

Supuestos de aplicación del cramdown (o salvataje de la empresa). ¿Procede su aplicación -de lege ferenda- ante la hipótesis de incumplimiento del acuerdo preventivo homologado?

por Juan C. Ciminelli

1. Cramdown. Novedad concursal

Constituye un lugar común en la doctrina concursal elaborada a partir de la promulgación de la ley 24.522, señalar como una gran innovación –quizás la más osada– la posibilidad de rescatar a un emprendimiento económicamente viable, ante la hipótesis de frustración del concurso preventivo, a través del procedimiento de *cramdown* u oferta de terceros (arts. 48, 51 y 53, ley 24.522)¹.

2. Hipótesis para su aplicación (*de lege lata*)

El procedimiento es aplicable en las siguientes hipótesis legales –*de lege lata*–: a) falta de presentación de la propuesta en las actuaciones concursales –art. 43, LCQ–; b) vencimiento del plazo de exclusividad –art. 43, LCQ– sin que el deudor hubiere obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo –art. 45, LCQ–, y c) estimación de una incidencia impugnatoria de la propuesta conformada por las mayorías legales –arts. 50 y 51, LCQ–.

Las causales de apertura del procedimiento –art. 48– son de aplicación restringida –*numerus clausus*– a las entidades societarias descriptas en el tipo legal (sociedad de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas, sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte) con las exclusiones de ley.

Desde muy temprano, el instituto del salvataje motivó la preocupación de importantes publicistas. De todos ellos, sin duda quien ha profundizado y trabajado con seriedad y gran docencia la reforma es el doctor Ariel Dasso².

¹ García Martínez, Roberto, *Derecho concursal*, p. 186; Bonfanti - Garrone, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 211; Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, p. 100; Barbieri, Pablo C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada y concordada*, p.146; Iglesias, José A., *Concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada*, p. 49; Rivera - Roitman - Vítolo, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, p. 88; Di Luca - Erramuspe, *Manual práctico de concursos y quiebras*, 3ª ed., p. 99; Fassi - Gebhardt, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., p. 160; Villanueva, Julia, *Concurso preventivo*, p. 223.

² Ver *Cramdown. La transferencia forzosa de la empresa insolvente. Proyecto de reformas a la ley de concursos y quiebras*, LL, 1994-E-1227; *Naturaleza jurídica del cramdown. Su condicio juris: la mejor oferta*, LL, 1996-E-170; *La transferencia forzosa de la participación societaria en el cramdown del art. 48 de la ley 24.522. Reformas sugeridas*, en “Derecho societario argentino e iberoamericano”, t. III, p. 125; *La condicio juris del cramdown: la sociedad concursada debe ser adjudicada no al primero que llegue, sino al que realice la mayor oferta*, en “Sociedades y concursos en el Mercosur”, p. 471; *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. II, p. 49 y siguientes, entre otros.

3. Hipótesis de aplicación (*de lege ferenda*)

De este modo, las enseñanzas del doctor Dasso deben ser tenidas en cuenta –de hecho lo son– a la hora de reflexionar sobre la aplicabilidad del instituto del *cramdown*. El referido autor reflexiona acerca de la posibilidad de aplicar el procedimiento del art. 48 de la normativa concursal, ante el supuesto de *declararse la nulidad del acuerdo preventivo homologado* –arts. 60 a 62, LCQ–, solución que el autor propugna *de lege ferenda*³, puesto que en el presente hemos señalado los supuestos recogidos en la ley, los cuales, a nuestro criterio y tomando como punto de partida la teleología del instituto, pueden aplicarse a hipótesis no contempladas en su letra.

4. La posible aplicación del artículo 48 ante la hipótesis de incumplimiento de un acuerdo preventivo

Concretamente, si, como hemos señalado, por vía de fundamentos extra-normativos se propicia la aplicación del salvataje a la hipótesis de nulidad del acuerdo preventivo homologado –sanción infringida a una conducta dolosa del deudor– en el presente trabajo, se analizará la posibilidad de extender la aplicación del instituto a la hipótesis de *incumplimiento del acuerdo homologado* –art. 63, LCQ–.

