

Algunas discordancias procesales en el nuevo concurso preventivo*

Por Guillermo M. Pesaresi

1. Introducción

La ley de concursos y quiebras 24.522, de 1995, fue reformada en febrero de 2002 por la ley 25.563 y contrarreformada en mayo de ese mismo año por la ley 25.589. No es el objeto del presente trabajo pormenorizar los cambios habidos en el articulado en general y en los institutos concursales en especial, bastando recordar –sintéticamente– que en la última actividad legisferante se introdujeron importantes modificaciones al régimen del acuerdo preventivo extrajudicial, al *cramdown* y a las facultades judiciales homologatorias.

Sin entrar en los aspectos sustantivos de aquellas novedades es menester apuntar que median ciertas “discordancias” en lo que concierne a ciertos tópicos de los institutos concursales en su formulación adjetiva actual. Puntualizaremos sintéticamente algunas anotaciones.

2. No obtención de las conformidades y declaración de la existencia del acuerdo frente al nuevo formato de la “homologación”

Según la ley vigente, si el concursado no presenta en el expediente, dentro del período de exclusividad “las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de categorías y mayorías previstos en el artículo anterior, será declarado en quiebra, con excepción de lo previsto en el art. 48 para determinados sujetos” (art. 46, ley 24.522). Este texto, que permaneció inmune a las reformas de las leyes 25.563 y 25.589, es concordante con el no modificado art. 77, inc. 1, de la LCQ en lo que atañe al mentado art. 46.

También, según el ordenamiento en vigor, “dentro de los tres días de presentadas las conformidades correspondientes, el juez dictará resolución haciendo saber la existencia de acuerdo preventivo” (art. 49, ley 24.522, texto reformulado por el art. 2º, ley 25.589). Se entiende que la declaración de la existencia de acuerdo preventivo no sólo se vincula con aquel alcanzado por el deudor en el período de exclusividad sino que puede dictarse respecto del que fuera eventualmente concertado en el período de salvataje (art. 48).

Ahora bien, a los fines antes indicados, corresponde decir que las normas aludidas en los párrafos precedentes “desencajan” frente al nuevo art. 52, texto según art. 17 de la ley 25.589, donde en una parte se prescribe que “si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que

* Publicado en *DJ*, 2003-2-287.

resulte reunida la totalidad de los... requisitos” que enuncia (art. 52, inc. 2, b, parte 1ª).

Se colige del texto transcrito que el juez puede hacer una excepción –bajo ciertos requisitos– y homologar un acuerdo o concordato que, en rigor no existe como tal, si es que a éste se lo conceptualiza como aquel obtenido con las mayorías legales necesarias (art. 45 y, según el caso, art. 67, párr. 6°).

Lógicamente, no puede convalidarse algo que no existe, la nada.

Aparece con bastante claridad que la inédita potestad judicial de “imponer un acuerdo”, más allá de la terminología, torna errátil la operatividad de los marcados arts. 46 y 49 frente al art. 52.

De un lado, pudiendo ahora el juez concursal homologar un acuerdo sin que medien las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de categorías y mayorías previstos en el art. 45, no aparece como posible o como coherente que derechamente decrete la quiebra o, en su caso, proceda a la apertura del procedimiento de salvataje o *cramdown*, pese a que así lo indica el art. 46. Predicar lo contrario –nos parece– es un contrasentido. Entendemos que al no alinearse con lo querido por el “último” legislador (quien aun con su inspirado art. 52 probablemente haya inadvertido el particular), es inaplicable en la actualidad el art. 46 de la ley 24.522.

Por otra parte, no obtenido formalmente el acuerdo por no alcanzarse las mayorías, hecho que antes era fatal, pero que ahora es reversible mediante un ulterior forzamiento jurisdiccional (reflexionado y excepcional), no es propio declarar su existencia, pues, precisamente, no tiene vida anterior (ficticia, claro) al momento de decidir la homologación. Es evidente que la norma perturba a la nueva estructura.

Sin embargo, pese a ello, entendemos inocua la norma contenida en el art. 49 de la ley concursal, o, al menos, adaptable a los cánones nuevos; motivo por el cual no le corresponde idéntico temperamento al propuesto para el art. 46 (es decir, que sea desoído). En efecto, con apoyo en que sería un mal mayor también afectar al mecanismo por el que se concede derecho a impugnar (arts. 50 y 51), consideramos adecuado postular que el juez debe dictar igualmente una resolución, mas no necesariamente declarando la existencia del acuerdo preventivo, sino, por caso, declarando la “no existencia”, sin perjuicio del posterior estudio de la situación que hipotéticamente le permita homologar un “acuerdo” sin las mayorías necesarias.

3. Imprecisiones en el “cramdown power”

Al menos dos aspectos adjetivos son los que inquietan del texto del nuevo art. 52.

