisión que se encuentra firme, y cuyo pago el emplazado manifestó que se encuentra cumpliendo.

Por otro lado, no es ocioso destacar la contradicción en la que incurre el apelante, quien cuestiona que la cuota haya sido fijada en un porcentual de su salario sin tener en cuenta las verdaderas necesidades del alimentado y -paralelamente- ofrece contribuir en una cuota equivalente al 25% de sus haberes.

Se parte del reconocimiento de que la obligación alimentaria es esencialmente variable y es indeterminada en el tiempo porque no se puede establecer a priori su duración ni tampoco en forma definitiva su cuantía, que siempre estará supeditada a los presupuestos de procedencia (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal Culzoni, Tomo II, página 371).

En tal inteligencia, no se comparte como pregona el obligado, que la cuota fijada al demandado por el Magistrado de la anterior instancia sea elevada, por lo que se la confirma.

VI.- En cuanto a las críticas formuladas respecto al modo en que han sido impuestas las costas. Es sabido que, en los procesos de alimentos, por su especial naturaleza y finalidad, las costas deben, como regla, ser soportadas por el alimentante pues de otro modo se vería disminuida la posibilidad del alimentista de atender a sus necesidades por la prestación alimentaria, ya que se haría recaer el importe de ellas sobre las cuotas fijadas.

Máxime cuando no es una sanción contra el litigante perdedor sino el medio de resarcir los gastos que se ha visto obligado a hacer el vencedor para conseguir el reconocimiento de sus derechos (conf. CNCiv., Sala C, R. 598.341, del 21/06/12; id., id., R. 603.274 del 19/8/12 y sus citas, entre otros precedentes;

íd., Sala J, “C., S. c/ C., J. s/ alimentos” del 3/05/11; íd., Sala K, “Y. R., M. y otro c/ R. D. S., I. J. s/ alimentos” del 4/05/12).

Por último, cabe agregar que carecen de sustento las afirmaciones del demandado en el sentido que el anterior sentenciante no valoró detalladamente toda la prueba aportada en las presentes actuaciones. Por el contrario, se considera que se han tenido en cuenta las pruebas aportadas por las partes y las necesidades de Felipe en función de su edad, habiendo fijado una cuota acorde a las circunstancias acreditadas en autos.

Por todo lo expuesto, resuelve: 1º) Confirmar la sentencia en todo lo que decide y fue objeto de agravios. Con costas de alzada al demandado vencido (arts. 68 y 69, 1era parte del CPCC). 2º) En atención al mérito y complejidad de la labor realizada, monto en juego, y de conformidad con lo prescripto por los arts. 16, 19, 29, 39 y cc. de la ley de honorarios 27.423, se confirman los honorarios regulados con fecha 28.9.20, a favor del Dr. Juan Carlos Luongo; los de la Dra. Sandra Pontello y los de las Dras. María Laura Lazzara y Julieta Speciali, apelados por altos.

De conformidad con lo dispuesto en el Anexo C: Anexo III, del decreto 1467/2011 reglamentario de la ley 26.589 con la modificación establecida en el decreto 2536/2015 Anexo 1, art. 2, F), se confirma la retribución fijada a favor del mediador Dr. Guillermo S. Rey, apelada por alta, en tanto ella deriva de expresa disposición legal.

Por la labor de Alzada, se regulan los honorarios del Dr. Juan Carlos Luongo en 5,90 UMA (\$29.370,20, Ac. 12/21) y los de la Dra. María Laura Lazzara en 4,52 UMA (\$22.500,56), los que deberán abonarse en el plazo de diez días (cfr. Arts. 30 y 54 de la ley 27.423). Regístrese, notifíquese en los términos de la Acordada Nº 38/13 de la CSJN, publíquese y oportunamente devuélvanse. — Omar L. Díaz Solimine. — Juan M. C. Converset. — Pablo Tripoli.

Determinación del tributo

Incrementos patrimoniales no justificados. Deuda financiera y venta de acciones. Apreciación de la prueba realizada por el Tribunal Fiscal de la Nación. Diferencias entre el proceso penal tributario y el procedimiento tributario.

