

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

Fecha: 19/04/2018

Autos: Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ recurso de queja

Cita Online: AR/JUR/6604/2018

Texto Completo:

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 19 de 2018.

1º) Oil Combustibles SA dedujo la presente queja respecto del pronunciamiento copiado en fs. 39, por medio del cual el juez de primera instancia denegó el recurso de apelación interpuesto en fs. 38 contra la resolución de fs. 31/37 que, en lo que interesa referir, abrió el procedimiento de “salvataje” previsto en el art. 48 de la ley 24.522, fijando diversos recaudos a cumplir por los terceros interesados en adquirir las acciones representativas del capital social de la quejosa (fs. 31/37 y 40/44).

La mencionada denegatoria se sustentó en la regla de inapelabilidad prevista en el art. 273, inc. 3º de la LCQ.

La concursada sostiene, en prieta síntesis, que la resolución apelada exorbita el trámite normal y ordinario previsto legalmente para esta etapa del proceso, de modo que la apelación interpuesta en fs. 38 trasciende la regla del citado art. 273, inc. 3º, de la ley 24.522 y debe ser concedida. Apunta, en tal sentido, que el magistrado de la instancia anterior “...impuso a los interesados en participar en el procedimiento una serie de requisitos no previstos por los arts. 48 ni 48 bis de la LCQ que tienen entidad suficiente como para frustrar anticipadamente la suerte del salvataje...” ya que “...son de imposible cumplimiento para empresas que no sean las dos o tres petroleras de primera línea...” y que “...no están previstos ni expresa ni tácitamente en la LCQ por lo que deben ser reputados como violatorios de la ley...” (fs. 42 y vta.).

2º) La regla de inapelabilidad prevista en el art. 273, inc. 3º, de la ley 24.522, cede cuando lo decidido se aparta del trámite normal y habitual del concurso (esta Sala, 04/07/2013, “Item Vial SRL s/ concurso preventivo s/ queja”; 12/12/2007, “UOL Sinectis SA s/ concurso preventivo s/ queja”; Sala F, 20/10/2012, “Establecimiento Frigorífico Azul SA s/ concurso preventivo s/ queja”; Sala C, 05/03/2010, “Konfluencia SA s/ concurso preventivo”).

A criterio del Tribunal lo resuelto por el juez a quo queda aprehendido en tal hipótesis de excepción, toda vez que, en efecto, los alcances de la decisión que abrió la inscripción prevista por el art. 48, inc. 1º, de la ley 24.522 y los requisitos impuestos para acceder a ella, exceden de lo que sería una impronta normal del proceso.

Empero, tal particularidad, que hace a la admisibilidad formal del recurso, no impide advertir que la apelación se presenta, a todo evento, como sustancialmente inadmisibile, tanto porque la recurrente no tiene un agravio en términos de disconformidad entre lo peticionado y lo decidido (conf. Palacio, L., “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1986, t. V, p. 47, n° 527, ap. “b”), como porque lo resuelto en la instancia anterior en orden a la fijación de diversos recaudos a cumplir por los sujetos interesados en inscribirse para participar en el “salvataje”, no exhibe arbitrariedad alguna ponderando las especialísimas características del presente concurso preventivo.

3º) En efecto, la resolución copiada en fs. 31/37 acogió la concreta petición efectuada en el escrito copiado en fs. 4/9, en el cual la propia concursada Oil Combustibles SA, tras expresar su voluntad de “...renunciar al período de exclusividad no consumido...”, reclamó la “...apertura inmediata del procedimiento de salvataje empresario previsto por el art. 48 de la ley 24.522...”.

La decisión judicial, pues, no fue disconforme con lo peticionado y, a todo evento, implicó incluso un beneficio al cual la concursada, en rigor de verdad, dudosamente tenía derecho a acceder, habida cuenta que el “salvataje” del art. 48 de la ley 24.522 no está legalmente previsto como etapa subsiguiente al desistimiento del período de exclusividad. En efecto, atento el expreso texto legal, las hipótesis que habilitan el “salvataje” son: I) la falta de exteriorización de la propuesta de acuerdo con veinte (20) días de anticipación al vencimiento del período de exclusividad (art. 43, ley cit.); II) la no obtención de conformidades (arts. 46 y 48, ley cit.); y III) el acogimiento de una impugnación al acuerdo preventivo (art. 51, ley cit.). De modo que, al haberse admitido la apertura del salvataje en las condiciones antes descritas, mal puede la concursada agravarse en términos, como se dijo, de discordanza entre lo peticionado y lo decidido, ponderando que el juez a quo acogió una petición que bien pudo

haber desestimado declarando directamente la quiebra.