Uno de ellos se vincula con el plazo para dictar la sentencia homologatoria, el que no existe (anteriormente, el juez tenía diez días para hacerlo, conf. art. 52 original). Según algunos autores¹ se ha evitado imponerle un plazo de días, perentorio y

¹ Prono, Ricardo S. - Prono, Mariano R., *La novísima legislación de concursos y quiebras*, en Alegría, Héctor (dir.), “Reformas a la ley de concursos (ley 25.589)”, número especial del Suplemento de Concursos y Quiebras, La Ley, junio de 2002, p. 37.

con sanciones por incumplimiento (arg. art. 273, inc. 1 y párr. final) con fundamento en que la mayor complejidad de la nueva arquitectura legal puede requerirle más tiempo que el ordinario para su estudio y decisión. Más allá de lo plausible de tal aserto, contrariamente conjeturamos que la ausencia de un plazo concreto responde a un “olvido” del legislador más que a una excepción ex profeso. Coincidimos con Dasso en el sentido de que la ley de quiebras tiene un contenido procesal que es fundamental y los plazos hacen a su eficaz desarrollo².

Por otra parte, una correcta télesis de la ley concursal indica que, malgrado la exigüidad del plazo de cinco días, a falta de uno específico (que –pensamos– ineludiblemente debiera existir, por caso, diez o más días), es fatalmente aplicable el principio general en virtud del cual debe dictarse resolución en el término de cinco días, pues no media fijado en la misma ley uno especial (art. 273, inc. 1, ley 24.522).

El otro es una cuestión desconcorde en lo terminológico: la ley al dictar los requisitos para que pueda operar el *cramdown power* alude, por un lado, a la “*la categoría o categorías disidentes*” y, por el otro, a los “*acreedores disidentes*” (art. 52, inc. 2, *b, iii y iv*, ley 24.522, respectivamente), por lo que no queda claro (*a priori*, y sin analizar el mecanismo y demás particularidades de la cuestión, lo que excede el objetivo del presente trabajo) si cuando se refiere a la “*categoría disidente*” alude a todos los acreedores comprendidos en ella o sólo a los que votaron desfavorablemente la propuesta, o si cuando menciona a los “*acreedores disidentes*” habla de los que no votaron favorablemente la propuesta en general o en particular.

4. Problemas nuevos y antiguos en el cómputo de las mayorías

Puede haber algún desajuste relacionado con aquellos acreedores cuya voluntad de aceptar o no el acuerdo propuesto por el concursado está vedada, esto es, cónyuge, parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, cesionarios dentro del año anterior a la presentación, etc. (art. 45, inc. *c*, párr. 2°, ley 24.522). La ley dice que a los comprendidos en esta situación se los “*excluye del cómputo*”, por lo que podría inferirse que, contrariamente al sentido que para las mismas personas tenía la ley 19.551 que instauraba la “*prohibición de votar*” (art. 51), sí podrían éstos manifestarse a favor o en contra de la propuesta, mas esa voluntad no puede ser “*computada*” a los fines de calcular si se alcanzaron o no las mayorías.

Este problema no es nuevo, por ejemplo, ¿qué pasaría si todos, la mayoría o gran parte de los acreedores verificados y admitidos están proscriptos de votar?, variable que tiene aún más posibilidades de que ocurra en el actual esquema que contempla la categorización o agrupamiento de los acreedores. Por caso, puede acaecer que una o más categorías estén integradas por acreedores impedidos de votar (o dicho con rigor, acreedores cuyo crédito se excluye del cómputo) y entonces, ¿se las toma como “*categorías disidentes*”?; o habría que denominarlas “*categorías inexistentes*”, o “*categorías latentes*” (gráficamente hablando puede asimilarse a los “*archivos ocultos*” en una determinada carpeta de una computadora).

² Dasso, Ariel Á., *La contrarreforma de la ley de quiebras en la emergencia*. Ley 25.589, LL, 2002-C-1334.

Desacomodo que puede patentizarse en el supuesto de concurso en caso de agrupamiento, pues recuérdese que tienen prohibido votar (aquí sí la ley alude al voto y no al cómputo) los acreedores miembros del conjunto económico, y sus cesionarios, dentro de los dos años anteriores a la presentación en concurso (art. 67, párr. último, LCQ). Tranquilamente en estos casos puede haber profusión de este tipo de acreencias, e incluso estar compuesto el pasivo quirografario exclusivamente por éstas.

Estos casos insolubles conducirán a que la existencia de un acuerdo preventivo (y su todavía obligatoria, salvo fraude o abuso, homologación, cfr. art. 52, incs. 2, a, y 4, ley 24.522) no necesariamente implique que se produjo aprobación de la “*mayoría absoluta de los acreedores, dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría*” (art. 45, párr. 1°). Sentado ello, y por de pronto, no cabe más reflexión que decir que es patrimonio del juez concursal decidir lo que entiende corresponde a cada caso en particular.