- No puede soslayarse que el Tribunal Fiscal efectuó un exhaustivo examen de los presupuestos fácticos de la causa que lo llevó a considerar que la deuda financiera y la venta de acciones no se encontraban fehacientemente acreditadas —confirmando así el ajuste por incremento patrimonial no justificado—. Por tal motivo, la pretensión del actor de que se vuelva a valorar en la instancia de la Cámara los mismos medios probatorios examinados por el tribunal de origen, resulta inadmisibles en la medida en que no demostró un error de magnitud suficiente que lleve a modificar las apreciaciones que dicho tribunal expuso en la decisión que se recurre.
- Las cuestiones debatidas a la luz del procedimiento reglado en la ley 11.683 y en el proceso penal seguido en los términos de la ley 24.769 son diferentes. En el primero, se discute la procedencia o no de la deuda tributaria; en el segundo, la discusión se centra en determinar la existencia o no de un delito tributario.^[1]
- No puede haber determinación en sede penal que sirva para otra cosa distinta a la indagación sobre la posible comisión

de un ilícito, y, por lo tanto, no puede hacer cosa juzgada lo decidido en punto a la determinación de la obligación tributaria, que solo es competencia del Tribunal Fiscal y, eventualmente, del fuero contencioso administrativo federal.

CNFed. Contencioso administrativo, sala I, 06/07/2021. - Cis, Ricardo Alberto (TF 26163-I) c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/104745/2021]

Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V, “Mohar SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 11/02/2020, TR LALEY AR/JUR/6012/2020

Costas

Con costas (art. 68, párrafo primero, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

2ª Instancia.- Buenos Aires, 6 de julio de 2021.

Considerando:

I. Ricardo Alberto Cis, por medio de su apoderado, interpone recurso de apelación contra las resoluciones nº 164/2005 y 36/2006 (DVN RR1), en virtud de las cuales se determinó de oficio el impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 2000 y 1999, respectivamente, con más sus intereses resarcitorios, y se dejó en suspenso la aplicación de sanciones por dichos períodos, de conformidad con el art. 20 de la ley 24.769 (v. fs. 26/48 vta. y 311/318 vta.).

II. El Tribunal Fiscal de la Nación revocó, con costas, la resolución 36/2006 y confirmó, con costas, la resolución 164/2005 (v. fs. 676/682).

i. En relación con la resolución nº 36/2006, señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Michelin” (Fallos: 333:86), interpretó que sólo cuando la resolución determinativa correspondiente al período base se encuentre firme se “desbloquea” para el organismo recaudador la posibilidad de ejercer sus atribuciones respecto de los períodos anteriores no prescriptos. Por ello, y toda vez que “la última declaración jurada presentada por el contribuyente antes de la inspección [fue] la correspondiente al período 2000”, correspondía revocar la resolución dictada por el Fisco Nacional, con relación al período fiscal 1999.

ii. Referentemente a la resolución nº 164/2005, reseñó que el Fisco Nacional detectó incrementos patrimoniales no justificados que se exteriorizaron en la declaración jurada del actor en el período fiscal 2000, por: a) un préstamo que la firma Overland SA, le otorgó en la República Oriental del Uruguay, y b) la venta de acciones que poseía en la firma Rihaca SA.

ii.1. Acerca del primer ajuste (préstamo otorgado por una financiera del exterior) consideró:

a. No podía admitirse el planteo del actor según el cual el contrato de mutuo adquirió fecha cierta con anterioridad a la inspección, en oportunidad de ser presentado ante el ex COMFER (art. 1035, inc. 1, del Código Civil). En este sentido, indicó que dicho organismo rechazó la solicitud del actor tendiente a obtener una licencia de radiodifusión con sustento, justamente, en que el contrato de

mutuo carecía de fecha cierta y no exhibía las características que tornaban verosímil la existencia de un préstamo.

b. Si bien el ex COMFER, posteriormente y ante un nuevo trámite, otorgó al actor el uso de la licencia en cuestión, dicha decisión se basó en el cambio de criterio legal sobre la verificación del origen de los fondos (conf. la derogación de la resolución COMFER nº 110/2001 por 1488/2006), estableciéndose que “el evaluador constatará la correlación de los mismos con las declaraciones juradas del impuesto a las ganancias y a los bienes personales” y que “solo en su defecto se requerirá un estado de origen y evolución de fondos de los dos últimos años debidamente certificado” (art. 5).

