



Ministerio Público de la Nación

Juz. 31 – Sec.61 – Sala E - Nro. 17126/2016

"OPS S.A.C.I. s/concurso preventivo" (FG 133385)

Excma. Cámara:

Vienen las presentes actuaciones a fin de que me expida en torno a los recursos de apelación deducidos por la concursada: a) contra la resolución del 31 de octubre de 2017 que rechazó su planteo de exclusión de voto por **hostilidad** respecto de los acreedores Finning Argentina SA y Finning Chile S.A., desestimando también el pedido de **suspensión** del proceso (fs.25613/25617); b) contra el decisorio del 2 de noviembre de 2017 que desestimó un pedido de **prórroga** del período de exclusividad (fs.25655) y la decisión del 3 de noviembre de 2017 que denegó un **nuevo pedido de prórroga** de dicho plazo (fs.25670/25671).

En forma preliminar debo destacar que la concursada solicitó se tuvieran a la vista para resolver los recursos de apelación deducidos los incidentes nros.90, 85 y 92 (fs.25716).

Requeridos los mismos por esta Fiscalía, cabe señalar que los autos "OPS S.A. s/concurso preventivo s/incidente de medida cautelar" (Expte. Nro. 17126/2016/90) fueron remitidos el 7 de febrero de 2018, mientras que los autos "OPS S.A. s/concurso preventivo s/incidente de administración" (Expte. Nro. 17126/2016/92) lo fueron el día 5 de marzo de 2018, encontrándose el incidente transitorio nro. 85 incorporado a los autos principales, según informó la jueza de grado en el oficio respondido el 7 de

febrero de 2018 a esta dependencia en los autos "OPS S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de ineficacia promovido por la concursada" (expte.nro. 17126/2016/88).

Asimismo, advierto que para la emisión de este dictamen también se compulsaron los autos "OPS S.A. s/concurso preventivo s/incidente transitorio" (Expte. Nro. 17126/2016/94), los cuales fueron requeridos a la instancia de grado y devueltos el 14 de febrero de 2018, en virtud de la perentoriedad de los plazos en el trámite del art. 48 LCQ allí dispuesto en la resolución del 14 de noviembre de 2017.

Pasaré entonces a tratar los antecedentes pertinentes referidos por las resoluciones recurridas.

1.a) Resolución del 31 de octubre de 2017 (fs.25613/25617)

El decisorio atacado consideró que las razones esgrimidas por la deudora para invocar la hostilidad de los acreedores en cuestión -vinculadas a las medidas de secuestro de determinados bienes y documentación que se dictaron en una denuncia penal formulada por aquellos ante el fuero criminal y correccional- no podían configurar la "hostilidad" invocada, ya que quedaría en el *"plano meramente conjetural"* si la denuncia *"fue realizada con el fin de proteger el patrimonio concursal y aventar cualquier potencial existencia de delitos o bien fue efectuada sólo con la finalidad de perjudicar al concursado por la mera desavenencia con éste"*.

Señaló además que la concursada no agregó la más mínima prueba -siquiera indiciaria- de la aludida hostilidad, por cuanto su manifestación



25/06

Ministerio Público de la Nación

en torno a que tales acreedores no apoyarían “ninguna propuesta que se exteriorice” constituyó “una mera apreciación ciertamente valorativa” cuya “potencialidad en la afirmación ... le resta seriedad al planteo”.

Concluyó que “los hechos referidos por la concursada a fin de sustentar la calificación de “hostilidad” de sus acreedoras Finning Argentina SA y Finning Chile SA, sólo puede extraerse cierta conflictividad o natural tensión en la relación acreedor-deudor y como tal resulta insuficiente para fundar el pedido de de exclusión del cómputo de las mayorías”.

1.b) Resoluciones del 2 y 3 de noviembre de 2017 que denegaron la prórroga (fs.25655 y fs.25670/25671).

La jueza de grado en el decisorio del 2 de noviembre de 2017 rechazó la petición formulada por la deudora de fs. 25654, sustentándolo en que el período de exclusividad se había fijado en el máximo legal en el auto de apertura concursal del **1 de septiembre de 2016**, lo cual fue destacado oportuna y expresamente, habiéndose señalado allí que por tal razón, no se admitirían eventuales pedidos de prórroga (fs.25655).

Asimismo y por resolución del 3 de noviembre de 2017, se desestimó el nuevo pedido de prórroga formulado esta vez en ocasión de la audiencia informativa del 2 de noviembre de 2017-al cual no se opuso Finning Argentina SA si fuese por el término de un mes-, agregando a lo expuesto en el decisorio anterior el hecho de que la deudora no contaba con ninguna conformidad, no había realizado gestión alguna con ningún acreedor a lo largo del período de exclusividad, no había mantenido conversaciones con Finning

Argentina SA a tales fines, no había cumplido con los trámites administrativos que le fueran requeridos por la AFIP para obtener su conformidad como tampoco había efectuado los actos relativos a la modificación del objeto social los cuales resultaban necesarios para encauzar la nueva actividad comercial a la que quería dedicarse la concursada denominada "Ops Rental".

2. La deudora expresó agravios respecto de los tres decisorios en un único escrito (fs.25712/25722). Los mismos suscintamente consistieron en:

a) **Planteo de exclusión:** En relación a dicho planteo insistió en su postura, señalando que no fue debidamente ponderada *"la dimensión de la presión que se desató sobre OPS sus directivos y accionistas, desde la causa penal impulsada por Finning en su rol de querellante"*.

En ese sentido reseñó que las medidas dictadas el 1 de **septiembre de 2017** en la causa penal nro.CCC 63684/2016 en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción nro.42, vinculadas al allanamiento de sus oficinas, lugares de trabajo en CABA, Neuquén y Río Negro y bases operativas, como también el secuestro de documentación, 50 maquinarias y 17 minibuses, le habrían causado un daño a la empresa, como también incertidumbre en los acreedores para conformar la propuesta de acuerdo.

Indicó que tales circunstancias habrían impedido un *"equilibrio comercial"* durante el período de exclusividad viéndose afectado por la resolución del 23 de agosto de 2017 que dispuso su intervención judicial (la cual fue luego modificada por la Alzada que la redujo a una veeduría).



Ministerio Público de la Nación

Agregó además que los exinterventores le pidieron la quiebra durante ese período, como también que la jueza *"seguía reteniendo dinero de OPS en las cuentas judiciales"*.

Esbozó también que Finning Argentina *"tiene su propio negocio de Rental ... "* con lo cual a través de la denuncia habría querido evitar que la concursada fuera una competidora en el rubro.

b) Pedidos de prórroga del período de exclusividad:

Argumentó que los decisorios recurridos incurrieron en *"exceso ritual manifiesto"*, pues no ponderaron *"lo actuado en el expediente e incidentes [nro.85, 90 y 92] que explican todo lo que justifica el pedido de exclusión de voto de Finning Argentina y Finning Chile ..."*.

3. La sindicatura contestó el traslado a fs.25741/25742 y Mercedes Benz Compañía Financiera Argentina SA –como integrante del Comité de Control- lo respondió a fs. 25726/25731, propiciando la admisión de la suspensión de plazos.

4. Los acreedores Finning Argentina SA y Finning Chile SA respecto del planteo de exclusión solicitaron la confirmación del decisorio a fs. 25733/25739, señalando que la deudora sólo había reiterado argumentos, no demostrando que su conducta hubiese sido abusiva ni que su objetivo fuese que no se aprobara la propuesta, la cual además fue formulada mucho tiempo antes de la orden judicial dictada en sede penal.

Destacaron también que la imagen “negativa” de OPS que ésta atribuye a tales medidas, tiene causa en realidad en *“el tendal de deudas y los incumplimientos en que incurrió OPS en la zona”*.

Resaltaron que la causa penal *“fue promovida contra ciertos directivos de OPS y fue presentada a fin de proteger el patrimonio concursal y aventar cualquier posible existencia de delitos”* y que tuvo como base los *“informes de gestión”* presentados por la sindicatura en estos autos, los cuales habrían sido corroborados por los informes de los interventores judiciales.

Indicaron que de los datos allí consignados surgía el traslado de maquinaria y otros activos sin informar su ubicación al Juzgado - lo que motivó la medida de intervención judicial luego del informe del mes de julio/2017-, como también un desvío de fondos de la deudora hacia las sociedades relacionadas en casi \$ 90.000.000,00 durante el período agosto/2016 a julio/2017, sin fundamento suficiente, siendo necesario investigar si de tal modo los administradores se habían apropiado de tales fondos en su provecho, ya que de otra forma no podrían haberlos recibido en razón del concursamiento de OPS SACI.

Tales circunstancias –explicaron- fueron las que causaron la presentación de la denuncia penal. Destacaron que las medidas adoptadas en sede penal en la mayoría de los casos arrojaron resultado negativo, como también que no existe conexión causal entre la denuncia penal y la frustración de la aprobación de la propuesta.

Finalmente y en cuanto al *“supuesto motivo por el cual FASA y Finning Chile SA”* pretenderían *“frustrar la continuidad de OPS”* alegando un



Ministerio Público de la Nación

supuesto caso de competencia, expresaron que ello resultaba falaz, pues Finning Chile SA "no presta servicios de alquiler de equipos en el país". Respecto de FASA indicaron que "el segmento de su actividad dedicado al negocio de alquiler de equipos es menor pues su actividad está principalmente orientada a la venta de equipos y a brindar el servicio de mantenimiento de ellos", destacando que "el mercado de alquiler de maquinaria industrial contiene numerosos participantes, entre ellos, los principales Sullair, Milicic, Grúas San Blas, teniendo FASA una participación muy baja en el mercado, menor al 20%, por lo cual, el ingreso de OPS a ese mercado no lo afectaría en lo absoluto" (fs.25738 vta.).

Asimismo Finning Argentina SA –como integrante del comité– negó la existencia de un "exceso ritual" en la denegatoria de los pedidos de prórroga, aclarando que la postura asumida en la audiencia informativa para que se admitiera la suspensión de su celebración y se pasara a un cuarto intermedio tuvo por fin únicamente darle a OPS la posibilidad de mejorar su propuesta y presentar un plan de negocios cierto y real.

5. Antecedentes del trámite concursal.

A los fines del análisis del recurso deducido resulta necesario formular una breve reseña de los antecedentes relevantes del caso.

La recurrente se presentó en concurso preventivo el 11/08/2016 (fs.1/40).

De su presentación concursal se desprende que se constituyó como "empresa familiar" el 10 de octubre de 2001, inscribiéndose inicialmente en el Registro respectivo de la Provincia de Neuquén, señalando que el 2 de febrero

de 2012 *"por cuestiones operativas, se decidió el cambio de domicilio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*.

Expresó que *"desde sus comienzos ... se focalizó en las industrias del petróleo, gas, minería y obras de infraestructura, como compañía prestadora de servicios en la industria del oil y gas llegándose ..."*.

Manifestó que el proyecto de explotación no convencional NOC-Vaca Muerta representó *"el mayor desafío de su historia, no por la magnitud económica, que en la actualidad no la representa, sino por su potencial y la alta apuesta de YPF a la que hemos decidido sumarnos. Fue así que en el año 2014 asumimos el gran desafío de ser protagonistas en el desarrollo de la explotación no convencional (NOC) en el yacimiento de Vaca Muerta en Añelo Provincia de Neuquén ..."*.

Denunció contar a ese momento con una *"dotación de 1070 personas calificadas y una flota propia significativa ..."*, *"... con oficinas comerciales y administrativas en la ciudad de Buenos Aires y en la ciudad de Neuquén"* y *"tres bases operativas ... por sus distintas obras en la localidad de "Rincón de los Sauces" y en la localidad de "Añelo" en la pcia.de Neuquén y en Mendoza, en el departamento de Malargüe, localidad de "Bardas Blancas" (fs.8 vta.)*.

Indicó que el órgano de administración se conformaba del siguiente modo: Presidente: Mario Víctor Cifuentes, Director suplente: Gustavo Adolfo Cifuentes y el órgano de fiscalización integrado por María Eugenia Romano y Héctor Augusto Francisco Barona González.



