



Poder Judicial



21-02930230-5/1

GUARDATI TORTI SA

S/ CONCURSO PREVENTIVO - LEGAJO DE COPIA

Cámara Apelaciones Civil y Comercial (Sala II)

Nº234

Rosario, 22 de agosto de 2022

VISTOS: Los presente autos caratulados “**GUARDATI TORTI SA S/ CONCURSO PREVENTIVO - LEGAJO DE COPIA**” (CUIJ 21-02930230-5/1), venidos para resolver el recurso de apelación articulado por la Comisión Nacional de Valores contra el auto n° 213 dictado el 28/07/21, por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 3ra. Nominación de Rosario; y,

CONSIDERANDO:

I. El doctor Oscar R. Puccinelli dijo:

1. El auto impugnado.

El *a quo* hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y dejó sin efecto la decisión que había adoptado la Comisión Nacional de Valores el 19/02/20 en el expediente administrativo 209/20.

Asimismo dispuso el sorteo y la designación de un veedor, quien junto a la concursada debe informar periódicamente al juzgado de acuerdo a lo expresado en la resolución. A tal fin dispuso que se acompañe el acuerdo que se firme entre ambos para control por el tribunal.

En cuanto a las costas, las impuso en el orden causado.

La Comisión Nacional de Valores dedujo recurso de apelación a fs. 153, el que fue concedido por decreto del 09/08/21 (fs. 167).

2. La expresión de agravios (fs. 254/266) y su réplica (fs. 271/283).

2.1. La recurrente compuso su pieza recursiva a partir de la exposición de los siguientes agravios respecto de la decisión adoptada:

a) se contraría el régimen legal que regula el mercado de capitales –ley 26.831–;

b) se eludió la aplicación de normativa obligatoria respecto de toda pretensión

cautelar postulada contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, ya que ésta se rige por la ley 26.831, cuyo régimen especial es ineludible;

c) no se ha considerado la necesaria intervención de la Comisión Nacional de Valores pese a que precisamente se encuentra en discusión la vigencia de una medida preventiva dispuesta por este organismo en su carácter de autoridad de aplicación del mercado de capitales, contrariándose así el régimen legal que regula el mercado de capitales además del art. 4 de la ley 26.854 que al regular las medidas cautelares contra el Estado Nacional establece que solicitada la medida cautelar, el juez deberá requerir a la autoridad pública que produzca un informe dando cuenta del interés público comprometido y ello no sólo no ha sucedido sino que el magistrado se limitó a correr una simple vista y recién allí se produjo el respectivo informe al solo efecto de reencauzar el proceso cautelar dentro del marco legal establecido por la regulación vigente. Por ello se agravia por *“la flagrante irregularidad que subyace en la circunstancia de que no ha sido notificada por el órgano jurisdiccional, en los términos de la Ley N° 26.854, la promoción de una medida cautelar que perseguía la suspensión de los efectos de un acto administrativo dictado por la autoridad de aplicación del mercado de capitales en el territorio de la República Argentina, así como tampoco se nos ha requerido la producción del informe dando cuenta del interés público comprometido, conforme manda dicha pieza legal, y -consecuentemente- la medida cautelar fue concedida en clara transgresión a la regulación vigente y sin la valoración y ponderación necesarios y requeridos a tales fines”* (fs. 257 vta.);

d) hubo un exceso en las funciones judiciales asignadas y una clara intromisión en competencias que son propias de la CNV, resultando incompetente la justicia ordinaria pues *“la Ley N° 26.831 reviste carácter federal, ergo, la materia involucrada es federal y el ordenamiento atribuye competencia a la Justicia federal. Consecuentemente, el magistrado actuante deviene incompetente para intervenir en el presente (Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 7ma. Nom. Rosario, “DÍAZ Y FORTI S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO, CUIJ N° 21-02938805-6)”* (fs. 261 vta.);



Poder Judicial

e) la propuesta ensayada por la concursada y avalada por el juez *a quo* es inviable porque el alcance de la suspensión preventiva, conforme surge del texto de la resolución que dispone su dictado, alcanza a la totalidad de las categorías de inscripción en las cuales se encuentra registrada la sociedad concursada y *“no resultaría correcto interpretar que el Agente se encuentra solamente suspendido para desarrollar las funciones establecidas específicamente para la categoría de ALyC P, sino que la suspensión lo inhabilita a desarrollar cualquier actividad definida dentro de las funciones establecidas en el marco de su inscripción, circunstancia que incluye cualquier actividad prevista para los AN’s”* (fs. 262);

f) no se ha dado cumplimiento con los cinco requisitos propios para la concesión de la medida cautelar que establece la ley 26.854, los que deben darse de manera simultánea y la concursada sólo se ha limitado a invocar una supuesta situación de *“necesidad comercial”* apartándose del principio de continuidad de la empresa.

Afirma que no basta con una supuesta verosimilitud en el derecho invocado -que no es tal- y un hipotético peligro en la demora -que tampoco existe-, y que no se vislumbra cuál sería el supuesto daño de imposible reparación ulterior que podría sufrir la actora.

Precisa que la concursada sólo se limitó a referenciar en abstracto un supuesto temor hacia el futuro respecto de situaciones comerciales que no tienen correlato alguno con su pretendida actuación como operador en el mercado de capitales y que no se explicó, ni se ofreció prueba alguna que acredite el pretendido perjuicio que pudiera provocar en el ejercicio del poder de policía por parte de la Comisión Nacional de Valores.

Dice también que la concursada no sólo no invocó ningún argumento jurídico para cuestionar la medida aplicada por la CNV, sino que se limitó a manifestar una mera disconformidad con argumentos carentes de fundamento que responden a la intención de eludir el poder de fiscalización de la Comisión, de modo que ve escandaloso que *“el magistrado entienda que el requisito de la verosimilitud del derecho 'se encuentra cumplimentado considerando que se está dentro de un concurso'”* (fs. 263 vta./264).

Esgrime que no se ha respetado el criterio restrictivo que rige en la materia, máxime que con la decisión adoptada se está impidiendo a la CNV el ejercicio de la competencia legal a la cual se encuentra obligada y se soslaya el régimen jurídico aplicable, afectándose con la medida solicitada al interés público materializado en el correcto funcionamiento del mercado y la protección al ahorrista, esto “... *toda vez que el levantamiento de la suspensión preventiva y/o la autorización para actuar en el mercado, por fuera de la esfera de control y supervisión rigurosa y específica que ejerce este Organismo, en su carácter de la autoridad de aplicación del régimen de la oferta pública, torna en letra muerta uno de los objetivos principales que consagra la Ley N° 26.831*” (fs. 264 vta./265);

g) la concesión de la medida cautelar en los términos en que fue dictada compromete sensiblemente el accionar de la administración pública, teniendo como consecuencia que un poder del Estado invada la esfera de reserva de otro poder, asumiendo competencias que le han sido atribuidas a la CNV por ley 26.831 (v. fs. 265 vta.).

2.2. La concursada contestó los agravios a fs. 271/283 principiando por sostener que el libelo recursivo de la recurrente sólo contiene críticas sin fundamentos que no alcanzan a reunir la entidad de verdaderos agravios de acuerdo a lo dispuesto por el art. 365 del CPCC..

De todos modos, a tales agravios los replica del siguiente modo:

a) lejos de mediar un apartamiento de la ley especial por parte del magistrado de grado, se advierte que éste al decidir tal y como lo hizo demostró que tuvo en cuenta un ordenamiento jurídico más amplio que la ley de mercado de capitales y que la empresa se encuentra en una situación concursal que no puede ser ignorada; es decir ponderó que por aplicación de la ley concursal así como la de sociedades comerciales debe primar el principio de conservación de la empresa por el impacto positivo que su actividad entraña no sólo para sus titulares, sino también para la sociedad en su conjunto.