c. Aún de considerarse que el mutuo adquirió fecha cierta en su presentación en el nuevo trámite ante el COMFER, dicha presentación era posterior al inicio de la fiscalización.

d. La certificación del contrato de mutuo que obraba a fs.110, era “una copia de su original conforme surge del acta de fs. 108/110 de los antecedentes administrativos”.

e. Si bien se registraron ingresos a nombre del actor por parte de la firma Overland S.A., por medio de la casa de cambio Transcambio S.A., el origen de los fondos no se encontraba acreditado.

f. El perito contador del actor dictaminó que: a) el estado de situación patrimonial de la financiera exhibía un incremento de la cuenta “deudores varios” al 30/3/2000 y 31/3/2001 por U\$S 8.265.000 y U\$S 8.691.930,94, respectivamente, pero que no podía precisarse el efectivo destinatario de los préstamos (v. fs. 494 vta., punto 5); b) existía un acta de directorio de la financiera Overland S.A. del 23/8/1999, que aprobaba un préstamo al actor por U\$S 8.800.000, pero que esa documentación no permitía determinar de forma precisa el origen de los fondos aplicados al crédito concedido (v. fs. 495, punto 7).

g. Tampoco se había podido determinar la capacidad operativa de la prestamista Overland S.A., porque la contadora que elaboró el “informe de compilación” que el propio actor acompañó al escrito inicial (fs. 301), dejó sentado que no auditó los estados contables adjuntos y que no podía expresar una opinión sobre aquellos.

h. Resultaba llamativo que Overland S.A. haya acordado un préstamo al actor de U\$S 8.800.000, pues su estado de situación patrimonial al 31/3/1999 exhibía: a) un capital integrado de U\$S 2.500, b) un patrimonio total de U\$S 21.231,45, c) una pérdida de U\$S 210.895,08, y d) dinero en “caja” por U\$S 931,54 (v. fs. 499, segundo párrafo).

i. El exhorto por el que se intentó recabar información relativa a la financiera Overland S.A fue devuelto con resultado negativo, destacándose que el funcionario judicial interviniente en dicho mandato judicial expresó que “los delitos tributarios estaban excluidos de la cooperación”.

En suma, afirmó que el actor no había probado el mutuo y confirmó el ajuste fiscal, con más los intereses respectivos.

ii.2. En cuanto al segundo ajuste (venta de acciones que el actor poseía en la firma Rihaca S.A) señaló:

a. Resultaba llamativo que la persona que suscribió la operación por la parte compradora no acreditó la representación que invocaba en nombre de Genesis Holding. Puso de resalto que dicha sociedad tenía domicilio legal en Elan Corporate Services LTD, Palm Court Road, Town Tortola, British Virgin Islands (v. fs. 111, antecedentes 2).

b. En la copia simple del contrato (fs. 851/854 de los antecedentes administrativos), podía leerse que el actor (parte vendedora) era titular de un mil ciento cuarenta (1140) acciones nominativas no endosables del capital social de la sociedad Rihaca SA al 20 de diciembre de 1999. Sin embargo, destacó que de la declaración jurada de bienes personales del actor para el ejercicio fiscal 1999 (fs. 24, de los mencionados antecedentes) exhibía una participación del actor en dicha sociedad de 60 acciones.

c. Tampoco se encontraba acreditada la existencia de la empresa Genesis Holding porque, a pesar de haber comprado acciones de una sociedad argentina, no se registró ante la Inspección General de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el art. 123 de la ley 19.550 (v. fs. 706, cuerpo ganancias nº 4).

d. La circunstancia de que existieran fondos provenientes del exterior depositados en una cuenta a nombre del recurrente, no resultaba suficiente para probar la operatoria porque no había quedado acreditada la identidad de quien realizaba los giros.

e. La Sala B del Tribunal Fiscal, en el precedente “Alfafin”, pronunciamiento del 31/05/1995, sostuvo que “la doble circunstancia de invocar un negocio jurídico con una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal, requiere acreditar en la sociedad extranjera una cierta consistencia (en lo temporal, patrimonial y actividad propia de su objeto) con el fin de evitar la utilización de sociedades ficticias con objeto de fraude fiscal”.

f. El actor no probó que el monto declarado como “ventas y/o ingresos exentos o no gravados”, correspondiera a la venta de sus acciones en la firma Rihaca S.A. y, por ende, confirmó este ajuste fiscal, con más los intereses respectivos.

