

APROVECHAMIENTO DE LAS CONFORMIDADES ARRIMADAS POR EL DEUDOR DURANTE EL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD POR LOS TERCEROS INSCRIPTOS EN EL PROCEDIMIENTO DE SALVATAJE.

Dr. Javier Armando Lorente

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial
Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

“El/los tercero/s inscripto/s para participar en el procedimiento de salvataje regulado en el art. 48 LCQ (horriblemente llamado *cramdown* en la experiencia vernácula) pueden aprovecharse de, y tener como propias, las conformidades arrimadas por la concursada durante el período de exclusividad, siempre y cuando la propuesta de el/los tercero/s inscripto/s sean iguales y/o constituyan una ostensible mejora a la propuesta exteriorizada por la concursada y previamente conformada por los acreedores (aunque en número insuficiente para haber alcanzado la doble mayoría del art. 45 LCQ).”

I.- Palabras preliminares - Homenaje.

Las palabras introductorias de la presente ponencia suponen un sinceramiento del autor de la misma, respecto que la creación intelectual última de la misma no es propia, sino que fue una idea increíblemente inteligente e innovadora de quien fuera mi amigo y socio: Dr. Jorge Osvaldo López¹.

Dentro de la casi ilimitada capacidad de generar ideas creativas (internamente las dimos en llamar “ocurrencias”) está el germen de la presente ponencia, que –muy sucintamente- puede resumirse en que los terceros inscriptos en el procedimiento de salvataje puede basarse, al igual que la propia concursada -en su “segunda oportu-

¹ Indudablemente la mente jurídica más creativa y original con la que he de interactuar en mis casi 35 años de ejercicio profesional. Jorge era un pensador “fuera de la caja”, que muy difícilmente tuviera una solución ortodoxa para los complejos problemas jurídicos que se le confiaban profesionalmente.

nidad”-, en las conformidades arrimadas por la deudora durante el período de exclusividad y que, en consecuencia, siempre que se trate de una mejora evidente u ostensible, ni la propia concursada (he aquí la solución común) ni el tercero inscripto (he aquí la genialidad de Jorge), deben volver a obtener tales conformidades sino que sólo deben procurar aquellas restantes para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.

II.- El silogismo subyacente.

El razonamiento que respalda la presente ponencia es el siguiente:

1. En caso de mejora (evidente si se quiere) de la propuesta concordataria, las conformidades otorgadas por los acreedores a la versión anterior resultan válidas y vinculantes y no es necesario obtener nuevas adhesiones a la propuesta mejorada²;
2. Durante el salvataje (art. 48 LCQ), el/los tercero/s inscriptos no formulan propuestas a título personal sino que lo hacen por cuenta y orden de la persona jurídica concursada; entonces
3. Las conformidades otorgadas por los acreedores verificados y/o declarados admisibles a la última propuesta concursal exteriorizada por la concursada durante el período de exclusividad resultan también válidas y vinculantes en beneficio de el/los tercero/s inscriptos cuando estos formula/n su/s propia/s propuesta/s siempre que esta/s sea/n igual/es a la aceptada previamente y/o constituya/n una innegable mejora respecto de la anterior

De las dos premisas de la que está formado el silogismo, sólo creemos que podría despertar dudas la primera y, persuadido el destinatario de la validez de la misma, la conclusión a la que se llega es el resultado lógico que se deduce de las dos premisas.

Salvo que nos atengamos a una interpretación exegética de la última frase del primer párrafo del art. 45 LCQ, y que se entienda que una “mejora” es lo mismo que una “modificación”, la opinión mayoritaria resulta coincidente con el principio elemen-

² A pesar de la última frase del primer párrafo del art. 45 LCQ (“Sólo resultarán válidas y computables las conformidades que lleven fecha posterior a la última propuesta o su última modificación presentada por el deudor en el expediente.”), existe un fuerte consenso en doctrina y en jurisprudencia en sentido contrario. Sin tener que profundizar demasiado la indagación, en la enorme mayoría de los casos de aplicación pretoriana de la “tercera vía”, los Tribunales NO han exigido al deudor la obtención de nuevas conformidades.

tal del proceso concursal es: garantizar el éxito de la solución concordataria y la conservación de la empresa y sus fuentes de trabajo.