Ministerio Público de la Nación

Asimismo señaló que el capital social era de \$ 1.000.000,00, siendo sus socios: Mario Víctor Cifuentes (950.000 acciones de valor nominal \$ 1 cada una) y Gustavo Adolfo Cifuentes (50.000 acciones de valor nominal \$ 1 cada una).

Señaló como fecha de cesación de pagos el 9 de agosto de 2016 (dos días antes de la presentación en concurso).

Informó en el estado detallado y valorado del activo y pasivo al 31.07.2016 que su activo ascendía a la suma de \$ 1.076.104.792,00 (fs.274) y el pasivo a la de \$ 1.393.413.374,00 (fs.276), denunciando la existencia de 439 acreedores (fs. 367/373).

Brindó el detalle de los trabajadores en actividad (fs.241/263), una deuda salarial al 31.07.2016 por la suma de \$ 4.364.435 y con los organismos de la seguridad social por la suma de \$ 357.261.147,80 (fs.266).

Destaco que entre los empleados denunciados se encuentran el Sr. Mario V.Cifuentes con una remuneración mensual de \$ 471.487,50 (fs.241), Gustavo Cifuentes con un sueldo de \$ 94.297,50 (fs.241), la Sra.Mirtha D. Sali (cónyuge de Mario V.Cifuentes) con una retribución de \$ 396.049,50 (fs.243) y Pablo a.Cifuentes (hijo de Mario Cifuentes y Mirtha D. Sali) con un sueldo de \$ 47.148,78 (fs.247).

Se decretó la apertura de su concurso el 1 de septiembre de 2016 fijándose el vencimiento del período de exclusividad para el día 3 de noviembre de 2017 con la mención expresa que se establecía en el plazo máximo legal y que no se admitirían eventuales pedidos de prórroga (fs. 17141).

Se designaron los integrantes del comité de control y se indicaron los actos a cumplir a los efectos de que un representante de los trabajadores se sumara al mismo.

El informe individual del artículo 35 LCQ luce a fs.20917/22115 y la resolución del art. 36 LCQ se dictó el **8 de marzo de 2017** (fs. 22507/22781).

El **22 de marzo de 2017** la concursada formuló la siguiente propuesta de categorización: 1) acreedores quirografarios (reservándose el derecho de efectuar propuestas alternativas y diferenciadas), 2) acreedores con privilegio general no fiscales, 3) AFIP (en forma autónoma, conforme lo indicado en la resolución de apertura y régimen facilidades de pago ley 27260, art. 6 RG AFIP 3920/16y/o RG AFIP 3587/14); 4) Otros acreedores fiscales quirografarios y/o privilegiados con régimen propio de plan de pagos para deudores concursados (fs. 23049/23051).

El informe general art. 39 LCQ obra a fs. 23425/23524, del cual se desprende que el **activo** ascendería a **\$ 895.197.682,00** y el **pasivo** concursal a **\$ 861.570.519,00**, discriminados del siguiente modo: quirografarios por la suma de **\$ 236.597.247,00**, quirografarios en moneda extranjera por la suma de **\$ 188.309.700,00**, con privilegio especial por la suma de **\$ 21.039.269,00** y con privilegio general por la de **\$ 415.624.303,00** (fs. 23517 vta.).

La sindicatura señaló la existencia de numerosos actos pasibles de ser revocados (fs.23523 vta./23524).

El informe general del art. 39 LCQ fue observado por Finning Argentina SA (fs. 23646/23650), por el Dr. Jorge Andrés Aguirre Saravia en



Ministerio Público de la Nación

representación pretensa acreedor Aguirre Saravia & Gebhardt-Abogados SRL (fs. 23685/23714) y por la concursada (fs.23736/23745).

El 4 de mayo de 2017 se dictó la resolución del art. 42 LCQ admitiendo la propuesta de la concursada fijando las siguientes categorías: 1) acreedores quirografarios, 2) acreedores con privilegio general no fiscales, 3) AFIP, 4) Otros acreedores fiscales quirografarios y/o privilegiados con régimen propio de plan de pagos para deudores concursados (fs. 23674/23675).

En la misma resolución se designaron los integrantes del Comité de control de acreedores: Finning Argentina SA, Dirección Provincial de Rentas de la pcia.de Neuquén y AFIP. Asimismo se requirió a la sindicatura para que arbitre los medios para la elección democrática de dos representantes de los trabajadores para integrarse al mismo.

El 12 de septiembre de 2017 la concursada planteó la exclusión de voto de dos acreedores Finning Argentina SA y Finning Chile SA, invocando la existencia de **hostilidad** por los argumentos expresados a fs. 25477/25484 (similares a los expresados en el memorial).

El 3 de octubre de 2017 la deudora hizo pública su propuesta de acuerdo consistente en el pago del 40% a todos los acreedores quirografarios en diez cuotas anuales y consecutivas, venciendo la primera a los tres años a partir de la fecha en que quede firme el auto homologatorio, de acuerdo al siguiente cronograma: cuotas 1 y 2: 5% cada una, cuota 3: 6%, cuota 4: 8%, cuotas 5 y 6: 10% cada una, cuotas 7 y 8: 12% cada una y cuotas 9 y 10: 16% cada una, pagándose un interés del 6 % anual, a abonarse simultáneamente con

cada cuota del capital y sobre dicho importe. En cuanto a las deudas extranjeras – las cuales fueron convertidas a la fecha de presentación del informe art. 35 LCQ-, señaló que debían quedar reexpresadas en tales importes. En relación a AFIP expresó que le pagaría en los términos de la RG AFIP 3587/2014 (fs.25542/25545).

El 23 de octubre de 2017 presentó una mejora a la propuesta ofreciendo pagar el 100% a todos los acreedores quirografarios en ocho cuotas anuales y consecutivas, venciendo la primera a los tres años a partir de la fecha en que quedé firme el auto homologatorio, de acuerdo al siguiente cronograma: cuotas 1 y 2: 5% cada una, cuotas 3 y 4: 10% cada una, cuotas 5 y 6: 15% cada una, cuotas 7 y 8: 20% cada una, pagándose un interés del 6 % anual, a abonarse simultáneamente con cada cuota del capital y sobre dicho importe. Aclaró que si por efecto de las demandas que iniciaría, se logaran ingresos extraordinarios, aplicaría el 30% de los mismos a reducir el número de cuotas. En cuanto a las deudas extranjeras y la cancelación del crédito de AFIP reiteró lo expresado en la propuesta original (fs.25564/25567).

Aportó información complementaria en torno a la misma en su presentación de fs. 25578/25582.

A fs. 25586/25599 obra el resultado de la consulta informática realizada por el Juzgado al Registro de la Propiedad Automotor dando cuenta de los dominios a nombre de la concursada.

El 2 de noviembre de 2017 se celebró la audiencia informativa (fs.25665/25669).



Ministerio Público de la Nación

El 9 de noviembre de 2017 operó el vencimiento del período de exclusividad, no habiendo presentado la concursada **ninguna conformidad** con la propuesta.

6. Exclusión de voto y abuso del derecho.

El art. 45 LCQ determina la exclusión del voto de quienes se puede presumir que obrarán en interés del deudor por razones de parentesco o vínculo societario o porque por esas mismas razones su falta de conformidad implique una alteración de la paz familiar.

Gran parte de la doctrina insiste en que se trata de una enumeración taxativa. Ese temperamento encuentra sustento en la regla que indica que las inhabilitaciones al ejercicio de un derecho son de interpretación restrictiva.

Sin embargo, este juicio inicial pierde consistencia cuando se advierte que el mencionado artículo 45 no es el único precepto jurídico que puede afectar la virtualidad de un voto para conformar las mayorías legales. Ello es así porque el régimen concursal es un complejo normativo que se ordena en función del interés general involucrado ante el fenómeno de la insolvencia. Esta concepción nos permite considerar otras situaciones no previstas en el art. 45 en orden a evitar una consecuencia contradictoria con los fines de la ley.

Por otro lado, no podemos olvidarnos del nuevo paradigma de interpretación de las normas que el art. 2 C.C.C. impone al juzgador a quien se le exige que en base a un diálogo de fuentes considere además de la literalidad a los tratados de derechos humanos, a los principios y valores jurídicos asociados a

ellos con la integralidad del derecho. Así, el concepto de abuso del derecho se suma a la pauta del art. 45 LCQ a los fines de considerar la exclusión o no del voto de un determinado acreedor, en la medida que su conducta se evalúe como abusiva en cuanto a su derecho de no prestar conformidad a la propuesta.

Ha explicado Josserrand –primer autor que sistematizó la teoría de abuso del derecho-, que la misma nació como una reacción contra el liberalismo individualista. Refiere a que cuando el legislador nos confiere una prerrogativa, no es para que hagamos de ella cualquier uso, ya que aquél ha tenido en vista un objetivo determinado. Toda institución –sigue diciendo- tiene un destino, que constituye su razón de ser y contra la cual no es ilícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente (conf. Josserrand, Louis “De l’esprit des droits et de leur relativité. (Théorie dite de l’abus des droits)”, 2º ed., París, 1993, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Código Civil y Leyes Complementarias”, dirigido por Belluscio, Augusto C, tomo 5 pág. 53).

En cuanto al criterio para definir cuándo es abusivo un derecho, la ley establece una doble directiva. Una primera es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce. Esta es la opinión de Porcherot y Josserrand: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento (v. Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Tomo II, pág. 165 y sgtes.).



Ministerio Público de la Nación

La segunda directiva, es más amplia y traslada a esta situación -el ejercicio de un derecho- a la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello, la idea de René Sabatier y de Roberto Goldschmidt, compartida por Borda, califica como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. Llambías, op. cit.).

El criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y, lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es finalmente lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. En síntesis, y como apunta Borda, para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, como son: "1) la intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o maneras de actuar es contraria a las buenas costumbres ; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca". Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede (Sessarego, Carlos Fernández, "Abuso del Derecho", pág. 154/5; Ed Astrea, 1992).

El Código Civil y Comercial de la Nación en su Título Preliminar (art. 10) regula el abuso del derecho y la situación jurídica abusiva.

Así, la norma que reemplaza al art. 1071 Cód. Civ. dice *“Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”*

Ahora bien, la tensión que se presenta en la cuestión relativa a la llamada “exclusión de voto” reside básicamente en la alternativa entre atender el derecho a la libre expresión de voluntad del acreedor concursalmente reconocido o, alternativamente, privilegiar la continuación de la actividad del deudor, aun a riesgo de sofocar tal libertad (Chomer, Héctor Osvaldo, “Temas Actuales de Derecho Concursal”, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, pág. 311/26).

Finalmente el autor expone que si bien en un plano estrictamente general del análisis aparece concursalmente adecuada la posición adoptada por la doctrina mayoritaria al no aceptar “exclusiones” no reguladas por la ley 24.522, considero que en ciertos casos concretos en los que se planteara abuso, hostilidad o competencia desleal, sería menester atender al ordenamiento legal todo y, por ende, no siempre será inviable la discriminación que importa



Ministerio Público de la Nación

apartar a un acreedor del procedimiento de formación de mayorías, cuando así lo determinara su propia conducta y existiera regla legal (extraconcursal, por cierto), que así lo estableciera. Una interpretación diferente podría aislar indebidamente al ordenamiento concursal, colocándolo en una situación de inaceptable preeminencia sobre aspectos no regulados específicamente en sus normas.

En este sentido se ha resuelto que cuando se habla de "exclusión de voto" o "prohibición de voto", no se alude únicamente a privar a determinado acreedor verificado o declarado admisible de la posibilidad de pronunciarse por la aceptación o el rechazo de la propuesta de acuerdo que efectúe el deudor, sino de algo mucho más amplio como es la no integración de su acreencia y de él como acreedor, dentro del cómputo de la doble mayoría legal exigida (LCQ 45), pero aplicándose a su respecto el efecto novatorio y los términos del acuerdo que alcanzadas las mayorías fuera eventualmente homologado (Juz. Com. 20, Sec 49 autos "Abdala Auto S.A. s/ Conc. Prev." 23.4.2007).