III. El Fisco Nacional interpuso recurso de apelación (fs. 686) y expresó agravios (fs. 689/692). Posteriormente, desistió de dicha apelación (fs. 700 y 701).

IV. El actor interpuso recurso de apelación (fs. 687) y expresó los siguientes agravios (fs. 693/698) que fueron replicados (fs. 706/710):

i. Los fundamentos utilizados por el Tribunal Fiscal, se apartaron de una razonable y discreta valoración de los elementos probatorios rendidos.

ii. El mutuo adquirió fecha cierta con la certificación y legalización que practicó el escribano uruguayo el 08/09/1999. En su defecto, planteó que el instrumento adquirió fecha cierta en su primera presentación ante el COMFER (conf. art. 1035, inc. 1, del Código Civil).

iii. La concesión al actor de la licencia de radiodifusión, en el segundo procedimiento que instó ante el COMFER, significó el reconocimiento de aquel organismo de que el mutuo celebrado con la financiera Overland S.A. fue parte del origen de los fondos para adquirir las acciones de la Radiodifusora Esmeralda.

iv. El Tribunal Fiscal transcribió parcialmente las manifestaciones del perito propuesto por su parte, pues dicho experto dictaminó que el préstamo otorgado por la financiera Overland era concordante con la financiación que declaró Ricardo Alberto Cis.

v. A fs. 537/557 acompañó el documento que acreditaba que el actor canceló el mutuo con la financiera Overland S.A.

vi. La venta de acciones de Rihaca S.A. a Génesis Holdings LTD, se encontraba acre-



COLEGIO DE
ESCRIBANOS
de la CIUDAD de
BUENOS AIRES

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Diplomatura en Derecho Privado

Inicio de clases del segundo cuatrimestre:
12 de agosto de 2021/modalidad virtual

Objetivo: La profundización del estudio y análisis del Derecho Privado y sus aplicaciones en el ámbito jurídico notarial

Inscripción: hasta el 6 de agosto de 2021 por <https://campusvirtual.colegio-escribanos.org.ar/>

Duración de la diplomatura: 4 cuatrimestres

Modalidad de cursada: dos materias por cuatrimestre, con un encuentro semanal, los jueves de 9 a 11 horas y de 11 a 13 horas a través de plataforma zoom

Carga horaria: 32 horas por materia

Dirigido a: escribanos, abogados y contadores.

Consejo Académico Asesor:

María T. Acquarone; Julio C. Capparelli; Ricardo Blanco Lara; Carlos M. D'Alessio;
Mariana C. Massone; Horacio L. Pelosi

Materias a dictar:

Derecho Privado I. Aspectos generales del Derecho Civil: Persona. Asociaciones. Fundaciones. Hechos y actos jurídicos

Derecho Privado II. Obligaciones y parte general de Contratos

Derecho Privado III. Contratos. Parte especial

Derecho Privado IV. Derechos Reales

Derecho Privado V. Familia y Sucesiones

Derecho Societario

Derecho Tributario Notarial

Derecho Notarial y Registral

Materias a dictar 2º cuatrimestre de 2021 (12 de agosto al 25 de noviembre)

Derecho Privado III: Contratos. Parte especial: Jueves de 11 a 13 horas

A cargo de: Esc. María T. Acquarone, Esc. Carlos M. D'Alessio y Dr. Ricardo Rocca

Derecho Privado IV: Derechos Reales: Jueves de 9 a 11 horas

A cargo de: Esc. Adriana Abella, Dr. Federico Causse; Esc. Marcelo De Hoz y Dr. Claudio Kiper

Curso Arancelado

Informes: cursos@colegio-escribanos.org.ar

ditada desde el 22/12/2006, en la causa n° 06/06, caratulada: "Cis, Ricardo Alberto s/ Infracción ley 23674", que finalizó con el sobreseimiento de su representado.

vii. Presentó a la AFIP (en el Cuerpo Ganancias n° 3: fs. 518 y 563/567) un cuadro donde identificaba cada depósito, y que así quedó acreditado el ingreso de un anticipo de U\$S 2.700.000, con los intereses correspondientes, y luego las 7 cuotas de U\$S 500.000; de conformidad con el precio que se pactó en aquel contrato.

viii. El Tribunal Fiscal de la Nación no podía responsabilizar al actor por las irregularidades de la empresa Genesis Holdings LTD.