4°) En lo que respecta a los diversos recaudos que fueron impuestos a los eventuales participantes del “salvataje”, entiende la Sala que no son sino el resultado de un ponderado ejercicio de las facultades ordenatorias que la ley concede a los jueces concursales (art. 274 de la ley 24.522; esta Sala, 20/03/2018, “Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ incidente de medida cautelar por Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro”; 30/11/2017, “Semacar Servicio de Mantenimiento de Carreteras s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Alsina, Luis Ángel y otro”; 28/12/2017, “Go Muebles SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión de crédito”), en procura de salvaguardar los relevantes y diversos intereses comprometidos en la actividad petrolera e hidrocarburífera desempeñada por la concursada (véase las manifestaciones de los interventores obrantes en fs. 20/21, punto II.2°), como así también evitar eventuales e hipotéticas maniobras espurias como las señaladas por la sindicatura en fs. 12 vta. (punto 14°).

(a) Al respecto, debe descartarse, ante todo, arbitrariedad por el hecho de que la aplicación conjunta de los apuntados recaudos pueda ciertamente reducir la concurrencia de interesados.

Si bien el registro previsto por el art. 48, inc. 1°, de la ley 24.522 (texto según ley 25.589) está abierto in genere a “...los acreedores y terceros interesados...”, no es verdad que no existan exclusiones tácitas. Por el contrario, las hay de tipo subjetivo que resultan de las reglas de la lógica y de la sistematización jurídica.

Al respecto, la doctrina ha sostenido, por ejemplo, que no pueden inscribirse para participar en el “salvataje” los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada (conf. Rivera, J., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 394; Di Lella, N., “Concurso preventivo”, Tucumán, 2015, p. 1090), pues es un contrasentido que los sujetos que la llevaron al estado de cesación de pagos, pretendan presentarse en el salvataje y obtener de los acreedores sociales las conformidades necesarias para que le sean transferidas la totalidad de las participaciones sociales (conf. Junyent Bas, F. - Chiavassa, E., “El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589”, Buenos Aires, 2004, p. 188). Asimismo, tras la sanción de la ley 25.589 debe entenderse que, como regla, tampoco pueden inscribirse los socios o accionistas de la sociedad sujeta a “salvataje”, toda vez que no es razonable que resulten con derecho a adquirir entre sí las acciones o cuotas representativas del capital social, siquiera parcialmente, ya que ello se puede prestar a todo tipo de abusos, resultando asimismo inaceptable que un socio o accionista pueda concurrir a formar la voluntad social la insolvente en orden a la formulación o negociación de una propuesta de acuerdo y, a la vez, negociar una propuesta diferente por su cuenta (conf. Di Tullio, J.A. - Macagno, A. - Chiavassa, E., “Concursos y quiebras, reforma de las leyes 25.563 y 25.589”, Buenos Aires, 2000, p. 105; Rouillón, A. - Alonso, A., “Código de Comercio comentado y anotado”, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 598, N° 17; Graziabile, D., “Cuestiones prácticas del cramdown argentino”, en la obra coordinada por Truffat, E. - Molina Sandoval, C., Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos, Córdoba, 2007, p. 527, espec. p. 536).

Pero con independencia de las exclusiones tácitas o implícitas precedentemente indicadas que, bien se ve, involucran a sujetos que se encuentran con relación directa a la sociedad concursada, también hay exclusiones que derivan de la necesidad de coordinar las reglas del “salvataje” concursal con otras normas del ordenamiento jurídico.

Se trata, en definitiva, de exclusiones que surgen de la necesidad de aplicar el ordenamiento jurídico computando la integridad de sus preceptos (CSJN, Fallos 305:1847, voto del juez Guastavino), pues la adecuada interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada precepto solo por su fin inmediato y concreto, sino que debe tenerse en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración (CSJN, Fallos 338:88 y 962), teniendo en cuenta el contexto general (CSJN, 24/09/2015, “Hoyos, Darío Ramón”), no siendo una exégesis aceptable aquella que prescindiera de esa necesaria armonización, poniendo las disposiciones en pugna entre sí, destruyendo las unas por las otras (CSJN, Fallos 338:386).