7. Improcedencia del planteo de exclusión por hostilidad:

Desde la perspectiva teórica descripta y los hechos expuestos a lo largo del presente, corresponderá analizar si confluyen en el caso circunstancias que puedan justificar la exclusión de voto pretendida respecto del acreedor Finning Argentina SA, titular de un crédito quirografario por la suma de \$ 163.180.991,96 y de Finning Chile SA, titular de un crédito quirografario por la suma de \$ 25.858.865,19 (fs.22980).

En primer lugar destaco que no surge de autos la existencia de tratativa alguna de la que se desprenda la negativa de los acreedores involucrados a prestar su conformidad con la propuesta. Asimismo y en la audiencia informativa celebrada el **2 de noviembre de 2017**, a la cual también concurrió Finning Argentina SA, ésta declaró no haber tenido conversaciones con la deudora, salvo en una oportunidad lo cual no fue controvertido por la concursada (fs. 25668 vta.).

El hecho de haber formulado los acreedores una denuncia penal que derivó en una orden judicial que dispuso incautar bienes y documentación de la concursada, no puede interpretarse como una conducta hostil, máxime considerando los reiterados cuestionamientos formulados por la sindicatura en los informes de gestión en torno a los voluminosos egresos de fondos y movimiento de los bienes, como así también los múltiples requerimientos y pedidos de explicaciones por parte de la a quo.

Tales circunstancias fueron pormenorizadamente expuestas en la resolución del **23 de agosto de 2017** dictada en el incidente de medida cautelar que llevó a intervenir judicialmente a la sociedad con desplazamiento total del órgano de administración.

Considerar lo contrario implicaría vedar en la práctica al acreedor la posibilidad de realizar una denuncia penal si lo considera pertinente ante la posible comisión de hechos ilícitos, pues aquel que se crea con derecho a hacerlo, debiera evaluar la posibilidad de verse impedido de conformar o no la



Ministerio Público de la Nación

propuesta ofrecida, imponiéndosele la misma por una mayoría cuya base de cómputo no integra, al ser excluído por esta razón.

En tal sentido no resulta adecuado calificar como hostil la actividad llevada adelante por los acreedores en el ejercicio de la defensa de sus derechos, quienes han utilizado a tales fines las herramientas que les otorga el ordenamiento legal, no advirtiéndose un uso abusivo de la jurisdicción por parte de éstos.

Debo concluir entonces que no resulta posible privar de su "derecho a voto" a tales acreedores o mejor dicho excluírlos de la base del cómputo cuando no se ha acreditado ninguna conducta hostil concreta. Es más, en la audiencia informativa, Finning Argentina SA solicitó la suspensión de su celebración y requirió se pasara a un cuarto intermedio, manifestando que no se opondría a una prórroga del período de exclusividad por un mes (esta conducta lejos estaría de la que tomaría un acreedor "hostil").

La eventual negativa a otorgar la conformidad tampoco podría tildarse en el caso de hostil o que implique el ejercicio abusivo de su derecho (conf. art. 10 Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1071 Código Civil), ya que la propuesta podría no conformarle.

Adviértase que si bien la propuesta no contiene quita, podría no satisfacer las expectativas de los acreedores, pudiendo ejercer su derecho a no otorgar su conformidad, considerando que su pago es en **ocho** cuotas anuales y consecutivas, con tres años de espera desde la fecha en que quede firme el auto homologatorio, en cuotas equivalentes a porcentuales que van del 5% cada una

(las dos primeras), del 10% cada una (la tercera y cuarta), del 15% cada una (la quinta y sexta) y del 20% (las dos últimas), con una tasa de interés del 6 % anual, a abonarse simultáneamente con cada cuota del capital y sobre dicho importe, como también que las deudas extranjeras debían quedar reexpresadas a los montos convertidos a la fecha de presentación del informe art. 35 LCQ,

Por otro lado el argumento de la concursada en torno al “competidor” cae a poco que se aprecie que tanto Finning Argentina SA como Finning Chile SA son empresas dedicadas desde siempre a las operaciones de rentall.

En el caso de la primera y desde noviembre de 2013 registra como actividad principal la de “venta al por mayor de máquinas, equipos e implementos de uso especial N.C.P” y como actividad secundaria la de “alquiler de maquinaria, equipo y materiales conexos NCP” (se agrega certificación actuarial de la constancia extraída del sitio de la AFIP).

Por su lado Finning Chile SA también opera en tales actividades desde enero de 1993 en la “venta al por mayor de maquinaria, herramientas, equipo y materiales NCP” y desde abril de 1995 en la de “alquiler de otros tipos de maquinarias y equipos NCP” (se acompaña certificación actuarial de la constancia extraída de <https://www.mercantil.com/empresa/finning-cat/huechuraba/300000410/esp/>)

En consecuencia, el novedoso cambio de actividad –incipiente– que propone la deudora no puede ahora implicar una “invalidación” de tales acreedores quienes siempre se dedicaron a esa actividad en forma internacional



Ministerio Público de la Nación

con un importante volumen de negocios. Así no se advierte prima facie la existencia de una actividad en competencia que pueda justificar la exclusión requerida.

En consecuencia, de acuerdo a las circunstancias expuestas, interpreto que no se encuentra configurado un supuesto que justifique la exclusión pretendida y que exija adoptar un temperamento de excepción a la regla prevista por el art. 45 LCQ, debiendo desestimarse el recurso de apelación deducido, rechazándose el planteo de exclusión, confirmándose la resolución recurrida.

8. Imposibilidad legal de otorgar prórroga del período de exclusividad vencido el 9 de noviembre de 2017.

(i) La resolución de apertura estableció como vencimiento para el período de exclusividad el día **3 de noviembre de 2017**.

Allí expresamente se hizo saber que se fijaba en el **máximo legal**, razón por la cual no se admitirían eventuales pedidos de prórroga.

Luego y en virtud de distintas vicisitudes procesales se estableció que el vencimiento del período de exclusividad operaría algunos días después de aquella fecha, ésto es, el **9 de noviembre de 2017 (fs.23891)**.

La resolución de categorización del art. 42 LCQ fue dictada el **4 de mayo de 2017**, corriendo a partir de su notificación ministerio legis el cómputo del período de exclusividad, como así también la secuencia de plazos procesales que debe transitar el trámite del concurso preventivo en su última etapa hasta su culminación sea por homologación del acuerdo, apertura del procedimiento del art. 48 LCQ o por decreto de quiebra.

Precisamente el art. 43 LCQ establece que *"dentro de los 90 días desde que quede notificada por ministerio de la ley la resolución prevista en el artículo anterior ... el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el art. 45"*.

Este plazo sólo puede extenderse en treinta días más, es decir a ciento veinte días.

Pero en autos, el plazo máximo de 120 días fue otorgado en el auto de apertura.

(ii) Resulta contra legem elongar los plazos cuando el período de exclusividad se encuentra vencido y rige en esa materia el principio de la **perentoriedad** (art. 273:1 LCQ):

*"La ley concursal determina un régimen específico para el cómputo de los plazos prescriptos a lo largo de su articulado y consagra expresamente en el inc.1, la calidad de **perentorio** de todos los términos judiciales, perentoriedad que implica una generalización de todos los plazos legales o judiciales, afecten a quienes afecten, con independencia de que sea o no parte en el proceso y al mismo tribunal"* (Ernesto E. Martorell –director- (Ernesto E. Martorell –director- *"Ley de concursos y quiebras comentada"*, La Ley, Bs.As., 2012, To.V, pág.1142).

Es conteste tanto la doctrina como la jurisprudencia que en materia de plazos debe tenerse presente que la ley concursal los establece en forma secuencial para el cumplimiento dentro de la extensión entre uno y otro de



Ministerio Público de la Nación

los distintos actos involucrados en el proceso. Los mismos se encuentran interrelacionados entre sí y dependen los unos de los otros para su cómputo. Cada uno de ellos produce una serie de efectos trascendentes y consecuencias procesales categóricas.

“Es indudable que un proceso concursal carente de limitaciones temporales atenta contra su propia télesis...Una insolvencia sin contención temporal en la gran mayoría de los casos desencadenará una insolvencia más costosa...El plazo concursal está banalizado, por cuanto los plazos establecidos no se respetan, porque los plazos establecidos en una gran cantidad de veces no establecen sanciones para los magistrados ni sus auxiliares, no establecen agravamientos para la propuesta, o lo contrario se establecen plazos incumplibles con las sanciones más graves...Y como nota de color se suma a estos datos analizados, el hecho de que los expedientes concursales cuando ascienden a la instancia y porque no en materia de competencia llegan usualmente a la CSJN ... desconfigurando toda su tramitación...El proceso concursal necesita orden y previsibilidad so pena de fracasar en sus más tímidas intenciones. El proceso concursal necesita ser serio, previsible, temporal e igualitario; ...debemos entre todos aunar criterios morales y respetar los plazos establecidos para que el proceso sea eso... Los costos incluso resultan variados: a) desprestigio del proceso concursal; b) desprestigio de la justicia en su conjunto que no obstante advertir los graves y reiterados incumplimientos de sus integrantes nada hace al respecto, c) de la economía que posee entre sus participantes a patrimonios insolventes y que sólo se purgan de la misma una vez

cronificado el incumplimiento y dinamitada toda posibilidad concreta de salvaguardar su funcionalidad – mucho menos sus puestos de trabajo-, d) incobrabilidad casi absoluta de los acreedores participantes y cada vez más descreídos en un proceso al que ni siquiera le gustaría tener que transitar, e) por último la tendencia que marca la atemporalidad discrecional de las previsiones temporales en el escenario concursal, se transforman en el verdugo silencioso y constante de los procesos concursales” (El verdugo constante de los procesos concursales: La banalización de los plazos, Marcelo A. David, LXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Prov. De Bs.As.).

El vencimiento del período de exclusividad establece la última oportunidad para que el concursado presente las conformidades de los acreedores con la propuesta de acuerdo, las cuales deberán representar la doble mayoría (de capital y personas) dentro de todas y cada una de las categorías (cfr.art.45 LCQ).

(iii) De las constancias de la causa surge que la concursada no ha agregado ni una sola conformidad con la propuesta. Tampoco constancia de tratativas con acreedor alguno.

Reafirma mi posición el hecho que según manifestaciones de la deudora al hacer pública la propuesta a fs. 25542/25545 y en su mejora a fs.25564/25567, le pagaría a la AFIP en los términos de la RG AFIP 3587/2014.

Sin embargo y de acuerdo a lo informado por la propia AFIP en la audiencia informativa celebrada el **2 de noviembre de 2017**, se desprende que si bien la concursada inició los trámites para obtener la conformidad del



Ministerio Público de la Nación

organismo, no cumplió los requerimientos que se le efectuaron, razón por la cual "se decidió el **archivo del trámite administrativo**" (fs. 25668 vta.).

Es decir que la concursada ha incurrido en omisiones negligentes por cuanto dejó transcurrir la totalidad del período de exclusividad, sin formular gestión alguna a los fines de obtener las conformidades con la propuesta por parte de los acreedores quirografarios como también respecto de la AFIP (que requería de un trámite especial), evidenciando una conducta displicente y reñida con los fines del remedio concursal preventivo.

Ello así y no habiendo la deudora agregado al día de la fecha ni una sola conformidad, resulta improponible pretender en el marco de dicho incumplimiento y conducta omisiva, obtener la prórroga del período de exclusividad, cuyo vencimiento operó el 9 de noviembre de 2017.

(iv) Tampoco constituye justificación suficiente para dicho incumplimiento, invocar las consecuencias derivadas de las medidas adoptadas en la causa penal nro.63684/2016 instada por Finning Argentina SA o las de la resolución recaída el 23 de agosto de 2017 en los autos "**OPS S.A. s/concurso preventivo s/incidente de medida cautelar**" (Expte. Nro. 17126/2016/90) que desplazó al órgano de administración designando interventores judiciales

En torno a la primera cuestión, advierto que tales medidas además de haber sido llevadas adelante durante el mes de **septiembre de 2017** (ya transcurridos varios meses del comienzo del período de exclusividad), no serían de la entidad relatada por la concursada.