A todo lo dicho, se suman las nuevas disposiciones relacionadas con los dueños de títulos emitidos en serie (debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables, fideicomisos, etc.), quienes deben ajustarse a lo previsto por los arts. 32 *bis* y 45 *bis* de la ley 24.522 (normas incorporadas por los arts. 14 y 16 de la ley 25.589). Sobre el primer precepto, que establece que la verificación “*puede ser solicitada por el fiduciario designado...; y por aquel a quien se haya investido de la legitimación o de poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores*”, juzgándose la extensión de sus atribuciones de acuerdo a los contratos o documentos en función de los cuales haya sido investido de fiduciario, legitimado o representante, sin que se le exija ratificación o presentación de otros poderes (art. 32 *bis*), cabe decir que la inflexión “puede”, permite que se presenten a verificar los tenedores de títulos en forma particular, quitándole sentido a la norma que, justamente, vino a “organizar” una cuestión harto caótica. Pero así debe ser la lectura de tal potestad, pues ésta se encuentra reforzada con lo dispuesto por el art. 45 *bis*, inc. 6.

Superado ese escollo, puede observarse, entonces, que quien se presenta a insinuar el crédito es, ficticiamente, *un solo acreedor*, quien, dicho sea de paso, puede ser pasible (principio de concurrencia mediante) de que se declare verificado, admisible o inadmisiblesu crédito (aquí sólo cabe preguntarse nomás sobre qué derechos le asisten al tenedor de títulos de abogar por sus derechos cuando está en desacuerdo con los pasos del fiduciario o administrador; ni que decir si por su inacción o negligencia resulta inadmitido su crédito).

Ahora bien, ese *único acreedor*, al momento de votar tendrá una “doble personalidad” (acreedor “psicótico”, si se permite la expresión), pues se prescribe que “en los casos en que sea el fiduciario quien haya resultado verificado o declarado admisible como titular de los créditos, de conformidad a lo previsto en el art. 32 *bis*, podrá desdoblar su voto; se computará como aceptación por el capital de los beneficiarios que hayan expresado su conformidad con la propuesta de acuerdo al método previsto en el fideicomiso o en la ley que le resulte aplicable, y como rechazo por el resto. Se computará en la mayoría de personas como con una aceptación y una negativa” (art. 45 *bis*, inc. 6, LCQ).

Atento lo dimanado por la ley *supra* transcripta se reunirá en una misma persona un sí y un no, independientemente de la proporción de aceptación o de negación existente, lo que, *per se*, impide que ese acreedor integre él solo una categoría, porque dentro de ella no cumplimentará nunca la mayoría absoluta requerida por el art. 45. Ese impedimento (que eventualmente podría ser subsanado por el juez mediante el *cramdown power*), o algún otro (vinculado por ejemplo a la comentada posibilidad de verificar individualmente), nos conduce a mirar con desfavor la solución propuesta por la ley en el sentido de “desdoblar” la voluntad de una misma “persona”. Creemos que mejor sería inclinarse por la aceptación o por la negativa según la mayoría de capital haya votado favorablemente o en contra de la propuesta presentada.

5. El “cramdown” y sus plazos

El kilométrico *cramdown*, sensiblemente distinto al igualmente extenso anterior, contiene múltiples aristas que no es posible ahora abordar, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que media una marcada falta de determinación de los plazos procesales, especialmente aquellos para dictar resoluciones importantes, tales como la de designación del evaluador, la de fijación de la audiencia informativa y la de valuación judicial (art. 48, inc. 3), lo que provoca indefinición respecto a los tiempos de los que disponen las partes en la conclusión de la negociación en torno a las conformidades a la propuesta y al procedimiento que debe seguirse cuando el valor residual final fuere positivo³.

Nos detendremos brevemente en una cuestión relativa al acuerdo obtenido por un tercero con los acreedores (art. 48, inc. 7) y su discordancia procesal con las medidas para la ejecución del acuerdo homologado (art. 53, párr. 3°).