En tal sentido, es claro y razonable que los participantes en el “salvataje” de una empresa cuyo objeto es la comercialización, transporte y refinación de hidrocarburos reúnan, cuanto menos, los requisitos “mínimos” resultantes de las reglamentaciones aplicables al sector y que tales requisitos, así como otros que la prudencia judicial pudiera reclamar, existan al tiempo de la inscripción en el registro al que se refiere el art. 48, inc. 1°, de la ley 24.522.

Es que tratándose Oil SA de una empresa de características técnicas y funcionales de alta complejidad, que se mueve en un ámbito donde la actividad privada está sujeta "...al indispensable y justo contralor del Estado sobre toda la conducta vinculada a la materia..." y en el que va involucrado, además, el objetivo de alcanzar el autoabastecimiento de hidrocarburos líquidos (Nota de Elevación de la Ley de Hidrocarburos 17.319), resulta nítido que no puede permitirse la intrusión indiscriminada en el mercado de cualquier operador sin resentir, al propio tiempo, el interés público involucrado.

Así pues, la seriedad, capacidad, solvencia moral y financiera en la actuación de los terceros interesados en participar en el "salvataje", si bien son condiciones que siempre han de estar presentes, lo han de estar con mayor razón en un caso como el sub lite, caracterizado además no solo por la presencia de un inmenso pasivo preconcursal, sino también por un muy elevado pasivo posconcursal, extremos que empujan, con la fuerza propia de la sana preocupación, a no validar sino la intervención de quienes sean verdaderamente aptos y muestren aptitud para llevar a buen puerto el trámite del art. 48 de la ley 24.522.

En ese esquema de pensamiento, a criterio de la Sala, la decisión del juez a quo, cuyo innegable alcance final es, ciertamente, delimitar subjetivamente el elenco de posibles interesados en adquirir la totalidad de las acciones de Oil Combustibles SA, no es contraria a la ley sino, antes bien, aplicación de ella en consideración a otras disposiciones del ordenamiento jurídico y con el propósito de dar seriedad al tratamiento de una insolvencia empresarial de singulares y excepcionales características.

Conviene observar, al respecto, que en el decreto 2485/1991 (BO 09/12/1991) han sido fijados los requisitos y condiciones que deben observar las empresas refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos en todas sus formas, para desarrollar su actividad como tales. Entre ellos, está la obligación de formalizar su inscripción en el Registro de Empresas Petroleras - Sección Empresas Elaboradoras y/o Comercializadoras, reglamentado por la resolución de la Subsecretaría de Combustibles N° 69/92 (BO del 23/01/1992), modificada entre otras por las resoluciones de la Secretaría de Energía N° 349/93 (BO del 24/11/1993) y N° 419/98 (BO del 22/12/1998), esta última citada por el juez a quo.

En tal resolución administrativa se establecen como "Condiciones Particulares" las exigencias relativas a la "Capacidad Técnica" y a la "Solvencia Financiera" que deben observar las empresas del sector (Anexo I).

Pues bien, las exigencias técnicas y de solvencia normativamente previstas para las empresas petroleras en general, son justamente las que mutatis mutandi impuso el juez a quo a quienes pretendan inscribirse para participar en el "salvataje" de Oil Combustibles SA. Les ha requerido, en efecto, que al tiempo de inscribirse presenten "...antecedentes suficientes sobre actividades... que permitan comprobar fehacientemente capacidad e idoneidad para la comercialización y producción de combustibles y derivados...", así como "...capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad, de modo de asegurar el normal desenvolvimiento de la empresa y el pago de obligaciones previsionales e impositivas...".

Tal decisión, a criterio de la Sala, es inobjetable.

No se pierde de vista, desde luego, que los requisitos mencionados se exigen a las empresas en sí mismas y no a quienes son sus socios o accionistas o a quien, por vía del "salvataje", pretendiera serlo.

Empero, cabe destacar que el procedimiento del art. 48 de la ley 24.522 determina la posibilidad de que un sujeto interesado se haga único socio o accionista de la sociedad concursada (conf. 1er. Juzgado de Procesos Concursales, Mendoza, 11/12/2000, "Ferroviaria SA s/ concurso preventivo, hoy cramdown"), correspondiéndole obviamente a ese único sujeto el gobierno del ente, es decir, el conjunto de atribuciones previstas por los arts. 234 y 235 de la ley 19.550 (arg. art. 199, res. IGJ 7/2015; Moro, E., "La sociedad de capital unipersonal", Buenos Aires, 2006, ps. 183/186, n° 1.3).