V. Esta Cámara, por sus diversas salas, ha dicho invariablemente que no corresponde apartarse de la apreciación efectuada por el Tribunal Fiscal de las circunstancias fácticas de la causa, dado los límites del recurso que prevé el artículo 86, inciso b), de ley 11.683, a menos que se pruebe que aquel tribunal haya incurrido en un error en la apreciación de los hechos (esta sala, causa "ABC Maderas SA (TF 16870-I) c/ DGI" y "Junquera, Marta Aurora", pronunciamientos del 6 de diciembre de 2011 y del 4 de agosto de 2015, respectivamente; en igual sentido, Sala III, causa

"Ambulancias Privadas Argentinas SA", pronunciamiento del 23 de febrero de 2011, Sala IV, causa "Banco de Italia y Río de La Plata SA", pronunciamiento del 24 de septiembre de 1996, y Sala V, causas "Devez, Manuel Rodolfo" y "Del Buono, Jorge", pronunciamientos del 13 de febrero de 2002 y del 15 de marzo de 2007, respectivamente).

VI. Desde esa perspectiva el recurso del actor no puede prosperar, pues la totalidad de sus agravios se limitan a disentir con la valoración que de los hechos y las pruebas hizo el Tribunal Fiscal, sin demostrar que en su apreciación haya mediado un error de magnitud suficiente para apartarse de la aplicación del principio contenido en el art. 86 de la ley 11.683.

Cabe recordar que, en cuanto a los medios de prueba tendiente a comprobar la realidad de un pasivo, estos deben ser particularmente indudables respecto del nacimiento, de las modalidades y, de corresponder, de la extinción de la deuda. Particularmente, es necesario que se demuestre la secuencia completa de las operaciones llevadas a cabo y que se compruebe la titularidad de los fondos en cabeza de quien los presta, su entrega al deudor, su aplicación por parte de este y, si fuera el caso, su posterior restitución (esta

sala, causa "Badial SA (TF 32999-I) c/ DGI", pronunciamiento del 3 de febrero de 2015).

Ciertamente, la exigencia de esa actividad probatoria resulta imperiosa para demostrar que los capitales no fueron sustraídos del poder fiscal argentino para luego retornar al país bajo el ropaje de "prestamos", incumpliendo la carga de la prueba que permita destruir la presunción de la norma citada al contribuyente, máxime si se invoca un préstamo acordado con una sociedad domiciliada en el extranjero, particularmente en un país con ventajas fiscales para la operatoria off shore, tal como se caracteriza a la República Oriental del Uruguay (esta sala, causa n° 36.132/13 "Llavaneras SA (TF 26862-I) c/ DGI", pronunciamiento del 21 de diciembre de 2015, y sus citas, y "Badial S.A.", ya citada).

En tales condiciones, no puede soslayarse que el Tribunal Fiscal efectuó un exhaustivo examen de los presupuestos fácticos de la causa —reseñados en el considerando II— que lo llevó a considerar que la deuda financiera y la venta de acciones no se encontraban fehacientemente acreditadas. Por tal motivo, la pretensión del actor de que se vuelva a valorar en esta instancia los mismos medios probatorios examinados por el tribunal de origen, resulta inadmisibles en la medida en que no demostró un error de magnitud suficiente que lleve a modificar las apreciaciones que dicho tribunal expuso en la decisión que aquí se recurre.

Por lo demás, en lo que concierne al préstamo que dijo haber tomado el actor, debe señalarse que la certificación y legalización que practicó el escribano uruguayo es posterior al inicio de la fiscalización por parte de la AFIP (30/10/2001) porque data del 11 de diciembre del 2001.