Resulta claro que cualquier modificación en los términos de la propuesta que constituya una mejora sustancial para la masa de acreedores respecto del modo de pago de sus créditos (monto, plazos o intereses), deberá ser considerada aceptada aun cuando ya se hayan extendido conformidades con la propuesta anteriormente exteriorizada por la deudora. Esto es, sin que sea necesario -en absoluto- contar con nuevas conformidades, y teniéndose en cuenta a los fines del cómputo de las mayorías también aquellas documentadas con anterioridad a la mejora.

Cualquier otra interpretación al respecto no resulta compatible con el fin último de la normativa concursal tendiente a lograr el acuerdo del deudor con sus acreedores.

Una interpretación apropiada al proceso concursal es permitir mejorar la propuesta en todo tiempo en tanto no se haya decretado la quiebra. Tan es así que, en la práctica, y en particular en aplicación de la archiconocida “tercera vía” (cuya autoría intelectual puede hallarse en la pluma de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci), tratándose de mejoras, ni siquiera se requiere la conformidad con la última propuesta, pues resulta evidente que quien ha aceptado una propuesta peor aceptará aquella en su versión mejorada, otra solución sería abusiva, y contraria al espíritu de la normativa concursal que sin dudas pretende evitar consecuencias disvaliosas tanto para el deudor como para los acreedores.

Se ha sostenido al respecto que: *En consecuencia, visto que la concursada, se reitera, ha mejorado la propuesta, en esta instancia, y dicha mejora no ha sido objetada por la sindicatura a fs. 1500/2, contemplando ahora intereses compensatorios desde la presentación concursal, no se advierte la necesidad de que la misma sea puesta a consideración de sus acreedores quirografarios pues, el acuerdo preventivo original -votado por las mayorías requeridas legalmente contenía para ellos condiciones menos ventajosas que las actuales. Por lo tanto, a fin de no dilatar la petición de la concordataria tendiente a lograr la solución preventiva, esta Sala estima que corresponde homologar la nueva propuesta concordataria presentada a fs. 1.483/1.484, en este marco procedimental*³.

En idéntico sentido se ha dicho que: *“Este Tribunal ha admitido en anteriores*

³ CNCom, Sala A, “Hebos S.A. s/ Concurso preventivo”, 04/05/2010, La Ley Online, AR/JUR/21370/2010

oportunidades la aplicación del pretoriano instituto de la “tercera vía” apuntado a permitir a la concursada la posibilidad de concretar con éxito su propuesta, brindándole la alternativa de efectuar una readecuación de los términos de su acuerdo que permita salvaguardar los derechos de los acreedores. Ello importa recurrir a este instituto, soslayando el plazo acordado por la ley concursal; como alternativa a la disyuntiva homologación o quiebra, protegiendo los intereses de la conservación de la empresa y de las fuentes de trabajo” ⁴.

En este mismo orden de ideas se sostuvo que: “(...) de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema” ⁵.

A partir de tales antecedentes se ha admitido y decretado la homologación de propuestas concordatarias que incluso han sido mejoradas en la Alzada, para las cuales no se ha exigido la presentación formal de nuevas conformidades certificadas.

Concordantemente, la doctrina ha dicho que exigir una nueva ronda de conformidades, podría configurar un exceso ritual manifiesto ⁶.

Y ello, responde a toda lógica y coherencia, puesto que es evidente e implícita la ratificación de conformidad de un acreedor, frente a una propuesta superadora que sólo puede redundar en un absoluto beneficio, al que por supuesto no se negaría⁷.

Persuadidos –eso espero– los destinatarios de la presente de la primer premisa del silogismo, la segunda no debe representar ningún desafío.

Salvo la estúpida referencia contenida en la última oración del segundo párrafo de insólito art. 48 bis LCQ (“La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan

⁴ CNCom, Sala B. “Petrolera Argentina S.A. s/ Concurso preventivo”, 27/03/2017.

⁵ CSJN, “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, 15/03/2007, Disidencia de los Señores Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni.

⁶ V Congreso Argentino de Derecho Concursal – III Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, “Derecho concursal argentino e iberoamericano”, Tomo II, Año 2003, Página 659.

⁷ De todas maneras, en nuestra propia práctica profesional, solemos introducir un párrafo dentro de la propuesta concordataria cuya adhesión se pretende de los acreedores, que deje aún menos espacio interpretativo, expresando: Conformidad con las modificaciones a la propuesta: La adhesión de cada acreedor a la propuesta será irrevocable e implica su conformidad con las modificaciones que la concursada haga a la propuesta, siempre y cuando las mismas consistan en mejoras objetivas.

de las conformidades presentadas.”), es una verdad de Perogrullo que el/los tercero/s inscriptos cuando formula/n su/s propia/s propuesta/s concordatarias, no lo hacen asumiendo obligaciones propias (salvo que así emane explícitamente del texto de las mismas) y que en realidad formulan las propuestas por cuenta y orden la de persona jurídica concursada, que siempre es la única deudora de las prestaciones que emanan de dichas propuestas.