A la luz de tal constatación, razonable entonces es exigir, como se hizo en primera instancia, que la inscripción sea habilitada exclusivamente a quienes exhiban "Capacidad Técnica" y "Solvencia Financiera", pues una y otra habrían de ser las que influyan, por la fuerza propia de las cosas, en la configuración misma de la potestad de gobierno sobre la sociedad insolvente que exclusivamente corresponderá al socio único, con las obvias implicancias que ello ha de tener en las decisiones relativas a la conservación, continuidad y dinámica de la empresa.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

(b) La exigencia —también impuesta por el magistrado de la instancia anterior— de que la sociedad anónima interesada en inscribirse acompañe los últimos tres balances certificados de acuerdo con las prácticas contables vigentes responde, como es de toda obviedad, a la necesidad de que los acreedores conozcan la evolución y estado de aquella antes de decidir si prestan o no la conformidad a la que se refiere el art. 48, inc. 4º, segundo párrafo, de la ley 24.522.

(c) La nómina de los accionistas de la sociedad anónima interesada en inscribirse y, si los hubiera, la identificación de sus controlantes es, por su parte, dato relevante para corroborar que el empresario sea verdadera y no simuladamente separado de la empresa; separación que, ciertamente, es finalidad última del “salvataje” (conf. Dasso, A., “El salvataje como alternativa de solución de los conflictos societarios en las sociedades de capital en cesación de pagos”, en la obra coordinada por Embid, J. - Vitolo, D., Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado, Granada, 2003, p. 379; Escuti, I. - Junyent Bas, F., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, 2006, p. 379), a la cual ya hizo referencia esta Sala en su decisión del 27/12/2017.

Acertadamente se ha dicho que el “salvataje” no puede convertirse en campo propicio para abusos, ni ser vehículo para que el sistema sea solo una manera de concretar oportunidades de negocios, con desmedro de los acreedores (conf. Gebhardt, M., “Ley de Concursos y Quiebras”, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 247/248).

(d) En la especie, como se ha señalado, la concursada ha acumulado una importante deuda posconcurzal.

Pues bien, el recaudo impuesto por el juez a quo en orden a que quien se inscriba para participar en el “salvataje” acredite “... solvencia financiera suficiente para cancelar la deuda verificada en la causa de naturaleza preconcursal y la devengada luego de la presentación en concurso...”, responde a una adecuada inteligencia en la protección de la empresa pues si no hay solución para los pasivos posconcursoales, quedan los acreedores correspondientes habilitados a ejecutar bienes en forma indiscriminada, tornando al procedimiento del art. 48, LCQ, como poco atractivo (conf. Fragapane, Héctor, “La administración durante el cramdown y los pasivos postconcursoales”, en la obra colectiva Resoluciones alternativas de conflictos en la crisis de la empresa y el consumidor. Reconocimiento a la trayectoria del Dr. Francisco Junyent Bas, Instituto de Derecho Concursal y la Empresa en Crisis del Colegio de Abogados de Tucumán, p. 489).

(e) De su lado, la presentación de un “Plan de Gestión” con los alcances explicitados por el magistrado de la instancia anterior, es recaudo naturalmente tendiente a demostrar la seriedad del actuar e intención del interesado, a la vez que genera información completa y transparente para que los acreedores puedan esclarecerse sobre las condiciones de la actuación futura de la empresa y su viabilidad en manos de aquel. Se trata, ciertamente, de un recaudo exigible a los interesados que, más allá del silencio de la ley, es reclamado por la doctrina como imprescindible para hacer eficaz el “salvataje” (conf. Mosso, G., “El cramdown y otras novedades concursales”, Buenos Aires, 1998, p. 102) y que, de manera más general, luce como propio de los institutos concursales conservativos-reorganizativos (sobre el tema, véase: Raspall, M., “Derecho de la empresa en crisis: concursos reorganizativos. Plan de Empresa. Una mirada en el Derecho Iberoamericano”, LA LEY 2009-A, p. 719; Vaiser, L., “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, LA LEY, 1999-D, 1073).

(f) Las condiciones impuestas a la cooperativa de trabajadores para participar en el “salvataje” se justifican, asimismo, porque su participación no podría darse sino en un pie de igualdad con el resto de los interesados.

5º) El juez a quo ponderó en su decisión las cuestiones ambientales involucradas en el caso y la necesidad de prevenir daños, lo cual obviamente solo podría llevarse a cabo de un modo eficaz mediante la participación de sujetos con capacidad adecuada para el cumplimiento de las normas técnicas, de seguridad y económicas en materia de medio ambiente que obligan a las firmas inscriptas en el Registro de Empresas Petroleras.