En tal sentido y de las constancias agregadas a fs.25519/25540 por Finning Argentina SA correspondientes a las actas de allanamiento labradas en la causa penal, surge que sólo dos de las ocho diligencias ordenadas arrojaron resultado positivo (secuestro de maquinarias en el predio ubicado en Ruta Nacional 22 y Estado de Israel, Cipolletti, Río Negro –ver fs.25509/25512- y de documentación, computadoras y pendrives en un departamento sito en San Juan 1071, Neuquén, pcia.de Neuquén, habitado por Carlos A.Cifuentes –ver fs.25524), pues en los restantes domicilios no fue hallada la deudora ni documentación o bienes pertenecientes a ella (fs.25521; fs.25522 vta.; fs.25526; fs.25529 vta. y fs.25530).

Asimismo –y al menos de la compulsas de dicha documentación- no surge que los vehículos y maquinarias objeto de la medida hayan sido entregados a Finning Argentina SA –quien-presenció las diligencias-, sino que se designó depositario judicial al sereno del predio Sr. José Luis Fioretti (empleado de OPS SACI), hasta la celebración de una audiencia fijada para el 25 de septiembre de 2017.

Respecto del resultado de dicha audiencia, Finning Argentina SA informó el 27/09/2017 que se *“acordó no trasladar las máquinas y los vehículos y designar depositario judicial al apoderado de OPS, el Sr. Gabriel Pérez”* (fs.25540).

Por otro lado y de la presentación efectuada el 23 de octubre de 2017 por Finning Argentina SA surge la manifestación de dicha acreedora en cuanto a que *“ninguna de las decisiones adoptadas en la causa penal resulta un*



Ministerio Público de la Nación

obstáculo para que con un plan de negocios integral y consensuado con las partes interesadas, incluyendo un acuerdo preventivo homologado con la debida vigilancia de su cumplimiento y un plan de pagos de la deuda detallada por los administradores judiciales. OPS pueda disponer de los equipos que resulten necesarios para su operatoria. En esa circunstancia mi representada ha de colaborar con OPS en la continuidad de su negocio” (fs.1524/1525 del incidente nro.92).

También señaló que “en el marco del proceso penal no se adoptó ninguna medida cautelar sobre las cuentas de OPS y tan solo se produjo el secuestro de 10 de las 140 máquinas viales que OPS tendría en su poder – pues las restantes, llamativamente- desaparecieron de los predios en los cuales se localizaban” (fs.1525 del incidente de administración nro.92).

Tales aseveraciones –no controvertidas allí por la concursada- se contraponen con lo sostenido en el recurso por parte de la apelante, quien en definitiva no ha allegado elementos que sostengan la dimensión y gravedad que indicó habrían tenido las medidas dispuestas.

En cuanto a la cautelar dictada en el incidente aludido (cuyas constancias solicitó la deudora expresamente en su memorial se tuvieran en cuenta para resolver el recurso de apelación), debo destacar que la medida fue adoptada en virtud de la grave situación que había venido advirtiendo la sindicatura en los informes de gestión presentados desde agosto/2016 en cuanto al volumen de egresos para pagos a empresas del mismo grupo empresario, por elevados montos (vgr.la suma de \$ 47.515.909,00 en el período enero/2017-

mayo/2017, ver.fs.58 del incidente de medida cautelar nro.90) y por servicios prestados sin hallar justificación en su contratación, siendo insuficientes las explicaciones dadas por la deudora.

En ese sentido y luego de varios informes de gestión donde la sindicatura destacó dicha circunstancia, finalmente en el correspondiente al mes de abril/2017 señaló concretamente *“Se observa –y se insiste- respecto a la recurrente contratación de vehículos, maquinarias y personal cuando la concursada cuenta con recursos idénticos que se encuentran no operativos. ... La dificultad geográfica que representa que las operaciones se realicen en campo – distintos puntos geográficos de la provincia de Neuquén-, lo cual dificulta la constatación efectiva de la prestación de servicios que se requiere a empresas “intercompany” ameritan –a criterio de esta sindicatura- la designación de un veedor en los términos del art.17 de la LCQ, el cual facilitaría y complementaría el control respecto a las erogaciones y contrataciones efectuadas por la concursada”* (fs.47 del incidente de medida cautelar nro.90), ampliando sus fundamentos en su escrito de fs.50/60.

Por esa razón –entre otras tantas irregularidades y falta de transparencia advertida- la jueza de grado resolvió el **23 de agosto de 2017** intervenir judicialmente la sociedad con desplazamiento total del órgano de administración hasta el **9 de noviembre de 2017** (fs. 77/96 del incidente aludido).

Suscintamente tuvo en cuenta la virtual acefalía de la concursada ante el decreto de quiebra del 29 de junio de 2017 de la empresa vinculada Unicma SA (en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera



Ministerio Público de la Nación

Instancia en lo Comercial nro.30) y la consecuente inhabilitación para administrar sociedades de su presidente –Mario V.Cifuentes- quien ejercía igual cargo en al concursada; la vinculación entre los socios e integrantes del órgano de administración de la deudora y las sociedades “Intercompany”; utilización confusa de bienes y recursos; los pagos cuestionados a tales empresas por facturas o convenios de asistencia financiera; la misma representación letrada de la concursada y sociedades del grupo quienes se han presentado a verificar créditos en el concurso; cesión de personal de las empresas componentes del grupo a la concursada; pagos incausados a miembros renunciando al órgano de administración o del entorno familiar; la existencia de eventuales actos susceptibles de ser revocados mencionados en el informe general, el ocultamiento de activos en la presentación concursal (registros marcarios y una embarcación).

En tales actuados (incidente de medida cautelar nro. 90) obra a fs. 112/118 el primer informe presentado por los interventores dando cuenta del abandono de la sede social de la concursada de C.Pellegrini, CABA, el entramado societario entre la concursada y las empresas Tecran SA, Geoterra SRL, Unicma SRL, Grupo Exar SA, Noscohue SRL, Oilfield Logísticas SA, Metalúrgica Cipoletti SA y Hormivial del Valle SA (en virtud de tener socios, sedes sociales y administradores en común); la existencia de una importante deuda salarial, como también con OSDE, una nómina de 370 empleados al 24/08/2017, una **única actividad rentable** vinculada a una etapa residual del contrato

suscripto con Shell C.A.P.S.A. e imprecisiones respecto del proyecto OPS Rental, ligado al alquiler de los equipos viales que componían el activo de la concursada.

Ampliaron su informe a fs.124/125 señalando la suspensión de la cobertura de salud por falta de pago y la comunicación del Sindicato de Petroleros Privados informando que el personal afectado a Shell CAPSA procedería a retener tareas hasta tanto se abonaran los sueldos del mes de agosto/2017, indicando que ello implicaría *“la paralización total de las tareas”* generando *“una falta de certificación del servicio con una pérdida diaria de \$ 125.000,00 diarios”*.

La deudora apeló y fundó el recurso a fs.132/172.

La Alzada trató el recurso y considerando superada la cuestión de la acefalía –en virtud de la designación de un nuevo director y presidente Sr. Claudio A. Codina por acta de asamblea del 7 de septiembre de 2017, como también que *“la participación de los interventores dio inicio a una reorganización administrativa”*, que *“al margen de la supuesta acefalía, las demás imputaciones hechas por la jueza a quo requieren una tarea de investigación y no tanto la de gestión. Es que en general, todas ellas fueron respondidas por la concursada con argumentos razonables pero que merecen una mayor indagación ...”* y que la intervención constituía una medida de carácter restrictivo, resolvió su morigeración acotando la actuación de los interventores a partir de la notificación del decisorio *“a meros veedores informantes”*.

De lo actuado en dicho incidente, lejos de sustentar el pedido de prórroga pretendido, se evidencia la verosimilitud de los cuestionamientos



Ministerio Público de la Nación

recurrentemente expuestos por la sindicatura desde el inicio del trámite del concurso en torno a la actuación de la concursada.

Así, sumado hasta lo aquí expuesto, no podría admitirse la prórroga de un período de exclusividad (establecido en el máximo legal) vencido, si se toma en cuenta además lo denunciado por la sindicatura en el informe de gestión al **30 de noviembre de 2017** (fs.761/764 del incidente transitorio nro. **94**) y al **31 de diciembre de 2017** (fs.915/917 del mismo incidente), en cuanto que la actividad de la empresa era "*prácticamente nula*". Tómesese en cuenta también la presentación de la sindicatura del **1 de febrero de 2018** dando cuenta del cierre de las oficinas comerciales en la ciudad de Neuquén (Neuquén) y Cipoletti (Río Negro) y la desvinculación masiva del personal, así como el faltante y desmantelamiento de bienes en el predio de OPS Rental en Ruta 22, además de la inexistencia de medidas de seguridad en resguardo de los bienes de la concursada allí existentes (fs.919/947 del incidente nro.94).

Destaco aquí la situación de riesgo en que se encontrarían los bienes de la deudora, ante la expiración del plazo por cual se dispuso la veeduría judicial que concluyó el **9 de noviembre de 2017** (fs.249 incidente medida cautelar nro.90) y como la prolongación injustificada del trámite aumentaría ese riesgo.

(v)La concursada también ha requerido la vista de los autos "**OPS S.A. s/concurso preventivo s/incidente de administración**" (expte. Nro. **17126/2016/92**), a los fines de resolver el recurso deducido.

De su compulsa se advierte la existencia de las distintas peticiones formuladas por los interventores judiciales a los fines de gestionar el giro de la concursada a partir de su designación por resolución del 23 de agosto de 2017.

Informaron que la única actividad desarrollada por la deudora a ese momento consistía en la prestación de servicios de movimientos de suelos y mantenimientos de caminos para Shell CAPSA, en virtud de un solo contrato (fs.5).

El 11 de septiembre de 2017 presentaron su primer informe (fs.136/142) señalando que la sede social inscripta de la deudora había sido "*literalmente abandonada y cerrada*", no existiendo a esa fecha en la ciudad de Buenos Aires "*un lugar donde la concursada resulte ubicable*" (fs.136).

También refirieron las conversaciones mantenidas con Shell CAPSA a los fines de intentar prorrogar la contratación de los servicios prestados, las gestiones de cobro de facturas, el entramado societario ya aludido entre la concursada y empresas del grupo, el cese inmediato de los denominados "pagos intercompany", los costos laborales a afrontar en forma inmediata correspondiente a salarios y cobertura médica y la inviabilidad del proyecto "OPS Rental" ante la falta de precisiones para su eventual puesta en marcha.

Asimismo y ampliando dicho informe consignaron la suspensión de la cobertura de salud de los afiliados a OSDE por falta de pago y la retención de tareas de los empleados en la obra de Shell CAPSA ante la falta de pago de los salarios de agosto/2017.



Ministerio Público de la Nación

El 7 de septiembre de 2017 se celebró una asamblea convocada por tales funcionarios a la cual concurrieron los socios de a deudora, designándose como nuevo presidente de la sociedad al Sr. Claudio S. Codina, informando el Sr. Mario V. Cifuentes acerca de la crisis patrimonial y las posibilidades de continuidad de la empresa (fs. 126/128).

El 14 de septiembre de 2017, el Sr. Mario V. Cifuentes compareció a brindar explicaciones, informando sobre el negocio de OPS Rental y sus posibilidades de operatividad, como también expresó que Unicma SA había ocupado la sede social de la deudora por "cortesía" y las razones por las cuales esta última le había cedido la totalidad de su personal. También aludió al contrato de obra pública con Vialidad Nacional.

Preguntado sobre el destino de la masa dineraria existente entre los meses de enero de 2016 a la fecha de presentación en concurso (vencimiento de LEBAC por \$ 17.600.000,00, un plazo fijo en U\$S 911.020, contratos de dólar futuro por U\$S 10.000.000,00 y el aporte de \$ 30.000.000,00 efectuado por el Sr. Mario Víctor Cifuentes) informó no recordar pero que "seguramente debía estar en la contabilidad de la sociedad" (fs. 172).