Entiende que “... *la norma citada por la CNV, en su primer agravio, implica una suerte de sanción que contradice inclusive los propios fines establecidos en la norma*



Poder Judicial

que regula su actividad, en tanto se pretende un mercado federalmente integrado con mayor cantidad de operadores y un aumento de la inclusión financiera, pero quiere impedir la participación de quien ha utilizado un recurso legal, como lo es el concurso preventivo para sanear una situación de iliquidez lo cual es cuanto menos un despropósito” (fs. 274 vta.).

Señala que el concepto de “*rehabilitación*” se aplica únicamente a los quebrados en virtud de lo dispuesto por el art. 107 y 206 de la LCQ, de modo que la imposibilidad jurídica para operar hasta la rehabilitación no existe en el caso del concursado;

b) la decisión judicial no pone en cuestión la autoridad de la CNV y no puede soslayarse que la misma CNV reconoció que el procedimiento para otorgar la medida cautelar fue reencauzado, con lo cual al fundar el agravio procede a desecharlo en sí mismo;

c) el derecho concursal también es de orden público y el rol de los jueces constitucionalmente reconocido los ubica como la última salvaguarda frente al avance del poder público sobre los ciudadanos y aquí “... *al público inversor se lo protege, mal que le pese a la CNV, permitiendo que, con los controles del caso, la concursada pueda volver a operar para cumplir con su propuesta concursal no impidiendo su funcionamiento para dificultar el camino de su recuperación económica*” (fs. 279);

d) la concursada ha acreditado la totalidad de los requisitos exigidos por el art. 13 de la ley 26.854, mientras que, por el contrario, la recurrente no ha logrado establecer un solo argumento que justifique la negativa a la concesión de la medida cautelar, ni demostrado de qué manera se vulnera el orden o el interés público con la concesión de la medida.

Sostiene luego que las referencias realizadas por la recurrente son vagas e imprecisas respecto de la supuesta afectación de las facultades de la CNV que nadie ha negado en autos (v. fs. 279) y manifiesta que “*la recurrente una vez más confunde exclusión del rol de la CNV, lo cual no ocurre, con el dictado de resoluciones judiciales en*

el ámbito específico de su competencia que no sean de su omnímodo agrado. En el deber que les cabe a los jueces de aplicar la enorme cantidad de leyes que rigen su actuar ha decidido que la medida cautelar dispuesta en autos es el dispositivo legal que mejor conjuga los intereses en disputa, no solo los de la Comisión Nacional de Valores, sino también los de la concursada, sus acreedores y terceros relacionados” (fs. 279 vta.).

Afirma luego que se han cumplimentado la totalidad de los requisitos legales para que prospere la cautelar. Por un lado, porque es evidente la imposibilidad de desarrollar el objeto social de la concursada que comprende la actividad de ALyC le priva los ingresos necesarios para sostener su estructura empresaria, no le permite el desarrollo pleno de su plan de negocios que posibilitaría el cumplimiento de la propuesta concursal formulada por la actora en el marco del concurso preventivo. Por el otro, porque la verosimilitud del derecho está demostrada desde que la concursada tiene derecho y necesidad de continuar con su actividad empresarial máxime cuando la suspensión es de carácter preventivo y provisoria y su imposición proyecta efectos perjudiciales no solo para la concursada sino también para los acreedores concursales, y aquí *“El principio de conservación de la empresa tiene una importancia radical y sirve no solo como un derecho autónomo, reconocido por la ley concursal y La Ley General de Sociedades (art. 100 LGS), sino también como un principio a través del cual se deben interpretar otras normas, máxime teniendo en cuenta la viabilidad de la empresa demostrada en los últimos informes mensuales presentados por la Sindicatura”* (fs. 281 vta.). Y finalmente, en cuanto al reproche relativo a que el magistrado de primera instancia no ha respetado el criterio restrictivo que ha de primar en el análisis de la procedencia de estas medidas, expone que de la resolución recurrida puede observarse que el *a quo* ha realizado una correcta interpretación de las normas en juego, sus intereses y las motivaciones en pugna;

e) no sólo no hay afectación del interés público sino que ni siquiera la recurrente ha indicado una sola forma en la cual esto ocurra, de modo que resulta claro que tal ausencia no se debe a una omisión por parte de la recurrente sino que se encuentra ligado precisamente a la inexistencia de tal afectación.



Poder Judicial

2.3. La sindicatura evacuó la vista que le fuera corrida a fs. 287/288, ratificando su postura en cuanto a que sin perjuicio de lo dispuesto por la ley de Mercado de Capitales, *“el Juez concursal, integrando dicha legislación con la concursal, en un auténtico diálogo de fuentes, puede disponer medidas que tiendan a al continuidad empresarial de la concursada, para en definitiva permitir que esta continúe desarrollando su objeto social, genere recursos y de este modo, pueda remover su estado de cesación de pagos, logrando que sus acreedores acepten la propuesta concordataria que sea formulada y luego, se dé cumplimiento a la misma”* (fs. 287 vta.). Por ello, la circunstancia de que el tribunal disponga que se deje sin efecto la suspensión de la concursada para actuar como ALyC en la forma propuesta no implica que los inversores acudan a ella pues será en todo caso el público quien decida si están o no dadas las garantías y condiciones para volver a confiar.

Postula, en definitiva, que *“la solicitud cautelar de la concursada puede tener acogida por parte del Tribunal, siempre con los controles, seguridades y participación del tercero propuesto por la ALyC quien deberá aceptar dicha función. Está claro que ello se contrapone con lo dispuesto por las disposiciones de la LMC, entre otros, en su artículo 48; pero también es cierto que, el Juez concursal, puede disponer la adopción de medidas que permita a la concursada continuar con sus actividades...”* (fs. 288 vta.).

4. La solución del caso.

Como surge de lo anteriormente expuesto, la concursada planteó la configuración de un supuesto de insuficiencia recursiva debido a que entiende haber detectado ciertas falencias en la expresión de agravios que no permiten tomarla como tal y subsidiariamente contestó los agravios.

Por razones metodológicas corresponde tratar primeramente la cuestión formal para recién después, de ser desechado el planteo, ingresar a tratar los agravios actorales.

4.1. El planteo de insuficiencia recursiva.

La concursada plantea que el memorial recursivo de la Comisión Nacional de Valores tiene ciertas falencias técnicas que no permiten su consideración en función de lo previsto por el art. 365 del CPCC

Al ingresar en el examen formal del memorial recursivo impugnado formalmente en lo que atañe a la supuesta insuficiencia técnica, corresponde señalar liminarmente que, como lo destaca la doctrina especializada, si bien la expresión de agravios no está sujeta a formas sacramentales, se requiere, para dar cumplimiento a la carga procesal emergente de la norma recién citada, la concreción de un análisis crítico de la resolución impugnada por el cual se ataque la línea de razonamiento del *a quo*, poniendo de manifiesto la equivocación en el proceso lógico de su pensamiento a través de concretas quejas sustentadas en razones que demuestren la incorrecta interpretación de los hechos o del derecho en que ha incurrido el juez y que concluyeron en el dictado de una decisión injusta, siendo inadmisibles en tal contexto las meras manifestaciones genéricas que sólo pretenden imponer una revisión indiscriminada de la resolución atacada (v. Jorge Walter Peyrano, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Juris, 1997, t. 2 p. 145 y ss.; y a Adolfo Alvarado Velloso, *Estudio Jurisprudencial. Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, t. III, pp. 1218-1220).

Es que el art. 365 del CPCC impone al apelante la exposición de una crítica concreta y razonada de las cuestiones de hecho y de derecho contenidas en el decisorio impugnado sobre las cuales se está en desacuerdo, de modo que “*no resulta admisible la simple remisión a otros escritos del pleito, pues es requisito esencial de la expresión de agravios el que sea autosuficiente*” (íbid, t. V, pp. 545 y ss.).