III.- La necesaria conclusión lógica: el aprovechamiento de las conformidades arrimadas por la concursada por parte de el/los tercero/s inscriptos.

Teniendo en consideración las dos premisas del razonamiento, y ya transitando el procedimiento del salvataje, siempre y cuando la propuesta de el/los tercero/s inscripto/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, todas aquellas conformidades obtenidas por la persona jurídica concursada durante el período de exclusividad (art. 43 LCQ) y aportadas en el expediente (aunque en número insuficiente para haber alcanzado la doble mayoría del art. 45 LCQ), pueden ser “aprovechadas” por el/los tercero/s inscripto/s, encontrándose –al respecto- en igualdad de condiciones que el propio deudor como expresamente señala el art. 48 LCQ: *“El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes.”* (art 48 inc. 4° primer párrafo in fine LCQ)

Es clave, desde nuestra óptica, entender que las conformidades obtenidas durante el período de exclusividad lo fueron en beneficio de la persona jurídica concursada, y no de su órgano de gobierno ni de su órgano de administración particularmente, y que el salvataje del art. 48 LCQ no importa modificar el sujeto deudor (la persona jurídica concursada continuará siendo siempre la misma), sino apenas el reemplazo –de prosperar la oferta por uno de los terceros inscriptos- de los integrantes del órgano de gobierno (accionistas/socios) y, subsecuentemente, la modificación del órgano de administración.

Si se compartiera la conclusión del silogismo subyacente, el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia” (art 48 inc. 4° segundo párrafo LCQ) no necesitará/n obtener nuevamente las conformidades de los acreedores verificados y/o declarados admisibles que ya obren agregadas en el expediente, reiteramos, siempre y cuando su/s propuesta/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, y podrán “apro-

vechase” y/o “apalancarse” en dichas conformidades, restándole sólo obtener las necesarias para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.

Todo ello, claro está, asumiendo también que el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”, no alteren las categorías fijadas en oportunidad del art. 42 LCQ.

Dicho esto, resta señalar que los acreedores no podrían en esta instancia retractar sus aceptaciones. Esto, toda vez que, conforme lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, otorgada la aceptación -a cualquier propuesta- esta puede ser únicamente retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que tal propuesta (CCCN: 981).

La conformidad es un acto jurídico, voluntario, unilateral y expreso (CCCN: 957 y 972) que tiene como consecuencia directa consagrar la relación jurídica entra las partes, siempre que se hallen observadas los recaudos y formalidades que las leyes disponen (conf. Art. 45 y 46 LCQ y 259, 285 286 y 2649 del CCCN).

Cumplidos los extremos fácticos y jurídicos expuestos en la presente (referidos a la inexistencia de modificación en la categorización y que la propuesta tiene que constituir una mejor), refutar la conclusión propugnada sólo por una presumida posibilidad de que los acreedores que ya hubieran prestado su conformidad podrían retractar la misma, siquiera resulta ajustado a derecho.

La doctrina especializada nos recuerda que el principio de legalidad “*impone que toda limitación a la libertad del individuo debe resultar, necesaria y exclusivamente de una ley, sancionada por el órgano legislativo, que esté encuadrada en la Constitución Nacional, restrictivamente interpretada, de manera que en caso de duda haya que estarse en favor de la libertad*”. Esta interpretación restrictiva es la que debe primar en la ponderación judicial, pero ello no es lo que se desprende de la exigencia de obtención de nuevas conformidades cuando se trate de propuesta/s de el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”.

La omisión en la aplicación del derecho vigente, a la que hacemos referencia, también vulneraría la garantía de defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional). Ello así, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A saber: “...pues la garantía de defensa en juicio no sólo comprende la de ofrecer y producir pruebas sino, también la de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso” (Fallos 330:230).

IV.- CONCLUSIÓN.

Una interpretación armónica y sistémica del art. 48 LCQ, nos lleva a concluir que el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”, no necesitará/n obtener nuevamente las conformidades de los acreedores verificados y/o declarados admisibles que ya obren agregadas en el expediente, reiteramos, siempre y cuando su/s propuesta/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, y podrán “aprovecharse” y/o “apalancarse” en dichas conformidades, restándole sólo obtener las necesarias para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.