El 11 de octubre de 2017, los interventores judiciales presentaron un nuevo informe, en el cual y ante la "acuciante cesación de pagos en que se encuentra sumida OPS SACI" solicitaron la propia quiebra de la deudora, argumentando sobre su legitimación para la petición (fs. 1460/1465).

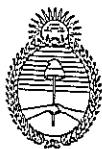
En el mismo expresaron las tareas que debieron realizar para mantener mínimamente operativa la empresa, cobrar las facturas pendientes de

pagos y preservar los activos. Señalaron que la única actividad que generaba fondos era el servicio prestado a Shell CAPSA, el cual concluiría a más tardar a fines de noviembre/2017 (en virtud de la continuidad lograda por los funcionarios por sesenta días), verificándose a la par *“un inmenso abanico de intimaciones a OPS SACI por incumplimientos, cortes de servicios por falta de pago y deuda post concursal que se devenga diariamente. Este pasivo post concursal líquido y exigible no puede ser cancelado con los recursos disponibles”* (fs.1461).

Concluyeron entonces que *“frente a este panorama de cesación de pagos generalizado, donde día a día la concursada se sumerge más y más en la imposibilidad de hacer frente a los pasivos de la empresa, donde no se advierte un compromiso serio y realista de los accionistas por superar la crisis y donde el mero transcurso del tiempo lleva a un aumento de los créditos post concursales, sin ninguna ventaja apreciable como contrapartida, es criterio de esta Intervención, luego de un detenido análisis de todas las variables que influyen en el giro comercial de la empresa, que correspondería decretar la quiebra de OPS SACI. Ello impedirá el continuo drenaje de los fondos depositados en autos y garantizará una mejor conservación de los activos de la deudora con el consabido beneficio de la masa de acreedores”* (fs.1463).

También convocaron a una asamblea para el 17 de octubre de 2017 para tratar entre otros ítems la *“ratificación del pedido de propia quiebra”* (fs.1498), a la cual no concurrieron los accionistas.

En cuanto a dicha cuestión, la sindicatura se expidió a fs. 1533/1534 considerando apresurada la petición, como también *“incompleto y*



Ministerio Público de la Nación

limitado” el informe de los interventores, no siendo posible *“evaluar cuál es el estado real de la operatoria de OPS y su posibilidad de continuación”* (fs. 1534).

La deudora por su lado insistió con la imposibilidad de gestionar las conformidades con la propuesta, en el escenario motivado en las medidas dictadas en sede penal y la cautelar dictada por la jueza de grado el 23 de agosto de 2017 en el incidente nro.90.

En especial señaló que la petición de quiebra formulada por los interventores iría en un *“camino diametralmente opuesto”*, formulando al mismo tiempo múltiples objeciones a la labor de dichos funcionarios e indicando que la intervención no había dado resultado alguno, habiendo generado mayor confusión y problemas graves en el manejo de la empresa, requiriendo para el caso en que no se dejara sin efecto la intervención, se removiera a los interventores (fs.1542/1550).

Los interventores presentaron el informe final (fs.1714/1723).

Por resolución del 24 de noviembre de 2017 la jueza de grado resolvió aprobar la gestión de dicho funcionarios y rechazó el pedido de remoción (fs.1791/1797), la cual no se encuentra firme.

De lo esbozado se desprende la pretensión de la concursada de justificar el pedido de prórroga del período de exclusividad en la imposibilidad que habría tenido de negociar las conformidades dentro del plazo establecido cuyo vencimiento operó el 9 de noviembre de 2017. Ello por haber sido apartados los integrantes del órgano de administración por resolución del 23 de agosto de 2017 que dispuso la intervención judicial.

Sin embargo, no se advierte que dicha circunstancia pueda justificar la **total y absoluta inactividad por parte de la concursada durante todo el período de exclusividad**, quien no sólo no ha agregado ni una sola conformidad sino que tampoco ha exteriorizado acto alguno tendiente a demostrar su voluntad de hacerlo.

Ello así y a pesar del tiempo transcurrido desde que tuvo comienzo el período de exclusividad, ninguna actuación con ese fin parece haber cumplido la deudora, ni siquiera en el plazo transcurrido entre el comienzo de dicho período y la resolución del 23 de agosto de 2017 que dispuso la intervención.

En efecto, la resolución del art. 42 LCQ fue dictada el **4 de mayo de 2017**, razón por la cual el comienzo del período de exclusividad tuvo lugar el **5 de mayo de 2017** en que quedó notificado ministerio legis dicho decisorio.

Desde entonces y hasta el **9 de noviembre de 2017** era el tiempo con el que contaba la deudora para negociar las conformidades.

Recién el **23 de agosto de 2017** se decretó la intervención judicial hasta el **9 de noviembre de 2017**.

Adviértase que el hecho de estar intervenida la sociedad, no obstó a las presentaciones que efectuó la concursada en autos con posterioridad a ello y que viabilizó a través de su apoderado judicial, relacionadas con el planteo de exclusión de voto del **12 de septiembre de 2017**) y la formulación de



Ministerio Público de la Nación

la propuesta de acuerdo el 3 de octubre de 2017 y su mejora el 23 de octubre de 2017.

Ello así interpreto que debería confirmarse el decisorio de grado, pues además de estar vencidos todos los plazos legales, no se ha justificado una situación que pueda considerarse como de excepción.

9. El carácter de orden público de las normas concursales impide ignorar la transgresión a sus principios rectores vinculados a la protección del crédito y la *par conditio creditorum* o el uso abusivo del proceso concursal.

Atento a ello, no habiendo agregado la concursada dentro del período de exclusividad las conformidades necesarias para alcanzar las mayorías legales exigidas por el art. 45 LCQ dentro de la categoría de acreedores quirografarios, encontrándose vencidos todos los plazos legales y existiendo las irregularidades y maniobras por parte de la concursada que se mencionan más abajo, entiendo que corresponde confirmar los decisorios recurridos, debiendo continuar en consecuencia la tramitación del procedimiento de cramdown abierto por la jueza de grado el (incidente transitorio nro.94).

10. Actuación de la concursada.

Un capítulo aparte merecen algunas cuestiones relativas al activo y pasivo de la concursada y al posible manejo promiscuo por parte de ésta de sus ingresos y egresos.

Si bien estas cuestiones excederían al motivo de apelación, debo pronunciarme al respecto en virtud del mandato constitucional emergente

del art. 120 de la Constitución Nacional y por las consecuencias que las mismas podrían traer aparejadas.

(i) Accionistas de la concursada y sociedades vinculadas a la misma.

De los informes de gestión art.14:12 LCQ presentados por la sindicatura correspondientes al período agosto/2016 –julio/2017 obrantes en los autos principales y el de agosto/2017 en el incidente transitorio nro.94, se advierte la existencia recurrente de pagos por montos muy elevados a empresas vinculadas a ella.

Esas sociedades –señaladas por la propia concursada- son: 1) Geoterra SRL, 2) Noscohue SRL, 3) Tecran SA, 4) Ygro SA, 5) Hornivial del Valle SA, 6) Oilfield Logistics SA, 7) Dead Cow SSC SA, 8) Unicma SA, 9) Metalúrgica Cipoletti SA y 10) OPS Mining S.A (fs.338).

Recordemos que los socios de OPS S.A.C.I. a la fecha de presentación en concurso son Mario Víctor Cifuentes (también presidente) y Gustavo A. Cifuentes (también director suplente) y su domicilio social se encuentra sito en **Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.**

También revistieron el carácter de socios con anterioridad y como se detallará más abajo, la Sra. Mirtha Diana Sali y Pablo Andrés Cifuentes.

De la compulsión efectuada en el sitio del Boletín Oficial (cuya certificación actuarial se acompaña) se ha obtenido la siguiente información:

TECRAN S.A.: constituida el 26/02/2014. Socios: Mirtha Diana Sali (esposa de Mario Víctor Cifuentes según fs.67 de los autos principales) y Pablo Andrés



Ministerio Público de la Nación

Cifuentes (hijo de Mario V.Cifuentes, según fs. 67 de los autos "Unicma SA s/quiebra" -expte.nro.21750/2016-, los cuales se encuentran en vista en esta Fiscalía General). Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.

YGRO S.A.: constituida el 18/02/2015. Socios: Mirtha Diana Sali y Pablo Andrés Cifuentes. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.

OILFIELD LOGISTICS SA: constituida el 17/07/2014. Socios: Mario Víctor Cifuentes y Pablo Andrés Cifuentes. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA. Por acta de asamblea general extraordinaria del 21/02/2017 se modificó su denominación social a **METANOIA EQ. S.A.**

DEAD COW SHARED SERVICES CENTER S.A.: constituida el 17/07/2014. Socios: Mario Víctor Cifuentes y Pablo Andrés Cifuentes. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA. Por acta de asamblea general extraordinaria del 03/10/2016 se modificó su denominación social a **GRUPO EXAR S.A.**

UNICMA S.A.: constituida el 17/04/2015. Socios: Mario Víctor Cifuentes y Pablo Andrés Cifuentes. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.

METALURGICA CIPOLLETTI S.A.: constituida el 17/07/2014. Socios: Mario Víctor Cifuentes y Pablo Andrés Cifuentes. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.

OPS MINING S.A.: constituida el 6/07/2009. Socios: Mario Víctor Cifuentes y Mirtha D. Sali. Domicilio social inscripto: Carlos Pellegrini 1149, piso 10mo., CABA.

Según constancias de fs.203, la concursada posee un 90% de su capital accionario.

De lo expresado se desprende que:

MARIO V. CIFUENTES: es socio de OPS SACI, Oilfield Logistics (hoy Metanoia EQ S.A.), Dead Cow Shared Services Center (hoy Grupo Exar SA), Unicma SA, Metalúrgica Cipoletti SA y OPS Mining SA.

PABLO A.CIFUENTES: fue director suplente de OPS SACI hasta el 15/06/2016 cuando presentó su renuncia (fs.136). También fue accionista de la concursada, por lo menos –según las copias de las actas de asamblea agregadas en autos- hasta la celebración de la asamblea general extraordinaria del 18 de enero de 2012 (fs. 127). Es socio de Tegrán SA, Ygro SA, Oilfield Logistics (hoy Metanoia EQ S.A.), Dead Cow Shared Services Center (hoy Grupo Exar SA), Unicma SA y Metalúrgica Cipoletti SA.

MIRTHA D.SALI: fue vicepresidente y directora titular de OPS SACI hasta el 15/06/2016 cuando presentó su renuncia (fs.136). También fue accionista de la concursada, por lo menos –según las copias de las actas de asamblea agregadas en autos- hasta la celebración de la asamblea general extraordinaria del 18 de junio de 2015 (fs. 129). Es socia de Tegrán SA, Ygro SA y OPS Mining SA.

En relación a lo expuesto debo advertir, la existencia de una operatoria comercial (vgr.pago de prestación de servicios) y financiera



25825

Ministerio Público de la Nación

(vgr.convenios de asistencia financiera) confusa y un manejo insuficientemente justificado de fondos, tanto antes de su presentación concursal, como una vez abierto su concurso preventivo, por las siguientes razones.

(i) 1. Cancelación facturas del grupo empresario antes de la presentación en concurso:

En tal sentido y respecto a los actos efectuados con anterioridad al **11 de agosto de 2016**, puede advertirse la existencia de facturas emitidas por Dead Cow Shared Services Center SA (hoy Grupo Exar SA), Noscohue SRL, Oildfield Logistics (hoy Metanoia EQ S.A.)y Unicma SA, presuntamente canceladas -considerando que no han sido presentadas a verificar- por elevados montos y con fecha de vencimiento -muchas de ellas- en el mes de julio y agosto/2016-, por la suma total **\$ 51.499.469,32** (facturas obrantes a fs. 17269/17334). Ello implicó favorecer la cancelación de estos acreedores -vinculados a la concursada- en detrimento de los restantes acreedores con causa o título anterior a la presentación en concurso.