Desde tal perspectiva, lo actuado por el magistrado tiene también sustento en las facultades protectorias del interés general acordadas por el art. 32 de la ley 25.675, aplicable por analogía.

6º) En suma, ponderado que en los propios términos del escrito de interposición de la queja Oil Combustibles SA adelantó sus críticas y que la ejecutoriedad de la resolución de

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

apertura del “salvataje” no consiente dilaciones provenientes de quien, sin tener una agravio genuino ni demostrar arbitrariedad manifiesta en lo decidido, ya ha puesto de relieve su propia incapacidad para salir del estado de cesación de pagos, todo lo cual constituyen suficientes elementos de juicio para posibilitar un pronunciamiento de esta Cámara acerca de la admisibilidad de la apelación denegada (conf. Palacio, L., ob. cit., t. V, ps. 131/132, n° 560), el Tribunal resuelve: Admitir la queja y confirmar la decisión recurrida. Sin costas por no mediar contradictor. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 26.856 y acordadas 15 y 24/13), notifíquese electrónicamente a Oil Combustibles SA y remítase el presente cuadernillo a primera instancia para su agregación al principal. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo. — Juan R. Garibotto.



DECONOMI

“Barreras de ingreso para la participación de los terceros en el procedimiento de salvataje empresario”

Comentario al fallo “Oil Combustibles SA s/ conc. prev. s/ recurso de queja”

por Diego Parducci

I. Introducción.

El fallo en comentario, además de lo interesante que resulta en sí mismo por la temática que aborda, revitalizó el debate sobre una figura que no había provocado desde a hace tiempo mayores controversias en torno a la interpretación de su regulación establecida en un único artículo, obviamente, luego de los primeros años transcurridos ni bien sancionado el texto original de la ley 24.522, época de novedad donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia e incluso el legislador con los retoques sustanciales que le hizo al art. 48 muy rápidamente mediante la ley 25.589, fueron despejando algunas dudas, poniendo en evidencia los defectos e incongruencias y postulando también ciertas dudas sobre su verdadera eficacia como instancia pensada para lograr la pretensiosa denominación que se le había dado de “salvataje empresario”.

No he mencionado en esa evolución del instituto a la inclusión del art. 48 bis en el texto concursal, en razón a que aun cuando esa disposición pudiera dar lugar a una interpretación que compatibilice su imprecisa letra con lo que parece que quiso el legislador sin necesidad de predicar su inconstitucionalidad -reproche que en su momento le hizo autorizada doctrina-, lo cierto es que esta última se trató, no de una modificación real a la estructura procedimental sentada en el referido art. 48 que se mantuvo incólume, sino en el establecimiento de reglas para la participación de la cooperativa de trabajadores como terceros interesados en adquirir las acciones o cuotas partes de la sociedad concursada, que en los hechos es muy dudoso que en algún momento vayan a ser realmente aplicadas.

Así, entre los variados aspectos de mayor y menor relevancia que desde lo dogmático fueron analizados en la resolución de la Sala D de la

Cámara Nacional en lo Comercial, parece claro que el tema central pasó por haber convalidado lo decidido en primera instancia, donde, ejerciendo facultades jurisdiccionales ordenatorias, se estableció una numerosa serie de requisitos, en gran parte a mi juicio de naturaleza sustancial, que iban a tener que cumplir aquellos terceros que estuvieran interesados en adquirir las acciones de Oil Combustibles S.A.

II. La apertura del salvataje en primera instancia: los recaudos a cumplir para la inscripción.

Sin que hubiera transcurrido el período de exclusividad que Oil Combustibles S.A. tenía a su favor, esta última se presentó en el expediente y tras manifestar que renunciaba a seguir transitando esa dirimente etapa del concurso preventivo destinada a negociar la propuesta de acuerdo con sus acreedores, pidió en cambio que directamente se abriera el registro previsto en el art. 48 LCQ.

Esta claro que con esa manifestación, Oil Combustibles S.A. quiso habilitar el comienzo del procedimiento de salvataje que se encuentra orientado a que, luego del fracaso del propio deudor y como alternativa a la quiebra que de otro modo habría de tener lugar, todos los terceros interesados en adquirir la totalidad del capital accionario de la concursada, participen, compitiendo entre sí, en una nueva etapa de negociación con los acreedores similar a la ocurrida durante el período de exclusividad, pero que ahora “ganaría” el primero de todos los que se hubieren inscripto a esos efectos que hubiera obtenido las conformidades de los acreedores representativa de las mayorías, que también aquí fija el art. 45.