Knave y Herrán –aun cuando se refieren al régimen bonaerense que en este punto es totalmente aplicable a nuestro caso– explican: “*La insuficiencia recursiva tiene lugar cuando la expresión de agravios presentada no constituye la crítica concreta y razonada de la sentencia tal como exige el código de rito. Resulta así otra causa de deserción, la primera se da cuando no se presenta la expresión de agravios y la segunda cuando la expresión presentada no es técnicamente correcta.*”

“*Existe la carga procesal en cabeza de quien apela de fundar apropiadamente el recurso de apelación. La omisión de hacerlo engendra la proclamación de deserción por*



Poder Judicial

insuficiencia del recurso. En este sentido se indicó que en virtud de lo establecido por el artículo 265 del Código Procesal (artículo 260 del CPCBA), pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio desatinadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los desaciertos, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión. No basta reiterar escritos anteriores. La memoria de agravios debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma.

“La declaración de insuficiencia debe realizarse, por el Superior, con criterio restrictivo pues elimina una instancia. A pesar de no ser la doble instancia garantía del debido proceso, su eliminación, cuando existe, afecta la defensa en juicio. Debe primar un criterio amplio para admitir el recurso” (CC0000 TL 8445 RSD-16-26 S 4-6-87, “Ens, Erhard c/ Pereyra de Bustos, Benigna s/ Cumplimiento de contrato”, Sumario JUBA B2202064) (Verónica Knavs y Maite Herrán, “Una nueva visión sobre los poderes de la alzada, la congruencia y los argumentos del vencedor”, en http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/i_doctrinaNP.asp , 21/02/06).

En idéntica línea se ha expedido encumbrada doctrina avalada por jurisprudencia conteste de esta Cámara:

a) *“Es sabido que no es admisible en la expresión de agravios la remisión ni expresa, ni implícita a escritos anteriores, y menos aún a postulaciones no efectuadas en el expediente (Alvarado Velloso Adolfo, Estudio jurisprudencial del CPCC de Santa Fe, T. III, págs. 1218/20)” (CCCRosario, Sala 3º, “Devi Construcciones SA - Quiebra s/ Recurso de Revisión promovido por el Ministerio de Salud y Acción Social”, Acuerdo n° 290, del 29/6/07); y*

b) *“... si bien la expresión de agravios no está sujeta a fórmulas sacramentales, ella tampoco importa una simple fórmula. Puesto que el recurso de apelación no constituye un simple medio de someter al proceso al parecer de otro tribunal, para que se considere cumplida la carga procesal respectiva se requiere un análisis crítico de la*

resolución impugnada, que ataque la línea de razonamiento del a quo, poniendo de manifiesto la equivocación en el proceso mental y lógico de su pensamiento, y concretando puntualmente cada una de las quejas y las razones en las que se apoya, demostrando la incorrecta interpretación de hecho y derecho en que la incurrido el juez, indicando con argumentos y pruebas dónde se encuentra el error de juicio del magistrado, expresando clara y correctamente el por qué considera que la sentencia no es justa en una concatenación lógica con la parte del fallo con el cual se disiente. No son admisibles las manifestaciones que sólo pretenden imponer al tribunal de alzada una revisión indiscriminada de la sentencia (con riesgo de suplir, no sólo la actividad crítica del recurrente sino de hallar agravios donde éste no los señala), o cuando se repiten argumentos ya esgrimidos en primera instancia y que fueron rechazados por el juez de la causa o cuando se ataca de modo generalizado el veredicto o el recurrente repite otros escritos del pleito (v. art. 365 del CPCC; Alvarado Velloso, Adolfo, Estudio Jurisprudencial del CPCC, T. III, p.1218 a 1219; Alvarado Velloso, Adolfo, Estudio Jurisprudencial del CPCC, T. V, p.545 a 546; Peyrano, Jorge W., “Análisis doctrinario y jurisprudencial del CPCC”, T. 2, p.145 y las citas de jurisprudencia plurales en sendas obras)...” (CCC Rosario, Sala 1º, “López, Alicia Beatriz c/ Centro Médico IPAM S.A. s/ Daños y perjuicios”, Acuerdo n° 96, del 26/03/09).

Al aplicar estos principios al caso de autos se observa que con lo expuesto por la recurrente se alcanza a entender y encuadrar el sentido de sus agravios, por lo que se entrará a tratarlos a fin de no obturar el acceso a esta instancia por vía de un exceso ritual inadmisibles en función de los parámetros fijados por la Corte nacional desde el *leading case* “Colalillo” (Fallos 238:550).

Este tribunal participa del criterio amplio –sin que éste pueda interpretarse al extremo de eliminar de hecho el principio de suficiencia recursiva plasmado en el art. 365 del CPCC– que aconseja a la Alzada no autolimitarse en sus poderes revisorios con interpretaciones demasiado severas que terminan frustrando el recurso del impugnante, siguiendo la doctrina procesal más caracterizada.



Poder Judicial

En este sentido se han expresado, entre muchos otros, Morello (Augusto Mario Morello, “Acerca del abuso de la declaración de deserción de la apelación”, J.A 1978-III-750/751, y “De nuevo sobre la deserción de la apelación”, J.A 1980- III-503/504); Véscovi (Enrique Véscovi, *Los recursos judiciales y los demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 162 y sgtes), y Podetti, citado por Peyrano: “*La deserción implícita del recurso por no reunir la expresión de agravios los requisitos internos de suficiencia de la fundamentación, debe ser interpretada restrictivamente, es decir, declarar desierto el recurso cuando resulta de toda evidencia que el apelante no ha querido o no ha podido allegar elementos de crítica a la sentencia. Por eso es que, si existe una mínima suficiencia en el memorial, no corresponde declarar la deserción del recurso*” (José Ramiro Podetti, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral -Doctrina, Legislación y Jurisprudencia-*, Tratado de los Recursos, Ediar, Buenos Aires, 1958, N°68, t. V, p. 169, cit. por Jorge Walter Peyrano, “Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios”, LL 1986-E-341).

En definitiva, no se hará lugar al planteo de insuficiencia técnica y se abordarán los agravios en los términos en que fueron expresados.

4.2. Las medidas cautelares en la cuestionada ley 26.854.

La aprobación de la ley 26.854 no fue bien recibida por buena parte de la doctrina especializada, en especial porque -más allá de su posteriormente prudente aplicación en la práctica- su aparición en el mundo jurídico implicó poner una limitación dudosamente constitucional respecto de la función jurisdiccional en su faz de tutela preventiva y limitar fuertemente el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos en los que está involucrado el Estado Nacional. Basta en este sentido recorrer las referencias doctrinarias que nos aporta Marchetti cuando cita la opinión de Cassagne, Ezequiel, “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854”; Gil Domínguez, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte”; Gozáini,

Oswaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; Midón, Marcelo S., “Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos”; Oteiza, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”; Pozo Gowland, Héctor M. y Zubiaurre, Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854”; Rojas, Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado”, todos publicados en Suplemento Especial La Ley, mayo de 2013; Rossi, Felicitas y Pejlatowicz, Pablo, “Medidas cautelares y tutela judicial efectiva. Objeciones constitucionales al régimen de medidas cautelares contra el Estado”, en AA. VV., Tratado de los Derechos Constitucionales, Rivera, Elias, Grosman y Legarre (dir.), T. III, Abeledo Perrot, p. 1373; entre otros (ver a Luciano Marchetti, “La aplicación de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional en el Fuero Contencioso Administrativo Federal, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-marchetti.pdf>).