(i) 2. Cancelación facturas del grupo empresario abierto el concurso:

En torno a la operatoria efectuada una vez abierto el concurso, surge -como lo ha indicado la sindicatura- la existencia de un importantísimo volumen de pagos a través de la cancelación de facturas emitidas mensualmente justificando tales egresos, invocando servicios prestados por dichas empresas relativos a la actividad de la concursada (vgr. alquiler de maquinarias, servicios de

transporte de personal, servicios de administración, locación de inmuebles, de rodados, grúas, maquinaria pesada, etc).

En numerosas ocasiones la jueza de grado le requirió explicaciones a la concursada sobre dicha modalidad, siendo evidentemente insuficientes tanto la documentación aportada como las manifestaciones efectuadas para causar tales pagos.

Asimismo y dada la irregularidad advertida por la sindicatura en dicha operatoria "intercompany" y la falta de explicaciones por parte de la concursada, motivó –entre otras cosas- la intervención judicial de la sociedad con desplazamiento de las autoridades (ver resolución del 23/08/2017 dictada en los autos **"OPS SACI s/concurso preventivo s/incidente de medida cautelar"** expte.nro.17126/2016/90, agregada en copia a fs. 25036/25054 de estos autos).

El proceder que ha llevado a cabo la deudora –a través de pagos a estas empresas- implicó la liberación sin limitación alguna de millones de pesos mensualmente en favor de estas sociedades, cuando no ha justificado suficientemente ante los requerimientos cursados, la necesidad de contratación de tales servicios, su causa y su efectiva prestación por parte de tales empresas vinculadas.

En efecto, la sindicatura ha señalado –a título ejemplificativo- la falta de justificación de los servicios facturados con estas empresas (vgr.alquiler camiones a Tecran SA y equipos a Oilfield Logistics SA), cuando la propia concursada disponía de unidades idénticas de su propiedad, que sin embargo ofrecía en el negocio de OPS Rental (fs.24759 vta.).



25826

Ministerio Público de la Nación

Tales fondos identificados en la documentación aportada por la concursada como movimientos "Intercompany" involucraron en el período comprendido entre el mes de **septiembre de 2016** y **agosto de 2017**, egresos por la suma de **\$ 116.962.201,43**, según el siguiente detalle:

SET.2016 (fs.20754)	15644300,00
OCT.2016(fs.20800 y fs.22140)	9953659,00
NOV.2016 (fs.20804 y fs.22180)	13348795,00
DIC.2016 (fs.20807 y fs.22868)	17703086,00
ENE.2017 (fs.22883)	10475446,43
FEB.2017 (fs.23232)	14317465,00
MAR.2017 (fs.23883)	14047671,00
ABRIL/2017 (fs.24199)	8464353,00
MAYO/2017 (fs.24363 vta.)	6173745,00
JUNIO/2017 (fs.25188)	4030713,00
JULIO 2017 (fs.25474)	1140143,00
AGOSTO/2017 (fs.115 inc.94)	1662825,00
TOTAL:	116962201,43

Los ingresos totales en dicho período ascendieron a la suma de **\$ 463.100.512,00**, conforme se detalla a continuación:

SET.2016 (fs.20753)	34326720,00
OCT.2016 (fs.22174)	50782642,00
NOV.2016 (fs.22199 vta.)	53736825,00
DIC.2016 (fs.22877 vta.)	58739348,00
ENE.2017 (fs.22932 vta.)	86133720,00
FEB.2017 (fs.23230 vta.)	36676293,00
MAR.2017 (fs.23881 vta.)	41373051,00
ABRIL/2017 (fs.24197 vta.)	29827246,00
MAYO (fs.24361 vta.)	31259809,00
JUNIO/2017 (fs.25185 vta.)	15209277,00
JULIO/2017(fs.25472 vta.)	8673680,00
AGOSTO/17 (fs.115 inc.94)	16361901,00
TOTAL:	463100512,00

Tales egresos representaron entonces el 25 % de los ingresos percibidos en dicho lapso e importaron el desvío de fondos hacia estas empresas –que pertenecen al mismo grupo familiar o de socios que la concursada– eludiendo el adecuado control de los egresos de la deudora, apropiándose los socios en forma indirecta de los ingresos de la concursada, sin requerir autorización alguna para ello y sin rendir cuenta sobre su aplicación, produciendo gradual, progresiva y solapadamente un posible vaciamiento de la concursada.

La sociedad fue intervenida judicialmente por resolución dictada el 23 de agosto de 2017 en los autos “OPS S.A.C.I. s/concurso preventivo s/incidente de medida cautelar” (expte.nro.17126/2016/90) formado luego de la presentación del informe de gestión correspondiente al mes de abril/2017, habiendo cesado los egresos por tal concepto, en virtud de la medida adoptada por los interventores judiciales.

(i) 3. Domicilio de las empresas vinculadas:

Debo advertir también que todas las empresas referenciadas registran su domicilio social en el mismo que la concursada sito en **Carlos Pellegrini 1149, Piso 10, CABA.**

Sin embargo, es la concursada la única titular del contrato de locación celebrado con Yaclers SA en fecha 11.03.2016 con vigencia 1.1.2016/31.12.2017, cuyo canon mensual asciende a la suma de U\$S 5.200,00, encontrándose prohibido ceder o subarrendar el inmueble locado, revistiendo el carácter de garante la empresa vinculada Dead Cow Shared Services Centre SA (fs. 17951/17956).



Ministerio Público de la Nación

Ello evidencia un uso gratuito injustificado por parte de tales empresas y la obligación de pago puesta en cabeza únicamente de la concursada.

(i)4.Cesión de personal:

También se advierten cesiones de personal de dichas empresas a la concursada (vgr.Ygro SA y Unicma SA).

En ese orden, la sindicatura señaló a fs. 23231 la cesión en fecha 15/02/2017 de 22 trabajadores de **Ygro SA** a la concursada, implicando por ej.un egreso en ese mes de \$ 766.739,22.

Asimismo y en el informe de gestión del mes de marzo/2017, surge la cesión de 19 trabajadores de Unicma SA (1 y 16/03/2017) y de 19 empleados de Oilfield Logistics SA (f15/0372017) destacando la sindicatura la innecesariedad de asumir mayores costos laborales y deuda salarial.

(i)5.Convenios de asistencia financiera:

También surge la celebración de convenios de asistencia financiera que facilitan el egreso de fondos sin control además de resultar más oneroso para la concursada por el pago de una comisión del 4% y que la sindicatura señaló como innecesarios.

En esa línea y en el informe de gestión art. 14:12 LCQ al 31.8.2016 obrante a fs. 198076 vta., la sindicatura informó acerca de una transferencia por la suma de \$ 41.158.317,00 a una cuenta de Dead Cow Shared Services Center SA (sociedad de Mario V.Cifuentes y Pablo A. Cifuentes).

Señaló también la existencia de otra transferencia en favor de Hornivial del Valle SA –sociedad cuyo presidente es el Sr. Gustavo A. Cifuentes, ver fs. 81 del incidente nro.90 y fs.23163 de los autos principales- por la suma de \$ 11.680.000,00 (en el informe de gestión art.14.12 LCQ al 28.02.2017 a fs. 23230 vta./23231 y contratos de asistencia financiera agregados a fs. 23310/23311). Asimismo surgen transferencias a su favor por la suma de \$ 14.142.858,00 (en marzo/2017); \$ 2.945.769 (en abril/2017) y \$ 9.063.793,00 (en mayo/2017) –ver fs.88 del incidente nro.90).

(ii) Acuerdos laborales pósconcursoales por sumas millonarias.

A fs. 19242/19350 obran numerosos acuerdos celebrados durante el mes de **septiembre/2016** y **octubre/2016** entre la concursada y trabajadores por medio de escritura pública en los términos del art. 241 LCT, conviniendo la desvinculación y el pago –a excepción de cuatro o cinco casos - de sumas millonarias (alrededor de \$ 7.725.049,00).

Tales acuerdos fueron suscriptos encontrándose en concurso la deudora, sin intervención alguna de la sindicatura y sin autorización o comunicación previa al Tribunal, mediante el pago por recibo que no fue agregado a cada convenio, a pesar de expresarse que formaba parte del mismo.

Ello así y más allá de resultar o no aplicable el art. 16 LCQ, implicaron egresos de enorme significación económica y que incidieron directamente en el patrimonio de la concursada, que es prenda común de los acreedores.



Ministerio Público de la Nación

En ese sentido y dado que fueron suscriptos en el lapso de los dos meses posteriores a la presentación en concurso, involucrando importantes sumas, debió la concursada –por razones de prudencia y transparencia- haber dado participación a la sindicatura para que ésta corrobore al menos la razonabilidad de las gratificaciones acordadas con los dependientes y su efectivo pago.

(iii) Sospecha de disminución del activo formulada por el síndico. Dación en pago a un acreedor concursal de un inmueble.

De las notas a los estados contables correspondientes al ejercicio cerrado el 31.01.2016, surge la “baja” de un terreno en el rubro bienes de uso (fs.342).

Al ser requerida agregó una escritura pública de la cual surge que el 16.03.2016 dio en pago a favor de Sarita Senobia Stekli un inmueble identificado como Lote B-10 del dpto.de Confluencia, Neuquén, pcia.de Neuquén, invocando la cancelación de facturas adeudadas a la nombrada (todas ellas de fecha anterior a la de presentación en concurso) por “movimiento de suelos”, por la suma de \$ 5.500.000,00 (fs.17261/17263).

Sin embargo y si bien las facturas están detalladas en la escritura, no están acompañadas, obrando a fs. 17264, una factura emitida por OPS SACI en fecha 13.11.2015 por venta de terreno a Sarita Senobia Stekli, por la misma suma de \$ 5.500.000,00.

Si bien la sindicatura planteó dudas en torno a la veracidad de la operación, mencionándolo como un acto pasible de ser revocado, lo cierto es

que el mismo sólo sería analizable en el marco de la quiebra por aplicación del art. 119 LCQ.

(iv) Contratos de alquiler. Ineficacia de pleno derecho (art. 17 LCQ).

De las constancias de autos se advierte que la concursada ha celebrado **tres contratos de locación sin haber requerido autorización para ello (art.16 LCQ).**

En ese sentido y a fs. 22925/22928 obra un contrato de locación celebrado entre la concursada y **Mario V.Cifuentes** a través del cual, éste le alquiló a OPS SACI en fecha **20/12/2016** un inmueble ubicado en Ibáñez 114, Neuquén, provincia de Neuquén por la suma mensual de U\$S 7.500,00 (por el primer año de alquiler) y U\$S 8.500,00 (por el segundo), con vigencia entre el 01/01/17 y el 31/12/18, implicando una erogación total de **U\$S 192.000,00.**

Asimismo y a fs.22229/22931 luce otro contrato de locación suscripto el **31/01/2017** entre OPS SACI y **Mirtha Sali**, por medio del cual ésta le alquiló a la concursada un inmueble sito en calle Buenos Aires 601, piso 1ro., Neuquén, provincia de Neuquén, con vigencia entre el 1/02/2017 y el 31/01/2019, pactando un alquiler de \$ 10.200,00 para el primer año y de \$ 13.260,00 para el segundo.

Finalmente y a fs. 24348/24351 se encuentra glosado otro contrato por el cual el Sr. **Pablo A. Cifuentes** le alquiló a OPS SACI en fecha **01/03/2017** un inmueble ubicado en la calle Estado de Israel nro.7, ciudad de Cipoletti, provincia de Río Negro, con vigencia entre el 01/03/2017 al 31/03/2020,



Ministerio Público de la Nación

25829

pactando un canon locativo equivalente a la suma de U\$S 15.000,00 por el primer año de la locación, la de U\$S 18.000,00 por el segundo y la de U\$S 22.000,00 por el tercero.

A su respecto debo mencionar que ninguno de tales contratos fueron previamente autorizados conforme lo requerido por el art. 16 LCQ, a pesar de tratarse de actos que excedían la administración ordinaria de la empresa, que se encontraban relacionados con bienes registrables y celebrados con el presidente y socio mayoritario de la concursada (en el primer caso), con quien fuera hasta el 15/06/2016 directora suplente de OPS SACI y también accionista por lo menos hasta el 18/06/2015 (en el segundo) y con quien fuera director suplente de OPS SACI hasta el 15/06/2016 y accionista de la concursada, por lo menos hasta el 18 de enero de 2012.