Cuando de analizar y conocer la finalidad del instituto en análisis se trata, se impone como deber intelectual bucear en la opinión de los autores del proyecto de lo que constituye hoy el nuevo cuerpo falimentario, los doctores Julio C. Rivera y Daniel R. Vítolo. Estos autores, señalan que: “este artículo resume, con seguridad, la parte mas trascendente y revolucionaria del proyecto de ley, creando un sistema mediante el cual acreedores o terceros, en ciertos y determinados casos, frente al fracaso del deudor en la obtención de un acuerdo preventivo, puedan intervenir para efectuar el salvataje de la empresa, bajo el régimen de condiciones descrito en el texto legal”⁴.

En la tésis del instituto, se encuentra el principio de conservación de la empresa –agregamos, económicamente viable– ya que a través de su aplicación se tiende a posibilitar una segunda ronda de negociación a cargo de terceros –que pueden ser o no acreedores– con el fin de “rescatar” a un sujeto concursable en estado técnico de quiebra. Ello implica que el legislador ha querido posibilitar el reflotamiento de una empresa en marcha y evitar los efectos de una sentencia falencial⁵. Entonces, si su aplicación es posible –*de lege ferenda*– ante la hipótesis de estimación de una incidencia de nulidad del acuerdo preventivo homologado, estimación que implica como antecedente una conducta reprochable –dolo del deudor–, ¿por qué negar la posibilidad de salvaguardar una empresa que ha logrado contar con el apoyo de sus acreedores (principal objetivo de la ley, traducido en la aceptación por

³ *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, p. 283.

⁴ *Comentario al proyecto de ley de concursos y quiebras*, p. 45. Ver, también, Vítolo, Daniel R., *Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de concursos y quiebras. Ley 24.522*, p. 89, y *Comentarios a la ley de concursos y quiebras*, p. 158; Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, p. 297, entre otros.

⁵ Ver Mosso, Guillermo, *El cramdown y demás novedades concursales*, p. 382.

las mayorías legales de la propuesta –art. 45, LCQ–⁶) y el posterior incumplimiento del acuerdo, estando la empresa en marcha?

5. Finalidad de la solución propuesta

La aplicación del instituto de salvataje tiene por finalidad posibilitar el rescate de una empresa en estado de cesación de pagos y técnicamente en estado falencial. Por ello, si como consecuencia de la credibilidad y potencialidad del emprendimiento, su viabilidad y su capacidad de generar recursos genuinos para afrontar el pasivo concursal han sido tenidos en cuenta por los destinatarios principales de la nueva normativa concursal –los acreedores–, ante la imposibilidad de cumplir con la novación concursal, si se está ante una empresa en marcha y económicamente viable, no vemos obstáculos para abrir el procedimiento de *cramdown*.

Es que, si bien se han acotado las facultades de los magistrados –art. 52, ley falencial– en decisiones de trascendencia como de la homologación de una propuesta aceptada –control de mérito–, ello no implica que si ante el incumplimiento de un acuerdo homologado, a petición de uno o varios acreedores –destinatarios de la norma– o del propio deudor, respaldados por un estudio contable con proyección de las posibilidades de la empresa, el magistrado a cargo de la solución preventiva deba decretar la quiebra, en atención a las *circunstancias del caso* –viabilidad de la explotación; corroboración con dictamen contable serio; acompañamiento de la petición por uno o varios acreedores concurrentes– pueda disponer la apertura del registro impuesto por el inc. 1 del art. 48 y poner en funcionamiento el sistema del salvataje.

Abona la solución propuesta la preferencia del legislador de 1995 por la solución preventiva, traducida en los objetivos de la ley 24.522 (ver la nota de elevación al Honorable Congreso de la Nación, puntos 1, 2 y 4) tendientes a permitir la reestructuración o salvataje del negocio. Ello a condición, como hemos dicho, de que se trate de un emprendimiento económicamente viable y con proyección de futuro.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

⁶ Iglesias, *Concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada*, p. 22.