En tal trabajo destaca el autor que:

a) las acciones declarativas de inconstitucionalidad contra la Ley 26.854 no prosperaron por falta de legitimación, dada la ausencia de un gravamen concreto y directo y la no detección de intereses individuales homogéneos;

b) se rechazaron los planteos relacionados con la necesidad de que las cautelares se adopten inaudita parte ya que el objetivo del informe previo es tomar conocimiento del interés público comprometido, pero también se entendió razonable que no hubiera bilateralización previa en el caso de ciertos derechos estrechamente vinculados con la dignidad humana, y cuando el trámite implicara una infracción a la tutela judicial efectiva, esto más allá de que algunas disidencias marcaron que el informe previo desconoce un principio inherente de la figura cautelar relacionado con que deben ser decretadas “inaudita parte”, sin que se coloque al Estado Nacional en una situación de ventaja frente a los particulares;

c) no se consideró violatorio, por el contrario, el plazo de vigencia cautelar de



Poder Judicial

seis meses ya que la CSJN en casos muy puntuales había fijado un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar para evitar que la resolución anticipatoria fuera mantenida “sine die” y en el caso la limitación temporal puede ser sorteada por virtud de una prórroga siempre que se mantengan las circunstancias valoradas para su otorgamiento y en algunos casos siempre que además se verifique que se haya dado un adecuado impulso procesal durante ese período;

d) en cuanto a la exclusión de la posibilidad de fijar caución juratoria, con limitadas excepciones, esto fue respetado puesto que la caución real era normalmente exigida en casos de contenido patrimonial desde antes de la sanción de la nueva ley, dejándose a salvo en casos institucionales con ausencia de toda referencia patrimonial;

e) en cuanto al efecto de la concesión del recurso de apelación contra una medida cautelar, se ha establecido que en función del juego de los arts. 18 de la ley y el art. 198 del CPCCN la concesión del recurso de apelación debe otorgarse en efecto devolutivo, en caso de admitirse la medida cautelar, y

f) a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, debe agregarse la ineludible consideración del interés público, recaudo incorporado por el art. 13, inc. 1, ap. d, de la Ley 26.853, y por ejemplo, por efecto de este recaudo, en un proceso que tenía por objeto suspender los efectos de la resolución del Ministro de Salud de la Nación por la que se había dispuesto la clausura de una clínica, se ponderó que tal temperamento podría provocar una situación de riesgo para la salud humana, circunstancia que ha sido expresamente indicada por las autoridades sanitaria, y cuya falsedad no resulta posible determinar en este estado procesal (CNCAFed, Sala IV, 13/08/2015, “Santa Salud SA c/ EN – M Salud s/ medida cautelar autónoma”, Expte. N° 19238/2015/CA1). En similar sentido, se rechazaron medidas precautorias vinculadas con las restricciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA) bajo el denominado “cepo cambiario”, con fundamento en que el Tribunal no debe desprenderse del análisis de las repercusiones que puede generar la decisión reclamada sobre el sistema económico del país (CNCAFed, Sala IV, “Domínguez Juan Manuel c/ EN – AFIP – Resol 3210/11 s/

amparo ley 16.986”, Causa 25.724/2012; “Sbriz Eduardo Alberto c/ EN – BCRA – AFIP s/ amparo ley 16.986”, Causa . En cuanto a las medidas positivas, al implidar una alteración del Estado de hecho o de Derecho existente al tiempo de su dictado y, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, involucra una decisión excepcional que justifica mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, temperamento que resulta ratificado por el art. 14 de la Ley 25.854 y aplicado en numerosos precedentes.

4.3. La aplicación de estos principios al caso de autos.

El dictado de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional produjo un estado de alerta generalizado en la doctrina que fue suavizándose a partir de la prudente aplicación jurisprudencial de sus postulados y de la admisión de excepciones a sus principios, que en la mayoría de los casos, si bien fueron acotados, resultaron razonables.

En esa dirección de prudente aplicación se alinea precisamente el auto aquí recurrido, que, para que quede claro desde el inicio, en modo alguno invadió competencias federales porque además de ser claro que las pautas objetivas de la competencia federal (v.gr., cuando está involucrada una competencia federal por las personas) se ven necesariamente trastocadas cuando se está ante la aplicación de otra ley nacional que las adecua, tal como ocurre en los concursos preventivos y las quiebras, lo cierto es que no se está recurriendo el acto administrativo de la suspensión -lo cual sí involucraría la intervención de la justicia federal- sino *“la concesión de una medida cautelar para poder operar en carácter de ALyC con las limitaciones autoimpuestas por la propia concursada y mediando la intervención de un tercero profesional, con amplio recorrido en el mercado y con un sistema de operaciones aprobado por el art. 7 (Convenio con Agente de Liquidación y Compensación) que las normas técnicas 2013 dictadas por la Comisión Nacional de Valores admiten como posible”* (fs. 594).

De otro lado, la medida cautelar recurrida encuentra fundamento suficiente, tal como lo pone en definitiva de manifiesto la Sindicatura, en la evidente urgencia en brindar debida y preventiva tutela tanto a los intereses de la concursada que recurre a un medio de



Poder Judicial

salvataje como -y especialmente- como a los de la masa de acreedores de ésta, que a través de la -vigilada- continuación de la empresa, tiene una mayor expectativa de hacerse de sus acreencias.

Es cierto que inicialmente no se le dio participación a la recurrente a fin de cumplimentar el debido traslado para que se expida acerca del interés público comprometido en el caso (tal como lo dispone el art. 13 de la ley citada), pero también lo es que la omisión de tal recaudo preliminar fue luego subsanada con su ulterior intervención, donde la recurrente expuso las razones que consideró pertinentes -las que además vuelven a ser ponderadas en esta Sede-, de modo que queda superada la objeción frente a la falta de perjuicio concreto. Por lo demás, y como se ha mencionado en el punto anterior, la jurisprudencia ha flexibilizado en ocasiones este recaudo, y el supuesto de autos encaja perfectamente en tal supuesto de excepción a la regla.

De otro lado, es cierto que el interés público podría detectarse con la referencia a lo que dispone el art. 48 de la 26.831 en cuanto prescribe que mientras el concursado lo esté queda suspendido mientras subsista la incompatibilidad (precisamente derivada de encontrarse concursado) y también en la afección a las facultades otorgadas a la CNV para disponer esa suspensión. Pero ese interés genérico debe sopesarse también, por un lado, con el interés -también e indudablemente público- presente precisamente en otras normativas relevantes que son de aplicación en todo el territorio nacional (como lo son la ley de sociedades y la ley de concursos y quiebras), que en definitiva patentizan el interés social y el objetivo primordial de la continuación de la empresa, y por el otro, con claros y también relevantes intereses homogéneos de toda la masa de acreedores -e incluso del concursado- en que la presentación en concurso del deudor le permita recomponer su situación y en definitiva pueda hacer frente a sus compromisos comerciales, superando el estado de cesación de pagos, cosa que no se podría obtener en modo alguno con la suspensión, que operaría entonces como una sanción con resultados irreversibles frente a quien ha recurrido a un procedimiento que precisamente busca resolver una situación coyuntural.

Desde otro ángulo, y sin que esto implique abordar una declaración de

inconstitucionalidad que no fue planteada, la norma, al brindar la misma solución para los concursados que para los quebrados está en definitiva tratando de manera idéntica a situaciones que son claramente diferentes, dándole en definitiva una suerte de partida de defunción anticipada a quien recurre al procedimiento preventivo para sanear sus finanzas que contraría los fines de la normativa concursal, todo en un marco en el cual queda totalmente desprestigiada cuando confunde conceptos que están suficientemente diferenciados. Es que el tramo inicial adolece de un error técnico reprochable desde que declara incompatible la inscripción de los concursados “hasta 5 años después de su rehabilitación” (en idéntica exigencia que la que dispone para los quebrados) cuando como lo indica con acierto la concursada, el concepto de “rehabilitación” se aplica únicamente a los quebrados en virtud de lo dispuesto por el art. 107 y 206 de la LCQ. Y si bien no puede soslayarse que la regla se aplica aquí en su segunda parte, cuando regula el supuesto en que la incompatibilidad es sobreviniente (esto es, cuando se está ante un concursado o un quebrado ya inscripto), la ley manda que la suspensión opere hasta tanto la situación desaparezca, donde ya no sería de aplicación aquí el lapso de cinco años. En el primer supuesto, va de suyo que no puede haber imposibilidad jurídica para operar hasta una inexistente rehabilitación en el caso del concursado y en el segundo no se comprende bien cuál sería la razón para diferenciar la situación de quienes ya estaban inscriptos con quienes no lo estaban, cargando a los segundos con un período de espera que no se encuentra presente para el caso de los primeros.