Tales contratos celebrados en infracción a la regulación del art. 16 LCQ resultan **ineficaces de pleno derecho** (art.17 LCQ).

Se suma a ello la excesiva onerosidad planteada por la sindicatura respecto del alquiler del primero de los inmuebles fijado en un valor de \$ 120.750,00, que estaría muy por encima de los de mercado, los cuales de acuerdo a las consultas efectuadas por los funcionarios rondarían entre \$ 22.500,00 mensuales y \$ 40.000,00 mensuales (fs.23233).

En consecuencia los pagos realizados por la concursada en virtud de tales contratos, importaron alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso, por disponer de bienes que

formaban parte del patrimonio del deudor que es prenda común de los acreedores en beneficio además de personas vinculadas a ella (como se expresó más arriba).

El remedio frente al fraude no puede ser otro que, una vez descubierto, hacer volver las cosas al estado anterior de la existencia del mismo.

Esta solución se encuentra prevista en el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación que impone en caso de duda de fraude a la ley, el sometimiento del acto a la norma imperativa que el deudor pretendió eludir.

En el ejercicio de la facultad requirente que asiste al Ministerio Público que fuera reconocida en reiteradas oportunidades por esta Cámara y por el Máximo Tribunal (en autos "Abalo María s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por D'Arc Libertador, CSJN, ED 139-668, 5-4-90) atento a que se encuentra vulnerado el orden público y en virtud del art. 120 CN, art. 31:b) Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27148) solicito se intime a los locadores Mario V. Cifuentes, Mirtha D. Sali y Pablo A. Cifuentes, restituyan las sumas percibidas de la concursada en concepto de alquileres, con más los intereses correspondientes, conforme disposiciones del art.17 LCQ, ello a los fines de resguardar el patrimonio de la concursada.

v) Desvinculación de los trabajadores.

En cuanto a los trabajadores y su desvinculación de la concursada, existen diversos acuerdos referidos por la sindicatura, que sin justificación alguna, eximen a la concursada de sus obligaciones como empleadora.



Ministerio Público de la Nación

Así por ej. a fs. 22878 surge la referencia a un acuerdo entre concursado, trabajadores, Sindicato de Petróleo y Gas Privado. de Río Negro, Neuquén y La Pampa el 11.01.2017 "mediante el cual se acuerda el pago de determinadas liquidaciones finales –por un total de \$ 49.205.058,53- con fondos provenientes de YPF, sin perjuicio que la última citada no comparece ni suscribe el mencionado acuerdo".

También informó que tuvo acceso a "una presentación efectuada ante la Subsecretaría de Trabajo de Neuquén expte.nro.7121-001285 del 15.2.17 por YPF y Sindicato del Petróleo y Gas Privado de Río Negro, Neuquén y La Pampa que involucra a 27 trabajadores de OPS, mediante la cual la firma YPF se compromete a abonar –condicionado a la aprobación del sindicato, la conformidad de los trabajadores que abonadas las liquidaciones finales ... que totaliza la suma de \$ 9.500.893,16 nada más tendrán que reclamar a YPF en virtud de la relación laboral que mantuvieran con OPS SACI y a homologación de la Subsecretaría de Trabajo" (fs.22878 vta.)

Finalmente, también señaló que se le suministró copia de una presentación efectuada ante la Subsecretaría de Trabajo de Neuquén el 1.2.17 por YPF donde esta última "se compromete a abonar las liquidaciones correspondientes a 92 empleados por la suma de \$ 47.056.095,68, bajo la condición que OPS reintegre dichos fondos previa conformidad de SS y de la sindicatura" (fs.22878 vta.).

Asimismo y a fs.24960/24964 YPF denunció que debió solventar el pago de numerosas obligaciones laborales y previsionales de la

concurada mediante la intervención de la Subsecretaría de Trabajo de Neuquén, ante los incumplimientos por parte de la concursada, tanto de causa anterior como posterior a su presentación concursal y a fin de *“restaurar la paz social en la región, toda vez que las medidas de fuerza llevadas adelante por los empleados de la deudora, perjudicaron gravemente las demás operaciones de la zona”*.

Dichas erogaciones habrían sido por la suma de \$ 74.984.977,93 (fs.24961).

Es decir, que la concursada no sólo desvió fondos hacia las empresas del grupo, sino que además se desentendió de sus obligaciones laborales.

Según el último informe de gestión, la nómina de personal quedó reducida drásticamente, de **1070** trabajadores que tenían al momento de presentarse en concurso preventivo (11 de agosto de 2016) a 264 empleados al **31 de diciembre de 2017**(fs.916 vta. del incidente transitorio nro.94).

También habrá de tenerse presente lo informado por la sindicatura en su presentación del **1 de febrero de 2018** en la cual informa que **todo el personal fue desvinculado** en las oficinas de Neuquén y en el predio de Ruta 22, Cipoletti, Río Negro (fs.946/947 incidente de administración).

A la fecha y de las constancias compulsadas, no surge la nómina actual de trabajadores.

(vi) Contrato de obra pública con Dirección Nacional de Vialidad.



Ministerio Público de la Nación

De los autos principales surge que la concursada el 12 de octubre de 2016 solicitó autorización en los términos del art. 20 LCQ para la continuación del contrato de obra pública celebrado con la Dirección Nacional de Vialidad el 4 de julio de 2009 respecto de los trabajos a ejecutar en la obra correspondiente a la Ruta Nacional 40, tramo Barrancas Malargüe, Sección II, km.2823, La Pasarela, intersección Ruta provincial nro.181, km.2887,25, Mendoza (fs.18382/18389).

Sin haberse decidido en torno a la misma, la deudora pidió el 21 de diciembre de 2016 autorización para **ceder su posición contractual** en dicho contrato en favor de José J.Chediack SAICA (fs.20236/20262).

Para formular tal petición agregó un contrato **ya firmado con el cesionario con anterioridad, esto es, el 6 de diciembre de 2016** (fs.20255/20258).

La concursada destacó en todo momento que dicha cesión se había efectuado **bajo la condición suspensiva de ser aprobada por el juzgado y por el Comitente (Vialidad Nacional)**.

De la lectura de la cesión que agregó, se observa dicha circunstancia, como también que **no se pactó precio alguno por la cesión, y que la concursada manifestó no encontrarse inhibida para disponer de sus bienes** (fs.20256).

El tratamiento de dicha petición fue diferida por resolución del 30 de diciembre de 2016 por encontrarse pendiente la decisión respecto de la

autorización, indicando que ambas temáticas se resolverían de manera conjunta (fs.20263).

Debo destacar que la concursada informó a fs. 20876 vta.que el valor del contrato actualizado en función de los remanentes de obra era de \$ **686.577.513,65** (a mayo 2016).

Asimismo y a fs. 22253 indicó que la causa de la cesión sería *“la falta de capital de trabajo necesario para cumplir con los plazos pactados, para evitar perjuicios que el incumplimiento pudiera ocasionar”*.

Por resolución del 3 de marzo de 2017, la jueza de grado se declaró incompetente para tratar la cuestión (fs. 22410/22421).

La concursada apeló el decisorio.

Sin embargo y sin aguardar la sentencia en torno al planteo recursivo, OPS SACI informó el **22 de mayo de 2017** que la empresa cesionaria ya había sido autorizada por la Dirección de Vialidad Nacional para continuar con la obra, expresando *“De conformidad que con lo oportunamente informado en autos y a lo resuelto con 03.03.2017 ... que dispuso declarar la incompetencia para resolver el pedido de autorización para la cesión de este contrato, en tanto ello debía ser resuelto por la Dirección de Vialidad Nacional, por lo que la empresa cesionaria José J. Chediack SAICA ya ha sido autorizada por el organismo a continuar con la obra y se encuentra **durante este mes de mayo [2017] prestando sus servicios**”* (fs.24106).

El **25 de octubre de 2017** recayó el pronunciamiento de la Alzada (fs.23631/23638), **no autorizando la cesión del contrato.**



25832

Ministerio Público de la Nación

Así expresó que si bien consideraba que la a quo era competente para pronunciarse, ingresaría al tratamiento de la cuestión, para evitar *"la pérdida de tiempo que conllevaría el formal dictado de otra resolución que según ella misma anunció, sería de todas formas desestimatoria del pedido"*.

En primer lugar y en torno a si el acto se encontraba o no dentro del giro ordinario señaló que: *"la caracterización de un acto como normal del giro empresarial no se relaciona únicamente a su alta o baja significación económica, sino, además, a su normalidad en función de la actividad del concursado y de la habitualidad con que es realizado ... En el caso, la deudora no se ha explayado —siquiera de manera tangencial— sobre tales aspectos, desconociéndose, así, si el acto podría enmarcarse o no dentro de su giro ordinario. Este óbice resultaría suficiente para desestimar sin más el planteo ..."* (fs.23635).

Destacó que *"han quedado inexplicadas las dudas expuestas posteriormente por la sindicatura y sobre las cuales la concursada ha omitido pronunciarse: i) cuáles serían los rubros cuantificados del capital de trabajo de los cuales carece, ii) la factibilidad de que el comitente otorgue adelantos financieros, iii) ausencia de incumplimientos imputables a OPS, iv) factibilidad de ser objeto de multas y/o sanciones, v) la determinación de los certificados e importes pendientes que existen por parte de Vialidad Nacional y vi) el destino de los anticipos financieros otorgados a otros contratistas"* (fs. 23635 vta.).

Expresó que ante la falta de tales datos *"parece claro que no resulta posible determinar la conveniencia de efectivizar la referida cesión en*

resguardo de los intereses de los acreedores” como también que la apelante no se hizo *“cargo de lo dicho por la magistrada en torno a la observada gratuidad del contrato”* (fs.23635 vta.)

No obstante ello y ante el requerimiento formulado en el incidente de administración nro.92, la concursada agregó la celebración de **otra cesión celebrada el mismo día (6 de diciembre de 2016) con el mismo cesionario, en los mismos términos que la que no fue autorizada y con el mismo objeto pero agregando que percibiría por dicha cesión una comisión del orden del 3,5% de cada certificado de obra a partir de la cesión.**

Llamativamente y en la audiencia celebrada el 14 de septiembre de 2017 Mario Cifuentes indicó que para Vialidad Nacional la cesión habría sido **“gratuita”** (fs.171 vta.).

La **gravedad** de las irregularidades mencionadas surge por cuanto se habrían firmado **dos cesiones respecto del mismo contrato de obra pública, en iguales condiciones, entre las mismas partes, en la misma fecha, con el mismo objeto pero una gratuita y otra onerosa.**

Además se habría presentado ante Vialidad (la que no preveía precio y **no** fue autorizada por VE en los términos del art. 16 LCQ), mientras que las partes se estarían rigiendo por otra (a la que agregó el pago de una comisión en favor de la concursada y que nunca fue sometida a autorización judicial).

Tales circunstancias imponen en el ejercicio de la facultad requirente que me corresponde, solicitar las siguientes medidas: a) se requieran las explicaciones del caso al cesionario respecto de los términos de la cesión



Ministerio Público de la Nación

aludida, si la ha presentado ante la Dirección Nacional de Vialidad, si ha percibido certificados de obra en virtud de la misma, indicando fechas, montos y modalidad de cobro y si ha abonado a la concursada comisión alguna respecto de tales cobros detallando fechas, montos y modalidad de pago; b) se ordene oficio a la Dirección Nacional de Vialidad a fin de que informe estado actual del contrato oportunamente celebrado con la concursada (si está vigente o no), los certificados de obra abonados desde la presentación concursal en virtud del contrato de obra pública Ruta Nacional 40, indicando certificado de obra, trabajos comprendidos y contratista que los ha realizado, empresa a los que se los ha pagado, fecha, importe y modalidad de pago.