Más allá de lo que después diré, tal manifestación de la concursada a mi juicio encerró una importante carga valorativa desde lo interpretativo, debido a que dicha renuncia en alguna medida estaba significando la declinación de la concursada a participar luego en la negociación con los acreedores a la que lo habilitaba el citado art. 48, en la medida de que hubiera al menos un tercero inscripto en el registro al que refiere el inciso 1° de esta última disposición.

Digo esto, porque en una primera aproximación alejada de toda consideración de las constancias particulares de esta causa -las que además puntualmente desconozco, más allá de algunas piezas incorporada al sistema de consultas de causas del Poder Judicial de la Nación que he podido visualizar para elaborar este comentario-, cuanto menos hubiera sido contradictorio pretender tal participación en concurrencia con otros terceros cuando no se quiso llevar adelante la negociación de un acuerdo con los acreedores en la etapa específicamente destinada para ello.

Digresión aparte, lo que ocurrió es que el juez del concurso, a partir de dejar en evidencia situaciones de indudable relevancia práctica en el caso concreto pero que también hacían a sus responsabilidades como órgano jurisdiccional, por ejemplo, en lo atinente a cierto riesgo ambiental que podía llegar a ocasionar la paralización de la refinería; el multimillonario pasivo posconcurzal junto al preconcurzal respecto de los cuales la AFIP había expresado notorias restricciones frente a las facilidades de pago que habitualmente concede; la falta de recursos y, finalmente, la existencia de regulaciones administrativas aplicables al sector de hidrocarburos, estableció una importante serie de requisitos que -reconocido por el propio magistrado de manera explícita- aparecían como limitaciones no establecidas en la ley para el acceso de terceros que quisieran participar en el salvataje.

Por su significación a fin de valorar la decisión confirmatoria de la Alzada, transcribiré a continuación los aludidos recaudos:

1) *Requisitos aplicables previstos por la Resolución 419/98 de la Secretaría de Energía de la Nación según Resolución 1283/2006:*

a) Hallarse constituidos como sociedad anónima en los términos de la ley 19.550. A esos efectos iban a tener que adjuntar estatutos constitutivos, modificaciones, constancia de domicilio social inscripto actualizado y de administradores sociales por ante el Registro Público respectivo.

b) Demostrar capacidad técnica adecuada mediante la presentación de antecedentes suficientes sobre actividades realizadas por la empresa y/o sus integrantes que permitiera comprobar fehacientemente capacidad e idoneidad para la comercialización y producción de combustibles y derivados.

c) Demostrar solvencia financiera, acreditando capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad, de modo de asegurar el normal desenvolvimiento de la empresa y el pago de obligaciones previsionales e impositivas dentro de los plazos fijados por los organismos de recaudación

2) *Los que fueron denominados como “Otros requisitos”:*

a) Deberían acompañar también la nómina de accionistas y en su caso de los controlantes de la sociedad.

b) Los últimos tres balances certificados de acuerdo a las prácticas contables vigentes

c) Relacionado con la solvencia financiera, iban a tener que acreditar solvencia financiera suficiente para cancelar la deuda verificada en la causa de naturaleza preconcursal y la devengada luego de la presentación en concurso. En este sentido, el referido magistrado aclaró que lo hacía con motivo de las exigencias que la AFIP puso de relieve en el expediente, salvo que el interesado adjuntase la acreditación fehaciente de que el organismo recaudador accedería, no obstante, a facilidades de pago diferenciadas.

d) Plan de negocios:

Sobre este aspecto el juez de primera instancia destacó que la concursada poseía una refinería con instalaciones industriales complementarias, algunas de ellas inactivas, y que poner en funcionamiento nuevamente la planta implicaría poseer capacidad técnica con un equipo de profesionales adecuado y un proyecto técnico y financiero preciso al efecto.

Además, destacó que Oil Combustibles S.A. también poseía una terminal portuaria con importantes instalaciones de almacenaje y de remediación ambiental, y que en virtud de ello se presentaba indispensable poseer capacidad técnica para operar el puerto y sus instalaciones, y para llevar adelante operaciones complejas y delicadas de carga y descarga de buques, en donde no era admisible la imprecisión ni la inexperiencia.