De otro lado, además de que lucen *prima facie* cumplimentados los requisitos exigidos por el art. 13 de la ley 26.854, resulta claro que el *fumus boni iure* que ostenta la situación de la concursada reclama una especial consideración ya que, como ella misma lo expresa, de no otorgarse ésta es evidente la imposibilidad de desarrollar su objeto social y su plan de negocios para así obtener los ingresos necesarios para sostener su estructura empresaria, revertir su situación de insolvencia y posibilitar el cumplimiento de la propuesta concursal. Además, como lo destaca la Sindicatura, la cautelar, del modo que fue dictada, resulta razonable puesto que se prevé desarrollar con los controles, seguridades y



Poder Judicial

participación del tercero propuesto por la ALyC quien deberá aceptar dicha función.

Ahora bien: el art. 5 de la ley expresa, con carácter general, y en lo aplicable al caso de autos que: *“Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses... Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable”*. No dándose en el caso ninguno de los supuestos de excepción a esta regla, cabe fijar como plazo de vigencia de la cautelar el previsto por la norma, pudiendo el juez a quo proceder a las renovaciones respectivas semestralmente si se entendiera que se dan las condiciones para mantenerla, sin tener en consideración el tope de un semestre más, dadas las especiales características de extensión temporal que caracteriza a los concursos.

En síntesis, entiendo que debe confirmarse el auto recurrido, con la sola modificación en cuanto a la aplicación temporal de la cautelar. Las costas se imponen a la recurrente vencida (art. 251, CPCC).

II. La doctora María de los Milagros Lotti dijo:

1. Adhiero a las consideraciones vertidas por el vocal preopinante en relación al auto impugnado, los agravios y su réplica, y el planteo de insuficiencia recursiva. También coincido con las citas doctrinarias y jurisprudenciales que se mencionan en el punto 4.2 relativo a las medidas cautelares en la ley 26.854, en especial lo referido a la ineludible consideración del interés público, recaudo incorporado por el art. 13 inc. 1, apartado d) de la citada ley; sin embargo, no comparto la solución a la que arriba, por las razones que expondré a continuación.

2. En primer lugar, corresponde decir que no se ignora la existencia del principio concursal referido a la continuación de la empresa, a la necesidad de la concursada de desarrollar normalmente su actividad -sin restricción alguna- con el fin de

evitar la quiebra y salvar puestos de trabajo, como así también la existencia de fallos en los que se han despachado medidas cautelares tendientes a la preservación de la empresa en crisis. Sin embargo, no debemos pasar por alto una cuestión medular, en la que se funda la apelación: Guardati Torti SA promovió la medida cautelar aquí impugnada, la que tuvo como objeto la suspensión de los efectos de un acto administrativo dictado por la Comisión Nacional de Valores en el carácter de autoridad de aplicación y contralor del mercado de capitales, conforme facultades atribuidas por una ley federal, esto es en el marco de la ley 26831. Dicha suspensión fue impuesta a la concursada en su actuación como Agente de Liquidación y Compensación propio (ALYCP) y como consecuencia de la constatación de incumplimientos de los requisitos, condiciones y obligaciones dispuestas por aquel organismo.

3. Conforme se colige de lo expuesto, las medidas que hoy impiden a la concursada desarrollar regularmente su actividad son atribuibles a un organismo federal y dispuestas en el marco de la legislación citada. Entonces, la cautelar ordenada por el juez concursal avasalla lo decidido mediante un acto administrativo, emanado del órgano competente, recurriendo a un procedimiento concebido por la ley concursal con fines claramente diferentes a los aquí pretendidos.

Viene al caso citar un reciente pronunciamiento de la Sala IV, que integró – sin perjuicio de no haberme expedido conforme art. 26 LOPJ- pero cuyos fundamentos se comparten y que en un caso de similares características al que se encuentra bajo estudio sostuvo: *“Es verdadero que el juez del concurso ve incrementadas sus facultades en tales procesos universales, a diferencia de lo que acontece en los juicios individuales, pudiendo entre otras competencias resolver el levantamiento de cautelares despachadas por otros tribunales de conformidad al art. 21, LCQ, empero tal poder cautelar concursal eventualmente puede encontrar vallas derivadas de extraña competencia. Así, por ejemplo se juzgó que 'es competente el fuero Contencioso Administrativo Federal y no el juez del concurso preventivo para entender en la medida cautelar interpuesta por la empresa concursada que tiene la concesión del servicio de transporte ferroviario con el fin de*



Poder Judicial

suspender los efectos del decreto 798/2004 por medio del cual el Poder Ejecutivo nacional rescindió el contrato de concesión, dado que la cautelar peticionada excede ampliamente la órbita del concurso, en tanto se pretende que el magistrado se pronuncie sobre la pretendida ilegitimidad o irrazonabilidad de una decisión administrativa' (conf. CNCom., Sala A, 14-9-2005, 'Transporte Metropolitanos Gral. San Martín s/ Conc. Prev.', LL, 6-12-2005, p. 7). Por su parte, nuestro Máximo Tribunal Nacional también se expidió sobre la cuestión y dijo que 'El carácter universal del juicio de quiebra y la consiguiente atribución de competencia para conocer en todos los reclamos de los acreedores del fallido a un juez único, no comportan mengua ni menoscabo de los poderes y funciones atribuidos a las autoridades administrativas por las leyes que las instituyen y les confieren sus competencias respectivas, en el caso, del poder de policía del comercio de carnes' (CSJ, 24-2-1998, 'Carcarañá S.A.C.I. s/ quiebra S/incidente de apelación', T. 321, Id SAIJ: FA98000020).

“No se me escapa que en el fallo de Corte citado se trató de una quiebra y no un concurso preventivo como en el sub examine, en el cual el argumento principal de la concursada remite a la continuación de la actividad y la necesidad de evitar la liquidación del patrimonio insolvente. Sin embargo tal argumentación no resulta relevante por cuanto si se hiciese primar el principio de conservación de la empresa y la continuación de la actividad en todos los casos, cualquiera fuera la plataforma fáctica comprometida en el juicio, en ningún supuesto podría decretarse la quiebra de la deudora por fracaso del concurso preventivo” (auto nº 123 del 27.05.2022 en “Díaz y Forti SA s. Concurso preventivo”, CUIJ 21-02938805-6/1)

De tal manera que el principio de conservación de la empresa que alega la recurrida, sin dudas de linaje concursal, no tiene la fuerza que ella le asigna en la presente causa judicial.

4. Por otro lado, se trata de una medida que no está dirigida a resguardar un interés individual sino que fue tomada en el marco de un procedimiento llevado a cabo por la CNV, ente descentralizado del Estado nacional y autoridad de aplicación del mercado de

capitales en todo el territorio argentino, en el que también se halla comprometido un interés de orden público.

De lo expuesto se desprende un primer obstáculo al despacho de la cautelar cuestionada: la materia involucrada es federal. Ello así, en cuanto en la resolución impugnada se desconocen las atribuciones conferidas a la CNV por una ley de carácter federal como lo es la 26.831, puesto que la suspensión preventiva impuesta por ese organismo hace al poder administrativo sancionador conferido por la citada norma, específicamente el art. 51. Resulta evidente que la revisión de la suspensión preventiva debió ser planteada en el ámbito de actuación de aquel organismo, en su carácter de autoridad de aplicación del mercado de capitales. Tampoco puede soslayarse que aquella medida tuvo por objeto inmediato la protección del inversor público y se basó en el incumplimiento de la concursada de los requisitos, condiciones y obligaciones dispuestas por el organismo (ver RESCFC-2020- 20639 dictada en el expte. N° 209/2020 “Guardati Torti SA s./suspensión preventiva” a fs.35/37).