Oportunamente y por los fundamentos señalados en el acápite 10. (iv) del presente, deberá declararse la ineficacia de la cesión celebrada con José J.Chediack SAICA.

(vii) Inexistencia de transparencia en la conducta desplegada por la deudora en el proceso concursal.

Todo lo antes expuesto reafirma una conducta abusiva del proceso y violatoria del régimen de administración concursal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Arcangel Maggio SA s/conc.prev.s/inc.de impugnación al acuerdo preventivo" (15.03.2007) valoró la **transparencia** con la que se debe contar en un proceso concursal y la captación de buena fe del voto de los acreedores. Asimismo, conceptuó el abuso concursal relacionado a la admisibilidad de la propuesta, considerando que el Juez debe efectuar un análisis casuístico, ponderando las circunstancias de cada

caso y merituando si el deudor en el ejercicio de su derecho ha contrariado la finalidad económica social del mismo.

Sabido es que si la concursada optó por someterse voluntariamente a un proceso de esta naturaleza (fallos 149:137; 157:352; 169:245; 320:1985; 322:523, entre muchos otros), debió cumplir debidamente no sólo los pasos procesales que el mismo impone sino suministrar los elementos suficientes al juez concursal para poder conocer el real estado de sus negocios.

Constituye una obligación del concursado informar fehacientemente la composición de su activo y aclarar cualquier circunstancia que haga a su situación patrimonial, a los efectos que los acreedores cuenten con la información necesaria a la hora de evaluar el otorgamiento o no de la conformidad a la propuesta.

Su incumplimiento tanto sea en cuanto a la falta de claridad en su activo o pasivo o sin justificar su movimiento financiero respecto del egreso de importantes sumas durante la tramitación de su concurso atenta contra la transparencia que debe primar en ese sentido.

El máximo Tribunal también ha resuelto que: *"El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, requiere de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman y en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores ..."* ("Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros", 620/2006-S-42-RHE 20/10/2009, Fallos: 332:2339).



Ministerio Público de la Nación

Un proceder contrario –como en el caso- atenta contra el derecho de propiedad de los acreedores quienes podrían ser inducidos a error y sorprendidos en su buena fe al considerar un patrimonio del que el deudor no era titular cuando emitieron su voto.

“Todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional)...” (autos “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros”, 620/2006-S-42-RHE, 20/10/2009, Fallos: 332:2339).

Los hechos descriptos y en especial los actos cometidos en infracción al art. 16 LCQ, no hacen más que persuadirme de la inconveniencia de otorgar una prórroga (no prevista en la LCQ) del período de exclusividad.

(viii) Distribución de utilidades. Contrato de mutuo

En su presentación concursal, la concursada señaló que para *“acompañar el fuerte crecimiento que estaba desarrollando la compañía”* vinculado al proyecto de explotación NOC Vaca Muerta en Añelo, Provincia de Neuquén, los socios resolvieron por acta de asamblea nro.31 del 20 de febrero de 2015 *“no distribuir dividendos por los próximos cinco períodos fiscales desde el ejercicio económico finalizado el 31 de enero de ese año”* (fs.10).

A fs.188/225 obra la Memoria y Estados Contables al 31 de enero de 2015, informándose en la Memoria del directorio que la ganancia neta del ejercicio ascendía a la suma de \$ 22.958.081,00 proponiendo el directorio

“destinar la suma de \$ 88.700,00 a la Reserva Legal ... Con el saldo resultante considerar la constitución de una reserva Facultativa” (fs.192).

Dicha reserva consta así contabilizada en el cuadro de Evolución del patrimonio neto en el ejercicio cerrado al 31 de enero de 2016 (fs.321), no obrando en autos balances posteriores, lo cual impide corroborar el estado y composición de la Reserva Facultativa y/o destino asignado a la misma.

En otro orden, al cerrarse dicho ejercicio y de los estados contables presentados a fs. 310/350, surge que del 2015 al 2016, la sociedad presentó una brutal pérdida, pasando de registrar una ganancia neta de \$ 22.958.081,00 al 31 de enero de 2015 a una pérdida de \$ 161.486.867,00 al 31 de enero de 2016.

En la memoria a dichos Estados Contables, el directorio señaló que el ejercicio había arrojado una pérdida de 161 millones (en rigor \$ 161.486.867 ver fs.320) y el patrimonio neto negativo al cierre del orden de 34 millones (más precisamente, \$ 34.849.934 ver fs.321) indicando expresamente que *“Esta última situación encuadra a la sociedad dentro de una de las causales de disolución social, establecida en el art. 94 inc. 5 de la Ley General de Sociedades. La compañía se encuentra analizando distintas alternativas para revertir dicha situación, siendo la más relevantes la venta de activos fijos y la capitalización de créditos por parte de los accionistas”* (fs. 314).

El informe del auditor independiente suscripto el 28 de junio de 2016 (a menos de dos meses de la presentación concursal del 11 de agosto de 2016) ratificó dicha circunstancia y señaló *“... la sociedad en el presente ejercicio*



Ministerio Público de la Nación

ha sufrido una pérdida por \$ 161.486.867 representativa del 12% de los ingresos netos. Adicionalmente, la sociedad presenta un capital de trabajo negativo por \$ 186.549.980, habiendo tenido dificultades para cumplir en forma oportuna con sus obligaciones comerciales, fiscales, previsionales y laborales en especial con posterioridad al cierre del ejercicio. Este significativo resultado adverso generado en el presente ejercicio ha producido un deterioro sustancial del patrimonio neto de la sociedad, resultando negativo de \$ 34.849.934. Esta última situación encuadra a la sociedad dentro de una de las causales de disolución social, establecida en el art. 94 inc.5 de la Ley General de Sociedades, por lo cual la Asamblea de Accionistas que trate los presentados estados contables deberá resolver sobre la recomposición de la pérdida de capital" (fs.317).

En otro orden, la deudora expresó también en el escrito inicial que "acompañando la decisión enunciada precedentemente [explotación NOC Vaca Muerta], desde los primeros meses del año 2015 se comenzaron a realizar aportes a través de un acuerdo de mutuo de los accionistas a la compañía, que a enero de 2016 totalizó la suma de \$ 30 millones de pesos" (fs.10).

En relación a dicho mutuo, la concursada agregó a fs. 17033/17040 -a requerimiento del juzgado-una carta solicitud de préstamo dinerario de fecha 13 de abril de 2015 por medio de la cual la concursada le solicitó al Sr. Mario Víctor Cifuentes el otorgamiento de un préstamo por la suma de 30 millones de pesos, dejando constancia que serían consideradas a tales efectos "... las sumas desembolsadas y aportadas desde el día 8 de enero de 2015" (fs. 17033).

Asimismo que el préstamo podía ser efectuado en un pago único o en pagos parciales *“dentro de un plazo de 12 meses a contar desde la fecha de la aceptación de la presente carta oferta... Los pagos deberán hacerse en la cuenta bancaria nro.4058833-4 339-7 que el prestador [en lugar de prestataria] posee en el banco Galicia”* (fs.17035).

El instrumento de “aceptación de solicitud de préstamo dinerario” por parte de Cifuentes es de fecha 14 de abril de 2015 y luce a fs. 17040.

Las sumas dadas en préstamo por Mario V. Cifuentes a OPS SACI habrían ascendido al 31 de enero de 2016 a \$ 27.718.687,00, ello conforme la registración efectuada en el rubro “Otros créditos”, cuenta “Accionistas/Directores” en la nota a los Estados contables por el ejercicio finalizado en esa fecha (fs.332) y las explicaciones dadas por la concursada a fs. 17134. Ninguna otra documentación ha sido agregada.

Al 31 de julio de 2016 dicha cuenta arrojaba la suma de \$ 31.661.482,00 (según el estado detallado y valorado del activo y pasivo a esa fecha).

La falta de balances posteriores impiden corroborar a la fecha el destino y aplicación de tales fondos por parte de la concursada.

Debo destacar también -teniendo en cuenta el monto y que el otorgante del préstamo era Mario Cifuentes-, las deficiencias que se advierten en su instrumentación, en tanto fue pedido por una apoderada de la sociedad.-y no por el presidente del directorio-, no habiéndose agregado ni mencionado la



Ministerio Público de la Nación

existencia de una decisión asamblearia que aprobara el endeudamiento de la sociedad. Ello así y dado que el mutuo habría sido dado por el propio presidente de la sociedad –también socio mayoritario–, debieron extremarse los recaudos, a fin de dotar de transparencia a la operatoria.

En consecuencia, teniendo en cuenta la alegada confusión en el manejo de fondos por parte de la concursada y revistiendo el Sr. Cifuentes al mismo tiempo el carácter de presidente del directorio y socio de OPS SACI y el de prestador de los fondos, solicito en ejercicio de la facultad requirente, agregue la deudora el balance correspondiente al ejercicio cerrado al **31.01.2017** con su respectiva aprobación por parte de la asamblea de accionistas, como así también el resumen del Banco Galicia correspondiente a la cuenta mencionada en la solicitud de préstamo, que justifique la acreditación de los fondos dados en préstamo.

11. Comité de control de acreedores.

De las constancias de la causa, se advierte que el comité de control del art.14:13 LCQ no fue debidamente integrado con un representante de los trabajadores (a pesar de las medidas dispuestas a tales fines en el auto de apertura).

Asimismo y al día de la fecha tampoco surge que en el ordenado en la resolución del art. 42 LCQ dictada el 4 de mayo de 2017 – integrado por Mercedes Benz Compañía Financiera Argentina SA y Finning Argentina SA-se hayan sumado los representantes respectivos, a pesar incluso de lo señalado por la jueza de grado en la resolución del 1 de septiembre de

2017, en oportunidad de presentarse el Sindicato de Choferes de camiones, Choferes, Obreros y empleados del transporte automotor de cargas generales del Neuquén (fs.25083/25084).

Dicha circunstancia también fue advertida en la resolución del 26 de enero de 2018 en los autos “OPS SACI s/concurso preventivo s/incidente transitorio” (expte.nro.17126/2016/94).

Tal omisión implica no haber escuchado a los trabajadores a lo largo del trámite del expediente y en especial en el traslado conferido respecto del recurso de apelación deducido por la concursada contra las resoluciones del 31 de octubre de 2017, 2 de noviembre de 2017 y 3 de noviembre de 2017.

Ello importa un evidente perjuicio, considerando el especial interés de los mismos, ante la situación de desvinculación masiva y desmantelamiento denunciados en los informes de gestión correspondientes a los meses de noviembre y diciembre/2017, como también por su eventual interés en participar en el procedimiento de cramdown como cooperativa de trabajo (art. 48 bis LCQ) o por el rol que les compete para el caso de declaración de quiebra de la deudora (art., 260 LCQ).

En consecuencia, corresponderá arbitrar las medidas para su adecuada integración.

12.Reserva Caso Federal.

Para el caso de que la sentencia deniegue lo solicitado por el Ministerio Público en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (art. 120 Constitución Nacional) o dicte una resolución contraria que vulnere el derecho de



Ministerio Público de la Nación

propiedad de los acreedores (art. 14, 17 Constitución Nacional), desde ya formulo reserva para ocurrir por la vía extraordinaria federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

13. Por último, atento a los hechos denunciados en autos, se libran oficios al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción nro.42 en la causa "OPS SACI s/infracción art.174:6 CP" (nro.63684/2016) y a la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), acompañando copia del presente, a los fines que estimen corresponder.

También y a los mismos efectos, se libra oficio al Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional nro.2, Secretaría nro.1, de la provincia de Neuquén en la causa nro.15695/2016, requiriéndole a la PROCELAC -atento a encontrarse el Juzgado oficiado en extraña jurisdicción y ante la falta de recursos de esta Fiscalía General- se proceda por su intermedio al respectivo diligenciamiento.

Dejo así contestada la vista.

Buenos Aires, 14 de marzo de 2018.

11.

GABRIELA E. BOQUIN
FISCAL GENERAL

FISCALIA GRAL. ANTE
LA CAMARA COMERCIAL
PROTOCOLO N° 152161

"E"