Finalmente, se refirió a la red de distribución, que implicaba la necesidad de atender a variados aspectos de logística, comerciales, ambientales, transporte y otros. Señaló, en orden a ello, que debía disponerse

de recursos humanos con suma capacitación y recursos materiales suficientes para llevar adelante la operatoria comercial compleja propia de la sofisticada actividad de la que se trata.

Con estos antecedentes, exigió que los interesados deberían presentar un detallado plan de gestión del negocio que contemplase:

1. Equipos técnicos propios discriminados por áreas (refinería, almacenaje, puerto, distribución, logística, área comercial);

2. Capacidad técnica en cada área debidamente acreditada;

3. Plan de negocios con los recursos humanos que ocuparía, los fondos que aplicaría y un cronograma de actividades; y

4. El flujo de fondos proyectado para cancelar la deuda pre y post concursal y atender el futuro del negocio.

5. Indicar cuántos empleados pensaba mantener del plantel de la concursada, qué costo implicaba y de qué forma iba a atenderlo.

e) Debería adjuntar, asimismo, una certificación contable sobre liquidez o acceso inmediato a liquidez suficiente para la puesta en marcha del plan tanto como el pago de las obligaciones pendientes.

f) Y, finalmente, depositar la suma de \$ 50.000 en los términos del art. 48 inc. 1° ley 24.522.

Por lo demás, previendo una eventual participación de la cooperativa de trabajadores de la concursada -que entiendo según pude verlo a través del referido sistema de consulta de causas, a esa época parecería que se estaba formando- habilitó como no podía ser de otra manera su participación, bien que requiriéndole, además y en caso de pretender inscribirse, la obtención de una conformidad del ente gubernamental a cargo del Registro de Empresas Petroleras Sección Elaboradoras y Comercializadoras, a efectos de que sea soslayado respecto de su parte la limitación establecida por la Res. 419/98 de la Secretaría de Energía, en cuanto a que sólo son admisibles para desarrollar tal actividad sociedades por acciones.

III. La decisión confirmatoria de la Sala D. Una ratificación a las amplias facultades del juez concursal.

Apelada dicha resolución por la concursada, el recurso fue denegado en virtud del principio de inapelabilidad de las decisiones emitidas durante el trámite del concurso que resulta del art. 273, inciso 3° LCQ.

Llegada al Superior una queja por apelación denegada, si bien se interpretó que la situación no quedaba comprendida en el aludido principio, la Alzada Comercial se adentró sin más a tratar los argumentos de fondo que encerraba el planteo estrictamente formal que importaba lograr la concesión del recurso denegado, declarando además su inadmisibilidad sustancial sin necesidad de devolverlo previamente a la instancia de grado, por dos razones que quedaron muy bien identificadas: i) la inexistencia de agravio entre lo peticionado y lo decidido y ii) la ausencia de arbitrariedad en las facultades ejercidas por el juez de grado al establecer los aludidos recaudados que iban a tener que cumplir los terceros que pretendieran participar en el procedimiento de salvataje.

Sobre la primera cuestión, encuentro que el aspecto más gravitante a destacar es la duda que la referida Sala puso en evidencia acerca de si era realmente ajustado a derecho instar el salvataje cuando no se había configurado ninguna de la hipótesis a las que referían los arts. 43, 46, 48 y 51, sino que lisa y llanamente se había desistido de transitar el período de exclusividad.

Y es que a partir de esa duda la Sala no advirtió ningún agravio, ya que además de señalar que se había procedido a la apertura del registro como paso previo a la diversas etapas subsiguientes del salvataje de conformidad con lo que se había pretendido, concluyó que aun si se entendiera que esa discordancia existió -o al menos esa es mi lectura entre líneas de lo expresado en ese pasaje de la resolución- igualmente no había existido agravio a considerar, siendo que, corroborando la duda o esta altura certeza sobre cuál debería haber sido el destino inmediato del concurso, se le presentaba muy dudoso que hubiera sido procedente la apertura del procedimiento del salvataje, lo que en ese marco aparecía más bien como una situación “beneficiosa” para su parte en dicho escenario.

Respecto del segundo argumento al que más arriba aludí, mayores fueron las consideraciones que exigió del referido tribunal.