5. Finalmente, aun dejando de lado el tema de la competencia, tampoco la petición de la concursada era admisible por falta de varios de los recaudos exigibles para la adopción de una cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto de la CNV: la verosimilitud en el derecho invocado y la verosimilitud de la ilegitimidad (arg. art 13 ap. 1 incisos c) y d) de la ley 26854). No se vislumbra tal verosimilitud en el caso puesto que nos encontramos ante una decisión administrativa, que como tal goza de la presunción de legitimidad de los actos de esa naturaleza y consecuentemente el agravio en tal sentido merece recepción.

El principio de conservación de la empresa, nuevamente traído a colación por la concursada en su contestación de agravios y receptado en el auto impugnado no puede consagrar un *bill* de indemnidad para dejar sin efecto una sanción como la ordenada por la CNV, órgano competente y especializado para entender en el asunto y evaluar la viabilidad del levantamiento de la suspensión. En otras palabras, no caben dudas de que la medida dispuesta afecta la actividad de la concursada y con ello la conservación misma de la



Poder Judicial

empresa, esto es lo verosímil. Ahora bien, la verosimilitud que aquí cabría exigir se vincula con la procedencia o no de la sanción, o si se quiere con la justicia o injusticia de lo resuelto por la autoridad de contralor en ejercicio de sus facultades de fiscalización conforme ley 26.831, cuestión que no puede en modo alguno ser dilucidada por el juez concursal, puesto que como se viene diciendo va más allá de su competencia.

En definitiva, y tal como se desprende de los considerandos que anteceden, los agravios vertidos por el apelante son suficientes para resquebrar los motivos señalados por el Juez *a quo* para resolver conforme lo hizo.

Por las argumentaciones precedentes se concluye que debe ser admitida la apelación y revocarse la resolución N° 213 del 28 de julio de 2021.

III. El doctor Gerardo F. Muñoz dijo: Por los mismos fundamentos que expresó la doctora Lotti, adhiero a sus conclusiones y voto en el mismo sentido.

Por tanto, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario **RESUELVE:** Admitir el recurso de apelación, y en consecuencia, revocar la resolución N° 213 del 28.07.21 dictada por el Sr. Juez *a quo*.

Insértese, agréguese copia y hágase saber (autos: “GUARDATI TORTI SA S/ CONCURSO PREVENTIVO - LEGAJO DE COPIA”, CUIJ 21-02930230-5/1).

OSCAR R. PUCCINELLI
(En disidencia)

MARÍA DE LOS MILAGROS LOTTI

GERARDO F. MUÑOZ

MARÍA LUCIANA CALONGE
(Prosecretaria)



Poder Judicial



GUARDATI TORTI SA S/ CONCURSO PREVENTIVO

21-02930230-5

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 3ra. Nom.

Nº

ROSARIO,

Y VISTOS: los presentes autos caratulados “**GUARDATI TORTI SA S/ CONCURSO PREVENTIVO**” Cuij nº 21-02930230-5, de los que resulta:

1.) En fecha 12 de junio de 2020 mediante cargo 2777 se presenta Guardati Torti SA y solicita la apertura de su concurso preventivo. Diligenciados los oficios respectivos al RPC y a la MEU en fecha 30 de junio de 2020, fojas 53 de autos consta su agregación.

En la misma fecha mediante escrito cargo 3747 el presentante solicita la apertura del concurso, la que se dispone mediante auto nº 698 del 8 de julio de 2020.

2.) Mediante escrito cargo nº 2361/21 la concursada solicita dictado de medida cautelar innovativa, a los fines de levantar la suspensión preventiva dispuesta por la Comisión Nacional de Valores en fecha 19/2/20 en el expediente administrativo 209/20, y las ordenadas por Bolsas y Mercados Argentinos S.A., Mercado Argentino de Valores S.A. Matba Rofex S.A. y Mercado Abierto Electrónico S.A. Expone que pretende se la rehabilite para operar como Agente de Liquidación y Compensación (ALYC) y relata que como consecuencia de las suspensiones se ve privada de operar dentro de uno de los objetos propios de la sociedad. Manifiesta que no teniendo los elementos necesarios para levantar por si misma las suspensiones provisorias decididas, concurre a solicitar que las mismas sean removidas mediante decisión jurisdiccional.

Propone como método de trabajo, a los fines de la autorización

cautelar, operar solamente en operaciones con instrucciones específicas de los comitentes mediante órdenes de bolsa cursadas por medio trazable -renunciado de esa manera a la operación en modalidad discrecional-, e intervenir en la etapa de liquidación y compensación sólo a través de la ALYC integral Rosario Valores S.A., respecto de la cual acompaña convenio suscrito a tal fin, el cual se agrega a autos copia por cargo n° 2862/21. Continúa señalando que bajo la modalidad propuesta será Rosario Valores quien tendrá el control jurídico o custodia de los activos, sin perjuicio que otros activos serán custodiados por Caja de Valores S.A., respecto de operaciones con títulos, obligaciones negociables y acciones. Comenta que de la manera propuesta Guardati Torti sólo operará mediante las instrucciones de sus comitentes como agente de negociación, mientras la etapa de liquidación y compensación será realizada por Rosario Valores S.A., a los fines que los fondos no ingresen al patrimonio de la sociedad concursada, ni tenga la misma control material ni jurídico sobre los mismos.

Argumentan que mediante el levantamiento de las suspensiones provisorias se permitirá a la concursada reanudar su actividad económica en forma plena, logrando de esa forma sostener su actividad, mantener fuentes de trabajo, y avanzar en la reorganización patrimonial, conforme los presentes autos concursales.

Respecto de la procedencia de la medida, destaca que el carácter provisorio y transitorio de las suspensiones establecidas tanto por CNV como por los distintos mercados enumerados anteriormente permite la posibilidad de subsanar la misma. Fundamenta el peligro en la demora en que la persistencia de las suspensiones supone privar a la sociedad de una de sus dos fuentes de actividad e ingresos principales. Quedando latente de esa forma la frustración del concurso preventivo en curso.

Manifiesta que la verosimilitud del derecho se desprende de la imposibilidad de poner en funcionamiento el plan de negocios presentado a la



Poder Judicial

Sindicatura. Respecto de la contra cautela, entiende que sería una exigencia adicional en el presente estado de insolvencia de la sociedad, atento a que lo que la sociedad solicita es volver a operar en su ámbito de negocios, con el control propio del proceso concursal, y la metodología de trabajo con participación de terceros. Acompaña prueba, la cual queda reservada en Secretaría, en formato digital.

3.) Mediante escrito cargo n° 2826/21 contesta vista la Sindicatura, dictaminando en favor de la medida requerida. Estiman que lo que solicita implica no más que habilitar a la concursada a trabajar de acuerdo a su objeto social, en pos del proceso de reorganización patrimonial iniciado. Entienden que de esa manera se promueve el principio de conservación de la empresa, propio del concurso preventivo. Sin perjuicio de ello, advierte que la reinserción en la actividad de Guardati Torti debería darse de forma cautelosa, a los fines de los derechos de los comitentes, y recuerda el carácter provisorio de las suspensiones decididas por la Comisión Nacional de Valores. Coincide con la concursada, en el sentido que la presentación en concurso preventivo representa una situación a ser tenida en cuenta para rever el criterio que llevó a suspender las operaciones de la misma. En este sentido, interpreta que mantener la suspensión supone un obstáculo a la recuperación de la operatoria.

Advierte que es importante que la concursada se auto limite en sus capacidades, de producirse el levantamiento de la medida, actuando de acuerdo al plan de negocios informado, y que la sociedad asimismo debería obtener un levantamiento acorde a las circunstancias, es decir, no absoluto.

