

Actualidad Internacional

Por E. Daniel Truffat, abogado, profesor, expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y Consejero Académico de DICTUM¹.

Apostillas sobre la así llamada ‘Tercera Vía’ en el Derecho concursal argentino

Ante el fenómeno de la cesación de pagos, la ley estatuye dos caminos diversos -en función de la posibilidad de superar dicho estado o de la suerte que tuvo el trámite superatorio-: (i) el concurso preventivo, (ii) la quiebra.

El primero es un proceso orientado a que el deudor, tutelado su patrimonio por diversas cautelares que dispone el juez, sujeto al control (pero no a la coadministración) del síndico y detenidas las acciones de ejecución en su contra, la ley establece la posibilidad de que los acreedores concurrentes -una vez corroborada su condición de tal- negocien un plan de salvataje. Ello en la convicción que la eventual reducción del monto abonar, otorgadas esperas o mutada la especie a pagar, mientras sea aceptado por una mayoría relevante y un juez determine que tal acuerdo no es abusivo ni en fraude a la ley, irrogará la superación de la cesación de pagos. Un enorme sabor a terapia intensiva donde todos los esfuerzos buscan la superación de la patología que está por llevarse la vida del paciente; pero con la advertencia de que luego -la mayoría de las veces- seguirá un durísimo tiempo de rehabilitación.

Este proceso (que personalmente he denominado precisamente como rehabilitatorio) se focaliza en la reestructuración del pasivo -para hacerlo pagable en abstracto- pero cada vez más en la reestructuración del negocio, en la búsqueda de nuevas vertientes de éste o en el diseño de explotación, que aquello que se promete sea cumplible. No en balde, y el tópico merece señalarlo, pero no hace directamente a este trabajo, todo lo referido a la financiación¹ posconcursal es probablemente el problema más urgente de la temática.

El segundo, la quiebra, consiste en la liquidación de los activos para atender los pasivos reconocidos en el proceso, distribuyendo lo que hubiera entre estos conforme las legítimas prioridades de ley. Trámite que suele ser acompañado por las declaraciones de ineficacia de los actos habidos en fraude a los acreedores, las acciones de responsabilidad contra administradores que hubieran producido o agravado la cesación pagos e incluso, en nuestro derecho, instalar en el status de quebrado a sujetos que tuvieran responsabilidad solidaria por previsión societaria o que hubieran sometido a desvío indebido del objeto social del

¹ Abogado, UBA, 1984; Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2006, Posdoctor en Derecho, Universidad de Bologna, 2023. Miembro corresponsal de DICTUM. Cofundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

e-DICTVM

fallido o hubieran dispuesto de sus bienes como si fueran propios.

En nuestro derecho se quiebra: (i) a petición del propio deudor, (ii) a petición de acreedor, (iii) por frustración del concurso preventivo, (iv) por extensión de quiebra.

Mientras que hay concurso preventivo: (v) porque así lo solicitó el deudor directamente, presentándose ante un juez, (v) porque tras quebrar peticionó que tal quiebra se convirtiera en concurso preventivo. Hay un mecanismo cercano al concurso preventivo, pero más informal: el acuerdo preventivo extrajudicial (APE), donde el deudor debe requerir que se le homologue un acuerdo de superación de cesación que ya cuenta con las mayorías de las conformidades de los acreedores -habida de modo privado-

Este sistema podríamos llamarlo 'primera vía'. Primera vía para evitar la quiebra. El escenario más habitual y común de superación de cesación de pagos.

La ley estatuye para aquellos que han fracasado, pero tienen cierto formato societario y que tienen negocio que pudiera resultar interesante para terceros hay una 'segunda vía'. Se lo llama sin ninguna precisión técnica por el número del artículo: '48' o 'salvataje' o 'cramdown'

Al fracasar el deudor en coleccionar las mayorías de ley si es una S.A., o SRL, una sociedad en la que el Estado Nacional o los Estados subnacionales sean parte; y se trata de lo que la doctrina llama 'gran concurso', la ley predica un trámite competitivo donde en simultáneo: (a) se pretende que compitan propuestas rehabilitatorias, ya no solo de la mano de los 'dueños' originales sino también de terceros que quieran quedarse con la empresa, (b) se arbitra la fórmula para, salvo que sea la deudora original aquella cuya propuesta antes fracasada obtenga conformidades (usualmente una versión

remozada), se transfieran las tenencias accionarias o cuotas sociales a quien mereciera el apoyo de los acreedores. Dicho de otro modo: un mix entre optimización de la propuesta y expropiación a aquellos que fracasaran en otros tiempos en el mercado y que no obtuvieron un plan de rescate durante el concurso ni durante el salvataje.

