

La “empresa” como presupuesto de apertura del proceso de salvataje previsto en el Art. 48 LCQ, en relación al caso “Correo Argentino”.

Por Pablo Arenas¹

Resumen/Abstract: *La declaración de quiebra debe interpretarse en sentido restrictivo, no pudiendo crearse por vía jurisprudencial, nuevos supuestos no establecidos taxativamente por la L.C.Q.. En ese sentido, no corresponde a los jueces exigir la existencia de empresa o actividad empresarial, o su potencialidad, en tanto, no constituye requisito para la apertura del procedimiento establecido en el Art. 48 de la L.C.Q..*

SUMARIO: 1.- Introducción. Planteo del caso. 2.- La “empresa” como concepto. 3.- Las posturas de los autores 4.- Antecedentes jurisprudenciales. 5.- Nuestra opinión a modo de conclusión.

1.- Introducción. Planteo del caso:

La reciente intervención de la Sra. representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Gabriela Boquín, y el dictamen emitido en relación al caso “Correo Argentino”, nos conducen a reeditar un interrogante que se planteara hace varios años, con motivo de la resolución dictada por el, por entonces, juez de instancia de la causa, Dr. Eduardo Favier Dubois, con fecha 16/12/2003.

En aquella oportunidad, el magistrado decidió, a la par de la declaración de extinción o vencimiento del periodo de exclusividad sin que se hubieren acompañado las conformidades suficientes, re-encuadrar el proceso concursal como “pequeño concurso” y excluirlo del proceso previsto en el Art. 48 de la L.C.Q..

¹ El autor es Abogado graduado en la UNLP. Miembro de Clínicas Jurídicas de Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, desde Abril de 2010 a Diciembre de 2013. Auxiliar docente de Derecho Privado II, Facultad de Ciencias Económicas, UNLP, desde Febrero de 2013 a la actualidad. Auxiliar docente en Sociedades Comerciales, Facultad de Derecho, UDE, desde 2014 a la actualidad. Ayudante ad honorem de Comercial II, Concursos y quiebras, Cát. II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP desde 2014 a la actualidad. Miembro del Instituto de Derecho Comercial, CALP.

Tal decisión en el entendimiento de que, con la rescisión de la concesión y transferencia del pasivo laboral, asumido por el Estado Nacional, no se mantenían los presupuestos de “gran concurso”, y por ello, era necesaria la re-calificación del proceso.

El análisis del magistrado se completaba y reforzaba, además, con otro fundamento: la ausencia de “empresa” salvable o “hacienda” con potencialidad a futuro.

En consecuencia, cabía, a entender del juez, decretar la quiebra.

El estado actual del proceso, entendemos, nos conduce a reeditar la discusión en torno a la necesidad o no, de la actividad empresaria, o existencia de empresa salvable o, al decir de la ley, “empresa en marcha”, como presupuesto ineludible para la apertura del proceso previsto en el Art. 48, inapropiada y popularmente conocido como “cramdown”, denominado más correctamente por la doctrina como “venta forzada del paquete accionario”² o “salvataje empresario”.

Ello atento que, si en el actual estado del proceso, quedara firme la impugnación formulada por la Dra. Boquín, debiera entonces analizarse sobre la base de la apertura del proceso de salvataje, o la declaración de quiebra de la sociedad concursada.

2.- La “empresa” como concepto.

El concepto, ya de por sí, plantea el desafío inicial de definir su contenido. Es decir, conceptualizar, que debe entenderse por “empresa”.

Se ha debatido arduamente a su respecto, sin arribar, a una conclusión categórica que permita abarcar, por caso, todas las posibles acepciones³.

Como dificultad adicional, cabe agregar que, el concepto, no resulta definido en nuestro ordenamiento positivo, y aún más, si antes podíamos acudir a la teoría de los actos de comercio y la figura del comerciante para intentar esbozar un concepto, hoy nos encontramos con la derogación de las referidas construcciones doctrinarias.

² DASSO, Ariel, "La transferencia forzosa de la empresa insolvente", LA LEY, 1994-E, 1227.