4.) Mediante escrito del 23 de Marzo de 2021, cargo n° 2904/21, comparecen los Dres. Mionnet y Pujol, plantean la incompetencia de este tribunal para resolver la medida en cuestión. Argumentan que la misma debería ser solicitada por ante el mismo órgano de contralor que decidió oportunamente las suspensiones, es decir, la Comisión Nacional de Valores. Solicita se cite a la

CNV a los fines que conteste vista sobre lo manifestado. Acompaña documental.

En fecha 29 de marzo de 2021, cargo n° 3241/21, la concursada contesta traslado sobre lo peticionado por los Dres. Mionnet y Pujol, solicitando el rechazo de la incompetencia, con costas.

5.) Mediante auto n° 203 de fecha 31/03/21, se revoca parcialmente el decreto del día 25 del mismo mes, y se corre vista a la Comisión Nacional de Valores, con carácter previo al dictado de resolución.

Por cargo N° 3965/21, los Dres. Mionnet y Pujol acompañan documental a autos, correspondiendo a la IPP llevada a cabo sobre los administradores de la concursada por el presunto delito de Administración Fraudulenta y Confección, Aprobación o Publicación de Balances falsos.

6.) En fecha 16 de junio de 2021, cargo n° 7434/21, contesta la vista oportunamente corrida la Comisión Nacional de Valores, rechazando la cautelar solicitada.

Menciona las diferentes actividades y adhesiones de Guardati Torti SA, refiriendo que la medida de suspensión fue aplicada dentro de un expediente administrativo cumpliendo con el artículo 51 de la ley 26831 y que la suspensión de la concursada tuvo como finalidad principal proteger al público inversor, que la medida fue provisoria y preventiva y sujeta a revisión en la medida que existan hechos sobrevinientes que hagan aconsejable su levantamiento.

Realiza diversas consideraciones sobre las leyes 26854 y la ley 26831, la necesidad de un informe sobre el interés público comprometido, que la suspensión de la medida cautelar dispuesta por la CNV afectaría una ley que fue sancionada conforme los mecanismos constitucionales y que en definitiva la CNV es la autoridad de aplicación de la ley de mercados de capitales, explica las facultades de control y el funcionamiento de la CNV y sostiene que admitir la cautelar le causaría agravio a la propia CNV por desconocer la competencia federal y al público en general. Prosigue señalando que una decisión favorable a



Poder Judicial

la fallida priorizaría a una persona jurídica en particular por sobre el público en general y que la medida obedeció a la verificación de graves irregularidades por parte del ente rector y que la cuestión traída a debate no puede ser resuelta exclusivamente desde la perspectiva del derecho comercial, que la concursada fue suspendida en todas las actividades y que la propuesta de trabajo resulta improcedente reiterando que la cuestión es compleja, que excede el derecho concursal, que debe ser analizada desde varias ópticas y que se encuentra en juego el interés público.

Expone sobre los requisitos de procedencia de las medidas cautelares conforme el artículo 13 de la ley 26854, donde además de la verosimilitud en el derecho debe verificarse la no afectación del interés público, la ilegitimidad de la medida, la no afectación del interés público y la no irreversibilidad de la medida, sostiene que en el caso no se dan tales pautas y solicita se rechace la medida. Funda caso federal y solicita se impongan las costas a la concursada.

Y CONSIDERANDO

1.) Que el concursado solicitó la cautelar innovativa contra la suspensión adoptada por la CNV en el expediente administrativo 209/20 conforme fue reseñado supra. A su turno la Sindicatura opinó favorablemente a lo petitionado y la CNV se opuso conforme las constancias del expediente.

2.) Que cabe recordar lo ya sostenido por este tribunal al dictar la cautelar innovativa solicitada por el concursado para levantar la suspensión dispuesta por la Bolsa de Comercio de Rosario. El concurso es ante todo una instancia de continuidad de la empresa y de la explotación comercial, el concurso “es con continuidad”, por lo que la concursada debe poder seguir llevando adelante la gestión de sus negocios y actividades en forma relativamente normal y con el seguimiento que puedan hacer los órganos

previstos por la ley, sindicatura, veedores, comités especiales, etc.

Nuevamente nos encontramos con un concursado que solicita una medida innovativa para poder seguir operando y desarrollando las tareas propias de su actividad, lo requerido no resulta extraño al concurso, ni implica una novación de las condiciones de resguardo del patrimonio de la concursada que en definitiva es la garantía común de los eventuales acreedores a verificar y es común que los concursados soliciten medidas similares.

3.) Que la oposición de la CNV al pedido de levantamiento de suspensión para operar tiene diferentes aristas y análisis, aunque los argumentos son de tipo general y no podrán ser atendidos.

No se discute en este proceso y en esta instancia que la CNV es la autoridad de aplicación de la ley de mercados de capitales ni tampoco las funciones o facultades que la misma tiene como organismo de control, todo lo cual se encuentra reconocido por el concursado sino respaldado por la legislación de fondo debidamente citada, pero esos argumentos son ajenos a la presente cuestión y no hacen fuerza para decidir sobre la cautelar solicitada.

Tampoco resulta atendible la exposición que hace la CNV sobre el interés público en general y el interés de una persona jurídica, reclamando para sí la protección del interés general en desmedro del supuesto interés particular de una persona jurídica. Es que en su larga exposición la CNV refiere en muchas ocasiones al "interés público" sin embargo no explica ni expone cual sería el supuesto perjuicio al "interés público" que se originaría al autorizar a Guardati Torti SA a volver a operar. En el mismo sentido no es cierto que la petición de la concursada sea solamente en función de un interés privado de una persona jurídica, por el contrario tratándose de un concurso de acreedores la suerte de Guardati Torti SA es la suerte de los empleados de la concursada y de un número significativo de acreedores.

Prosiguiendo, en varios párrafos, en especial página 11 del escrito de



Poder Judicial

presentación, la CNV señaló que una cautelar favorable al concursado agravaría a la entidad y al público inversor que quedaría desprotegido frente a conductas que se pretenden evitar, sin aclarar cuáles son las conductas que se pretenden evitar y cuál sería la supuesta falta de protección. Se trata nuevamente de una invocación general, genérica y sin especificidad.

4.) Que la CNV señaló en su presentación que la decisión de levantar la medida cautelar no puede ser resuelta por la aplicación del derecho concursal sin señalar cuál debería ser el supuesto derecho que pretende aplicar.

Es que estando la concursada en un proceso de “concurso preventivo” la ley aplicable no es otra más que la ley concursal aunque no hay impedimento alguno en realizar un diálogo de fuentes de forma tal que las finalidades de la CNV sean conciliables con las finalidades del concurso preventivo y los principios superiores que lo inspiran, entre ellos el de conservación de la empresa, la protección del crédito y del comercio, en general¹.

Cabe recordar que el diálogo de fuentes -expresamente incorporado al CCYCN- hace referencia a una función *interpretativa*, se trata de la tarea de aplicar e interpretar las normas emanadas de la ley y su armonización con el resto de las fuentes y del ordenamiento², por eso sin perjuicio de la función de la CNV y sin desconocer la misma no puede ignorarse que desde la exposición de motivos de la ley 19551, año 1972, se fijaba que la finalidad principal del concurso preventivo era la conservación de la empresa y desde aquella vieja legislación en adelante se han procurado tales fines³.

Siendo entonces que el concurso, ley aplicable al caso, tiene por

1 Aicega, María Valentina. “¿El concurso preventivo como medio para la reestructuración empresarial o imprescindible intervención estatal?” La Ley 29/06/2020,2; Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial. Sala A. “Castimar S.A.C.I.F. y S.S.s/conc. Prev”. 27/04/2010.