Si el salvataje sale bien y el deudor consigue las conformidades que no obtuvo en tiempos del trámite normal y el juez homologa la propuesta, *nulla quaestio*. Si un tercero consigue que le acepten la propuesta y el juez homologa, se transfiere la propiedad (la indemnización del antiguo propietario depende de si la empresa tenía patrimonio positivo o no y, en su caso, de los términos de pago a los acreedores concurrentes). Si no se obtienen conformidades o si el juez no homologa la propuesta, se da por finalizado el intento y se pasa a la quiebra.

La previsión legal que impone al juez no homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley, y la exquisita sensibilidad de dos queridos Magistrados: la exmiembro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y el siempre recordado ex vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala 'C', Dr. José Luis Monti, alumbró la tercera vía que aquí se quiere reseñar.

Los jueces advirtieron que había casos donde la propuesta no se veía homologable, pero por circunstancias o porcentajes o tasas de interés que solo ligeramente quedaban fuera de lo aprobable.

Fue así que la alta voz de Monti, rápidamente apoyada por la ilevantable autoridad técnica de Kemelmajer, señaló como posibilidad pretoriana el evitar pasar derechamente al artículo 48 o a la quiebra (cuando éste no era posible) dando al deudor la chance de 'mejorar' la propuesta aceptada por los acreedores, pero insuficiente para los jueces.

e-DICTVM

Hay fallos donde, por ejemplo, se señaló que el mínimo a abonar no debía quebrar el antiguo mínimo del 40% del pasivo (tal como ocurría con la versión original de la ley 24522), otros donde se apuntó que la tasa de interés elegida y la espera prevista resultaban abusivos para el paladar judicial y que el deudor debía elegir entre mejorar la tasa o acortar la espera. En algún supuesto se homologó la propuesta advirtiendo que se hacía bajo condición de que el deudor aceptara cierta mejora que el Tribunal reputaba imprescindible para correr el abuso.

En un fallo recentísimo un Juez mendocino ha abierto condicionalmente la tercera vía, señalando que si el deudor no la acepta o no mejora la propuesta se pasará directamente al salvataje; dando un interesante giro al mantenimiento de la figura y, al mismo tiempo, no poner en crisis la necesaria rapidez y economía procesal del trámite. Todo esto está dicho por el Juzgado concursal Nro. 3 de Mendoza en autos 'Cartellone' con los párrafos de magnífica pluma que siguen:

«Considerados los diversos parámetros arriba expuestos, corresponde ahora hacerlos converger mediante una actividad ponderativa. Ello conducirá a una conclusión razonada.

El reducido porcentual ofrecido, a cobrar durante más de una década como consecuencia de un concordato carente de fundamentación actual y proyectiva que acredite suficientemente la realización del máximo esfuerzo por parte de la deudora, adunado a una conjunción de mayorías -si bien no manipuladas- algo forzadas; no parece constituir el mejor escenario para

desestimar las denuncias de abuso y homologar el acuerdo preventivo.

Por los mismos motivos, tampoco puede afirmarse sin hesitación la existencia del abuso, aunque -conforme a la línea argumental transitada- ello no puede beneficiar a la concursada.

2. Ciertamente que estas deficiencias podrían encontrar solución durante la etapa de salvataje prevista por el art. 48 de la LCQ para la hipótesis en que el acuerdo no resulte homologado, pues en esa oportunidad -y de existir interesados inscriptos- la concursada podría repararlas. Sin embargo, entiendo que es posible lograr una solución de mayor celeridad, valor y que conceda al esfuerzo que todos los actores realizaron para arribar a esta etapa, la virtualidad de alcanzar un resultado lo más satisfactorio posible en este contexto de escasez.