³ “La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio” por Ana I. Piaggi en <https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj1uN-A0PFSAhXJqZAKHb4pAjsQFgqeMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.catedra-piaggi.com.ar%2Fbiblio%2FPiaggi.LA%2520EMPRESA%2520A%2520LA%2520B%25C3%259ASQUEDA%2520DE%2520UN%2520NECESARIO%2520EQUILIBRIO.doc&usg=AFQjCNEA-bWf2vjOwPGt8jeiwjWH4vXrFg&bvm=bv.150729734.d.Y2I>

Sin embargo, a la luz de la regulación vigente a partir del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en su Art. 320, podemos conceptualizar a la “empresa” como la “actividad económica organizada”.

3.- Las posturas de los autores.

En un extremo, autores como Dasso sostuvieron que *“(e)l objetivo del ‘cramdown’ no es transferir la empresa en marcha sino el capital social (totalidad de las cuotas o acciones) de la sociedad concursada”* y que el instituto debe interpretarse en un sentido económico, agregando que: es el interés o desinterés del mercado el que determina la viabilidad o inviabilidad del cramdown, y no el juez, ni siquiera el concursado⁴.

Refuerza la postura el citado autor, al agregar que: *“Condicionar la apertura del cramdown a la circunstancia del funcionamiento actual de la empresa significa atender a un principio absolutamente opuesto a las ideas claves que manejan la nueva ley concursal desplazando otra vez a la antípoda (potestad judicial), la evaluación de conceptos económicos que la nueva ley remite al orden estrictamente privatístico gobernado sólo por las reglas del mercado y además incorporar por vía pretoriana un nuevo supuesto de quiebra indirecta, lo cual no guarda congruencia ni con los principios ni con el texto de nuestro Ordenamiento falimentario.”* concluyendo con cita a Maffia que: *“en marcha o parálitica la empresa es la misma”*⁵.

En el otro extremo, encontramos autores de la talla de Junyent Bas y Chiavassa, quienes se manifestaran por la postura opuesta, expresando que *“el salvataje tiene como finalidad la reorganización y saneamiento de la empresa y, de allí, su carácter de negocio jurídico indirecto que mediante el arreglo del pasivo y la transferencia accionaria permite que el cramdista asuma la titularidad de la sociedad y, por ende, de la empresa que la sustenta”*⁶.

Asimismo, no es menor señalar que, tiempo después, la postura fuera aunque matizada, ratificada por los autores al decir que aun considerando que el esquema legal no exigía de ninguna manera *“la valoración judicial acerca de la viabilidad de la organización empresaria, actual o en potencia”* y que en consecuencia debía ser el mercado el que decidiera y modalizara el funcionamiento del salvataje, *“en última instancia*

⁴ El "cramdown" y la "empresa en marcha", por Dasso, Ariel Gustavo. Publicado en: LA LEY2000D, 310. Cita Online: AR/DOC/20241/2001.

⁵ MAFFIA, Osvaldo, "La ley de Concursos Comentada", t. I, p. 192, Ed. Depalma, 2001.

⁶ Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo Correo Argentino S.A. Por: Chiavassa, Eduardo Néstor Junyent Bas, Francisco A. Publicado en: LA LEY2004B, 741 Derecho Comercial Concursos y Quiebras Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 349. Cita Online: AR/DOC/687/2004.

*creemos que debe rescatarse la facultad judicial de evaluar la potencialidad del emprendimiento como presupuesto objetivo imprescindible para el funcionamiento del salvataje del art. 48 de la L.C.”*⁷

Por su parte, expresa Eduardo Favier Dubois (h.) en relación al salvataje que: *“el ordenamiento jurídico en su conjunto requiere que, al menos, exista "empresa" que, aún inactiva, tenga potencialidad de funcionamiento futuro”*⁸.

4.- Antecedentes jurisprudenciales.

En instancia judicial se admitió la posibilidad de salvataje empresario sin “empresa en marcha” en los autos "Automundo S.A.”⁹ y "Canga S.A.”¹⁰. En este último caso citado, la sala E de la Cámara Nacional Comercial entendió que, el procedimiento de salvataje no apunta estrictamente a la enajenación de la "empresa en marcha", sino a la transferencia de las acciones representativas del capital de la sociedad anónima concursada.