2 Negri, Nicolás J. “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”. RCCyC 2016 (diciembre),59

3 Rivera, Julio C. *Instituciones de derecho concursal*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2ª ed. actualizada. T. I, P. 107.

finalidad la conservación de la empresa, pareciera que la CNV omite los esfuerzos que el propio PEN ha venido realizando a lo largo del año 2020 y lo que va del 2021 a los fines de garantizar la continuidad de toda explotación comercial. Se destacan los diversos proyectos de modificación de la ley de concursos y quiebras, con especial referencia al APE⁴ y a otros instrumentos jurídicos y los diversos sistemas de ayuda económica a las empresas para el sostenimiento del personal, programa REPRO, IFE, diferimiento de impuestos y similares.

5.) Que sin perjuicio de lo supra señalado sobre el diálogo de fuentes y la necesidad de resolver la presente cuestión con preeminencia del derecho concursal, por razones de orden y método conviene detenernos en la supuesta falta de requisitos de procedencia para la medida cautelar solicitada por la concursada y que vincula a los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares.

En numerosos fallos hemos sostenido que las medidas innovativas son cautelares y por ello no escapan al régimen general de las mismas, tal como sostuvo nuestra CSJN al señalar que *“...las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”*⁵. En consonancia la Corte local sostuvo que *“las medidas cautelares no requieren la comprobación de los extremos requeridos para la procedencia de la demanda, sino que se conforman con un juicio más rápido y superficial”*⁶

4 Ver proyectos de diputados 1925-D-2020, 1896-D-2020, 1855-D-2020 y similares en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. En el caso de senadores hay proyectos similares <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada>; Proyecto D185. <https://www.hcdn.gob.ar>

5 CSJN. “Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ Medida de no innovar”. Fallos 306:2060

6 CSJPSF. “Paniagua”. AyS T. 92. P. 178



Poder Judicial

Por ello, para el despacho de la medida cautelar innovativa se requiere la acreditación de ciertos requisitos tales como la verosimilitud del derecho del peticionante, lo que requiere que sumariamente el solicitante acredite "prima facie" el derecho invocado, apariencia que debe resultar no sólo de sus manifestaciones, sino también mediante el acompañamiento de elementos de juicio que indiquen al Tribunal someramente dicha verosimilitud, requisito este que se encuentra cumplimentado considerando que se está dentro de un concurso y conforme lo que expuse en los párrafos precedentes.

A ello agregaré que la suspensión dispuesta por la CNV lo fue en carácter de "provisoria y preventiva" -tal como reconoce la propia CNV- destinada a proteger el interés público de los inversores. Siendo que la suspensión es provisoria no hay razón alguna para oponerse al levantamiento de la suspensión ordenado judicialmente y bajo la mirada de la Sindicatura y del resto de los acreedores, con un mecanismo particular y destinado a asegurar la continuidad del concursado a los fines de garantizar el cobro de los acreedores y el destino de los puestos de trabajo.

El peligro en la demora emana evidente en la medida de la imposibilidad de operar lo que impide el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial y causa perjuicios irreparables no solo a la concursada sino a los eventuales acreedores, si la concursada no sigue operando la posibilidad de cobro de los acreedores disminuye.

A su vez, no hay constancias en el expediente, ni surge de la presentación de la CNV, que el levantamiento de la suspensión pudiera afectar el interés público. La situación de concurso preventivo de Guardati Torti SA es conocida, fue publicada en diferentes medios, el expediente es de acceso público y todo aquel que pretenda operar estaría en conocimiento de la situación. Por lo demás no está explicado cómo un operador comercial concursado afectaría el interés público que se pretende proteger, lo que fue

señalado y sostenido en los considerando precedentes.

Tampoco hay una irreversibilidad de los efectos del levantamiento de la suspensión, en la medida que la autorización para operar puede ser dejada sin efecto a pedido de terceros, de la CNV, de la Sindicatura y/o de cualquier interesado en la medida que pudiera justificar la razón de la petición.

Finalmente, respecto de la contra cautela, la presente medida no implica que Guardati Torti SA no deba cumplir con el resto de los requisitos necesarios para operar en el mercado y no afecta las garantías que la misma deba presentar ante la CNV para operar tal como cualquier otro operador de dichos mercados.

Entiendo en consecuencia que en autos se encuentran cumplidos los recaudos necesarios para despachar ambas cautelares innovativas solicitadas por el accionante, por lo que haré lugar a la misma.

6.) Que la concursada solicita el levantamiento de la cautelar y propone una operatoria con un tercero, la cual se fundamenta en un acuerdo entablado con Rosario Valores S.A. De las constancias acompañadas en el escrito cargo n° 2862/21 parecería que dicho convenio se encuentra vencido en su plazo de vigencia -cláusula 2.6 del convenio-. Por su parte Rosario Valores SA al momento de su contestación de traslado de 6835/21 condiciona la efectivización de la relación comercial sugerida por Guarda Torti SA a *"...las condiciones que se acuerden en el caso de verificarse un pedido concreto del Agente hacia ROSVAL..."*.

En este sentido el dictado de la presente cautelar implica que la concursada deberá, de forma previa a comenzar cualquier tipo de operatoria, someter al control de este Juzgado, la Sindicatura y el especialista a ser nombrado veedor, el acuerdo al que se arribe a los efectos de la medida peticionada, para su aprobación.

7.) Que a los fines de asegurar el resultado de la operatoria propuesta



Poder Judicial

por el concursado se encomienda especialmente a la Sindicatura la verificación del cumplimiento del proceso de trabajo de Guardati Torti SA a partir de la presente autorización. A los mismos fines se dispone el sorteo de un Licenciado en Economía de lista de peritos de la Corte a los fines que cumpla funciones de veedor y cuya designación será previa a la remisión del oficio respectivo. El veedor podrá actuar en concomitancia con la sindicatura y deberá informar en forma quincenal la evolución financiera y económica producto de la actividad que desarrolle la concursada como operadora del mercado, con indicación de todas las pautas e indicadores necesarias a los fines de control, dichos informes serán de acceso público en el expediente judicial y deberán ser publicados por la sindicatura en la página web que se dispuso para la verificación no presencial.

La designación del veedor, en los términos del artículo 17 de la LCQ, no implica ni importa la intervención societaria, ni la alteración de la administración, ni su desplazamiento sino solamente está fijada a los fines de brindar información financiera al juzgado y a los terceros⁷. El veedor NO percibirá sus honorarios con la sindicatura y se fija su retribución en la cantidad de 10 ius mensuales por cada mes que dure en sus funciones, los que serán considerados gastos del concurso al igual que el resto de las erogaciones y cargas propias que debe afrontar un concurso. La designación del veedor se hace provisoriamente hasta el 31 de diciembre de 2021, fecha en que cesará en sus funciones de no ser ampliada la función del mismo.

8.) Que en el oficio respectivo deberá hacer saber a la CNV que la presente resolución no implica una alteración ni variación del resto de los mecanismos de garantía que pudiera tener dicha entidad para operar en el mercado, tales como garantes, fiadores, bienes libres a embargo, cauciones y otros eventuales métodos para garantizar total o parcialmente una, alguna o

⁷ Molinari, Cecilia I. "El juzgador y la cautela judicial". SJA. 19/08/2015,18

todas las operaciones celebradas ante dicha entidad.

9.) Que las costas de la incidencia se imponen en el orden causado.

Por lo expuesto,

RESUELVO: 1.) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y dejar sin efecto la decisión adoptada por la Comisión Nacional de Valores en fecha 19/2/20 en el expediente administrativo 209/20; 2.) Disponer el sorteo y la designación de un veedor, debiendo el mismo y la concursada informar periódicamente al juzgado todo en los términos de la presente resolución; 3.) Hacer saber a la concursada que con carácter previo a cualquier operatoria, deberá acompañar los términos del acuerdo al que se arribe a los fines del control de las condiciones del mismo por parte del Juzgado, la Sindicatura y el Veedor que sea designado en autos. 4.) Hacer saber a la CNV lo dispuesto; 5.) Costas por su orden.

Insértese y hágase saber.-

.....
DRA. GABRIELA B. COSSOVICH
Secretario

.....
DR. EZEQUIEL M. ZABALE
Juez