Si los acreedores en la mayoría de ley han decidido conformar el acuerdo y los motivos por los cuales fundamenté que no corresponde homologarlo pueden ser remediados por la propia deudora en un trámite sensiblemente más breve y sencillo que el de salvataje; considero acertado -por conveniente para todos los interesados- transitar este camino. Así lo aconseja también el sesudo estudio de la jurisprudencia que en casos similares acudió a esta alternativa preventiva y el de la doctrina referida a este instituto de creación pretoriana².

² CNCom Sala C, "Línea Vanguard S.A." 04/09/2001; SCJMza., Sala Primera, causa N° 75.945 y su acumulado 76.159 "Argenfruit S.A. EN J 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/Conc. s/inc. Cas.", 24/06/2003; CUIJ:13-

02151383-5((011903-1017264)), 05/04/2018, KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMAP/MEGACONCURSO <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6027358514>; entre

Se trata de otorgar a la concursada la posibilidad de mejorar las condiciones del acuerdo de un modo significativo. Esta significatividad tendrá relación directa con su fundamentación, la cual derivará del plan de negocios y la prueba del máximo esfuerzo.

En síntesis, encontrándonos ante una empresa de innegable relevancia social y económica, considero que la solución más prudente y conveniente para todos los interesados consiste en conceder un plazo razonable a la deudora para que proponga condiciones mejoradoras del acuerdo, alcanzando un adecuado equilibrio entre la eventual mejora, un plan de negocios que la sustente y la prueba del máximo esfuerzo a cargo de la sociedad concursada.

De más está señalar que estas condiciones mejoradoras del acuerdo no pueden implicar una modificación a su naturaleza o sustancia; puesto que, de otro modo, no sería posible considerar válidas las conformidades ya otorgadas.

3. Entendiendo que la decisión que concede el plazo implica el otorgamiento de un beneficio a todos los interesados con el objetivo de promover la solución concordataria a exclusivas manos de la sociedad concursada, adelanto que este aspecto de la resolución no es apelable.

En otras palabras, la concursada puede tomar o dejar esta oportunidad, pero no puede agravarse de la concesión del beneficio –no previsto en la ley concursal, pero aceptado pretorianamente-. Tampoco los acreedores tendrían legítimo

interés en oponerse, puesto que el plazo es breve, la fecha propuesta para el pago de la primera cuota concordataria es lejana, y el subsiguiente y necesario trámite de salvataje es mucho más extenso que el lapso otorgado para el mejoramiento y fundamentación del acuerdo existente.

Consecuentemente, si la concursada interpusiera el recurso de apelación, entiendo que, sin perjuicio de estar a lo dispuesto por el último párrafo del art. 50 LCQ (art. 159 LCQ), será de mayor prudencia dejar de lado el ejercicio de esta extraordinaria facultad judicial y seguir el trámite normal de la ley a fin de que otros interesados puedan, en competencia con la deudora, ofrecer un mejor acuerdo a los acreedores y adquirir la titularidad de las acciones de la sociedad en crisis.

4

4. Para la hipótesis anteriormente prevista, al vencimiento del plazo o si la deudora manifestara no tener interés en el plazo concedido; se dispone la apertura del registro y el monto a depositar por los interesados, conforme lo establece el art. 48 LCQ».

Habiendo habido pocos fallos que previeran tercera vía, confieso que intuía que había perdido convicción el empleo de este mecanismo entre los jueces. El brillante fallo del Juez Pablo González Masanes parcialmente citado (que se hace cargo de lo complejo de considerar una propuesta ‘abusiva’) renueva mi confianza en que los jueces no trepidan en intentar este paso intermedio -tan positivo para morigerar las durezas negociales que se suscitan durante el trámite concursal y para poner un límite prudente a las picardías de los acreedores-. Digamos que el salvataje del art. 48

otros: Dasso, Ariel Gustavo, La propuesta abusiva y la tercera vía, LA LEY 14/11/2011, 1 -

LA LEY2011-F, 976,Cita: TR LALEY AR/DOC/2371/2011.

e-DICTVM

LCQ muchas veces aparecía como una bomba nuclear para detener una infestación de mosquitos. La tercera vía pone todo en terreno más ajustado a los defectos que cuestiona.