Vale destacar que al tiempo del fallo “Canga SA”, se encontraba vigente el procedimiento en la versión original que plasmara la ley 24.522, con anterioridad a las modificaciones introducidas por la ley 25.589 del 16/05/2002, es decir, con el agregado “empresa en marcha”.

Sin perjuicio de lo expuesto, la postura fue expresada también en “Automundo SA”.

Por su parte, la resolución dictada en el Caso “Correo Argentino” por el Dr. Favier Dubois, mereció la revocación de la Cámara, en razón de considerar el tribunal de alzada, por una parte, que la recalificación de las categorías de "pequeño" o "gran" concurso no puede presentarse de manera sorpresiva, de forma tal que implique una retroacción de los efectos jurídicos otorgados oportunamente como consecuencia de estar reunidas las exigencias del art. 288 de la L.C.Q. para excluir la calificación de "pequeño concurso", y por otra, que bajo el nuevo texto de la ley 25.589 (Adla, LXII-C, 2862), no se requiere una "empresa en marcha", sino la existencia de interesados en adquirir las correspondientes participaciones societarias que

⁷ “Las pautas de "aplicabilidad" del salvataje empresario. La "saga" del derecho judicial a partir de la causa Correo Argentino.” por Chiavassa, Eduardo Néstor y Junyent Bas, Francisco A. Publicado en: LA LEY 14/06/2005, 14/06/2005, 1 - LA LEY2005-C, 1402. Cita Online: AR/DOC/1777/2005.

⁸ Juz. Nac. de 1ª instancia N° 9, Sec. 18 "Correo Argentino S.A. Concurso Preventivo", 2003/12/16.

⁹ C.N.Com., Sala C, "Automundo S.A.", del 9-9-03.

¹⁰ C.N.Com., Sala E, "Canga S.A.", del 5-8-98.

habiliten la transferencia del emprendimiento, sin condicionamientos ni garantías respecto del ulterior destino, que pueden ser la continuación o el cese¹¹.

5.- Nuestra opinión a modo de conclusión.

Entendemos, en sentido concordante con la postura jurisprudencial y doctrinaria que se expide a favor de la apertura del procedimiento previsto en el Art. 48 de la L.C.Q., que no corresponde a los jueces evaluar la potencialidad de una empresa, y ni siquiera su existencia, en razón de no constituir ella, un requisito previsto por la normativa concursal.

A mayor abundamiento, cabe observar que, habiéndose incluido los términos “empresa en marcha” en la primigenia redacción del Art. 48, tal referencia fue, luego, suprimida por el legislador.

A la par, y aun en el marco de aquella primera redacción, era opinión de la doctrina y jurisprudencia que la expresión, y aun la finalidad querida por la norma, debía interpretarse en un sentido económico y no meramente literal.

Por otra parte, no puede soslayarse que, la interpretación judicial, en materia de “declaración de quiebra” debe realizarse con criterio restrictivo, no pudiendo los jueces incorporar requisitos no previstos, para rechazar la apertura del proceso falencial ni exigir extremos no requeridos para arribar a la solución concordataria.

De sostener el criterio opuesto, nos encontraríamos frente al supuesto de incorporar, para una parte del procedimiento, un requisito no exigido al tiempo de la apertura del proceso preventivo, y ni siquiera considerado, al tiempo de homologar el acuerdo, es decir la potencialidad del emprendimiento productivo, la viabilidad del acuerdo o incluso, una exigencia de la doctrina, largamente reclamada y no consagrada legalmente, como es el “plan de empresa”.

¹¹ Conf. “Las pautas de “aplicabilidad” del salvataje empresario. La “saga” del derecho judicial a partir de la causa Correo Argentino.” por Chiavassa, Eduardo Néstor y Junyent Bas, Francisco A., Publicado en: LA LEY 14/06/2005, 14/06/2005, 1 - LA LEY2005-C, 1402. Cita Online: AR/DOC/1777/2005 en relación al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, con voto de los Dres. Enrique Butty, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi, 27/10/2004.