De otro lado, la conducta comercial de la prestamista Overland no parece razonable, si se tiene en cuenta que en el año 1999 otorgó un préstamo al actor de U\$S 8.760.000 (v. fs. 40/41 cuerpo 1, ganancias), en el año 2000 renovó ese contrato estableciendo el monto del mismo en Yenes Japoneses (v. fs. 466/470, cuerpo 3 ganancias) y en el año 2002 lo renovó por segunda vez, dejando asentado que se adeudaba en concepto de capital e intereses la suma U\$S 7.742.931,66 y pesificó ese monto a la relación de 1\$=1 U\$S (v. fs. 359/382), aun cuando en ese año en nuestro país ya no regía la ley de convertibilidad.

Además, las manifestaciones que se exponen en relación con los pagos efectuados otorgan un mero valor formal pero no material a dichas cancelaciones. En efecto, no resulta posible controlar la realidad de las operaciones que allí se describen porque la cancelación de la deuda se habría realizado con la entrega "en mano" al prestamista de bonos uruguayos y de U\$S 1.000.000 en efectivo. De esta forma, la parte actora incumple con las exigencias probatorias que se requieren en el caso, conforme a la doctrina

expuesta por esta sala en las causas "Badial S.A." y "Llavaneras S.A.", citadas.

Por otra parte, acerca de la venta de acciones debe señalarse que resulta poco habitual que el domicilio denunciado por la representante de Genesis Holding LTD sea idéntico al domicilio de la firma Rihaca SA respecto de la cual adquirió parte de sus acciones (v. fs. 706 del cuerpo ganancias n° 4).

También resulta llamativo que con fecha 12/02/2004 se haya inscripto el trámite de cancelación y disolución de la firma Rihaca SA (v. legajo de la firma a fs. 429/455), pues: a) la venta de acciones se realizó el 20 de diciembre de 1999, por la suma de U\$S 6.200.000, y b) el Fisco Nacional tomó como indicio la proyección de que al comprador "le tomaría cuarenta años recobrar el dinero invertido" en aquella operación (v. fs. 706 último párrafo, cuerpo ganancias n° 4).

Asimismo, debe señalarse que las copias de las sentencias obrantes a fs. 554/557 y 622/632 no exhiben que en la causa "Cis, Ricardo Alberto s/ Infracción ley 23674" se haya acreditado la venta de acciones de Rihaca SA a Génesis Holding. Por el contrario, en la primera de ellas se decretó la falta de mérito del actor —porque, conforme con lo dispuesto en el art. 306 del Código Procesal Penal, no se habían reunido los elementos mínimos para expedirse—, mientras que en la segunda se declaró extinguida la acción penal respecto de Ricardo Alberto Cis, por prescripción.

Ciertamente, las cuestiones debatidas a la luz del procedimiento reglado en la ley 11.683 y en el proceso penal seguido en los términos de la ley 24.769 son diferentes. En el primero, se discute la procedencia o no de la deuda tributaria; en el segundo, la discusión se centra en determinar la existencia o no de un delito tributario.

Esta sala tiene dicho que no puede haber determinación en sede penal que sirva para otra cosa distinta a la indagación sobre la posible comisión de un ilícito, y, por lo tanto, no puede hacer cosa juzgada lo decidido en punto a la determinación de la obligación tributaria, que solo es competencia del Tribunal Fiscal y, eventualmente, de este fuero (causas "Molinos Río de La Plata SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo" y "Templado, Cristian Edgar (TF 32523-I) c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo", pronunciamientos del 19 de mayo de 2016 y del 12 de marzo de 2019, respectivamente).

En mérito de las razones expuestas, el tribunal resuelve: rechazar el recurso de apelación del actor y confirmar sentencia apelada, con costas (art. 68, párrafo primero, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). — Clara M. Do Pico. — Rodolfo E. Facio. — Liliana M. L. Heiland.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretario N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que YAREILLY CRISTINA MORA LUZARDO de nacionalidad venezolana con DNI 95.733.545 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias

que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 16 de marzo de 2021
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 05/08/21V. 05/08/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 4, sito en la calle Libertad 731, piso 4º -Capital Federal-, informa que la Sra. NELZZI ARIELA

SOLIZ MARTÍNEZ, DNI N° 95.346.376 ha iniciado los trámites para obtener la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días.

Buenos Aires, 26 de mayo de 2021
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 05/08/21V. 05/08/21