Recordemos que, según la ley, una vez determinado judicialmente el valor de las acciones y si este es positivo, el tercero puede:

“i) Manifestar que pagará el importe respectivo a los socios, depositando en esa oportunidad el veinticinco por ciento con carácter de garantía y a cuenta del saldo que deberá efectivizar mediante depósito judicial, dentro de los diez días posteriores a la homologación judicial del acuerdo, oportunidad ésta en la cual se practicará la transferencia definitiva de la titularidad del capital social; o,

ii) Dentro de los veinte días siguientes, acordar la adquisición de la participación societaria por un valor inferior al determinado por el juez, a cuyo efecto deberá obtener la conformidad de socios o accionistas que representen las dos terceras partes del capital social de la concursada. Obtenidas esas conformidades, el tercero deberá comunicarlo al juzgado y, en su caso, efectuar el depósito judicial y/o ulterior pago del saldo que pudiera resultar, de la manera y en las oportunidades indicadas en el precedente párrafo (i), cumplido lo cual adquirirá definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social” (art. 48, inc. 7, c, ley 24.522, texto según art. 13, ley 25.589).

Liminarmente, es cuestionable que se omita la precisión contenida en el art. 48, inc. 6, *in fine*, en tanto dispone que se aplican “las reglas previstas para el acuerdo

³ Dasso, Ariel Á., *La contrarreforma de la ley de quiebras en la emergencia. Ley 25.589, LL, 2002-C-1313.*

obtenido en el período de exclusividad”, por lo que, en este aspecto, la redacción del inc. 7 es deficiente⁴.

En otro cercano sector de la ley –relativo a las *medidas para la ejecución*– puede leerse: “En el caso previsto en el art. 48, inc. 4, la resolución homologatoria dispondrá la transferencia de las participaciones societarias o accionarias de la sociedad deudora al ofertante, debiendo éste depositar judicialmente a la orden del juzgado interviniente el precio de la adquisición, dentro de los tres días de notificada la homologación por ministerio de la ley” (art. 53, párr. 3°, ley 24.522, texto según art. 5°, ley 25.589).

Sin perjuicio de considerar incorrecta la remisión que realiza la norma recién transcrita, dígase que la contradicción es evidente y paradójica: mientras en el art. 48, inc. 7, c, i, se exige la efectivización del saldo del depósito del 25% (hecho luego de determinado el valor positivo de las cuotas o acciones, con carácter de garantía y a cuenta de saldo) dentro de los diez días posteriores a la homologación del acuerdo, en el art. 53, párr. 3°, se prescribe que debe depositarse el precio de la adquisición dentro de los tres días de notificada la homologación por ministerio de la ley.

Entonces: ¿tres o diez días?

Nos inclinamos por consagrar el término decenario, por razones de ubicuidad o metodología: encontrarse en el propio artículo referido específicamente al *cramdown* (el art. 53 refiere a las medidas judiciales necesarias para el cumplimiento del acuerdo), y por motivos de mayor número: porque está prescripto en dos oportunidades (art. 48, inc. 7, c, i y ii –por remisión–).

6. Resumen

De todo lo expresado hasta aquí, extractamos nuestras ideas del siguiente modo:

a) Es actualmente inaplicable el art. 46 de la ley 24.522, pues pudiendo forzarse las conformidades de los acreedores disidentes de manera que se permita la homologación del concordato, no es pertinente declarar la quiebra o, en su caso, pasar a la etapa de salvataje, si es que no se obtuvieron las conformidades requeridas por el art. 45.

b) El juez puede declarar la existencia del acuerdo, o bien, la no existencia del acuerdo (art. 49, LCQ), sin perjuicio de lo que ulteriormente decida respecto en función de las facultades otorgadas por el nuevo *cramdown power*, donde puede homologar un concordato que antes *strito sensu* no existía.

c) Resulta insatisfactoria la simultánea alusión a “categorías disidentes” y a “acreedores disidentes” que contiene el nuevo art. 52 de la ley concursal, sin que paralelamente se conceptúe legalmente a cada locución.

d) Median inconvenientes de índole práctica en lo que atañe a las mayorías, especialmente cuando concurren acreedores respecto de los cuales se prohíbe su

⁴ Dasso, Ariel Á., *La contrarreforma de la ley de quiebras en la emergencia. Ley 25.589, LL, 2002-C-1313.*

cómputo (arts. 45, inc. c, párr. 2º, y 67, párr. último, ley 24.522). No resulta plausible que los casos en que se trate de un acreedor que reúne a titulares, poseedores, tenedores o dueños de títulos emitidos en serie se desdoble el voto, pues hace imposible que se pueda arribar a la mayoría absoluta requerida por el art. 45 en caso de que se lo ubique en solitario en una determinada categoría, prefiriéndose (*de lege ferenda*) que se considere un único voto, positivo o negativo, según lo que la mayoría decida internamente.

e) Es cuanto menos problemática la carencia de prescripción sobre importantes plazos que debiera contener el nuevo procedimiento de salvataje. Se destaca especialmente la discordancia entre los diez días a los que refiere el art. 48, inc. 7, *c, i* y *ii*, y los tres días a los que alude el art. 53, párr. 3º, inclinándonos por considerar que debiera prevalecer la primera de las normas.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