Por lo pronto, y advierto en ello una conclusión general que propaga su ámbito de aplicación -según después veremos- a otras tantas situaciones que se verifican durante el trámite del concurso o la quiebra y que exigen flexibilidad en algunos casos, estrictez en otros y mucha creatividad en la generalidad de las veces, al ratificar el amplio ámbito de discrecionalidad -lo que no es lo mismo que “arbitrariedad”- que la legislación le concede a los jueces concursales para cumplir la finalidad legal de que sean directores del proceso. Este reconocimiento fue muy explícito, como también lo fue que su ejercicio tuviera como horizonte conjurar “maniobras espurias”.

Pero incluso desbrozando la consistencia real de cómo habían sido ejercidas esas facultades en el caso concreto, según lo adelanté, descartaron que se lo hubiera hecho de manera arbitraria. Para justificar tal aseveración razonaron del siguiente modo: por un lado y apoyado en importante doctrina, admitieron que el art. 48, tanto de manera explícita como implícita, exhibe exclusiones de acceso al procedimiento que dicha disposición reglamenta. Puntualmente descartaron que pudieran ser parte del salvataje los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada. Pero también concluyeron que a los socios y accionistas tampoco podía reconocérseles tal participación. Y además pusieron de relieve que podían llegar a existir otro tipo de sujetos excluidos como resultado de compatibilizar las reglas concursales con el ordenamiento jurídico general.

En lo que a este caso importaba, la compatibilización de las reglas del salvataje y más específicamente las barreras de acceso al procedimiento resultantes de manera explícita o implícita del ordenamiento concursal, se le agregarían las propias aplicables al mercado regulado del que participaba la concursada, las cuales fueron analizadas en el fallo, arribando a la conclusión que los requisitos que había establecido el juez de grado se presentaban con inobjetable ajuste a estas disposiciones, básicamente todas ellas de naturaleza administrativa.

IV. Algunas cuestiones procesales que derivan del fallo.

i) *Sobre el principio de inapelabilidad.*

Aun cuando pudieran ensayarse interpretaciones alternativas para intentar justificar el criterio empleado por el juez de grado, que se apoyó en el texto expreso de la ley que dispone que “las resoluciones son inapelables”, no es difícil compartir lo sostenido por la Sala D para apartarse de dicho principio.

Parece claro que al encontrarse el régimen de inapelabilidad inspirado en el principio de celeridad y apoyado en un procedimiento concursal tasado en gran parte de los numerosos aspectos que involucra y cuya estructura queda definida tanto por la apertura del concurso preventivo y/o el decreto de quiebra como por la misma ley, el avance de las diversas etapas no puede quedar sujeto a los avatares recursivos de las partes, máxime cuando los tiempos del proceso concursal se encuentran íntimamente vinculados a su eficacia y finalidades que lo dirigen. De ahí que el apartamiento de ese recorrido procesalmente previsible al que los operadores de la insolvencia quedan sometidos, no pueda conducir a que lo decidido en el importante marco de discrecionalidad que corresponde reconocer a los jueces concursales quede exento, en términos generales, de la posibilidad de una revisión ulterior. Entiendo que el derecho de defensa en juicio de los litigantes lo impone y que con una adecuada actuación de los órganos jurisdiccionales la aludida celeridad no debería encontrarse comprometida.

Sin embargo, tengo mis dudas acerca de que en el caso puntual en comentario Oil Combustibles SA haya tenido legitimación, y en definitiva agravio, como consecuencia de la decisión del juez de primera instancia.

Y no señalo esto por los argumentos puntuales expuestos por la Sala en orden a la coincidencia entre lo peticionado y lo decidido, menos aún con lo expresado respecto a que la solución en todo caso había terminado siendo beneficiosa para la concursada, en la inteligencia de que, en términos de estricta exégesis legal, no hubiese correspondido en cambio proceder a la apertura del procedimiento de salvataje por no haberse configurado ninguna de las situaciones legales que habilitaban su apertura, al haber expresado en el expediente que renunciaba a seguir intentando obtener las mayorías en el

período de exclusividad, para que se diera curso, directamente, al trámite regulado por el art. 48 de la ley concursal.

Es que si bien podría llegar a compartirse lo relativo a esa identidad que se remarcó entre “lo peticionado y lo decidido”, aun cuando incluso pudiera contra argumentarse que ese apartamiento de las reglas establecidas para la figura cuya aplicación se estaba solicitando importó no decidir estrictamente conforme “lo peticionado” por no aparecer los recaudos establecidos en la ley, no comparto las casi certezas que tuvo el tribunal y que no necesitó profundizar en su fallo por la limitación de la materia recursiva, sobre las consecuencias que le asignó al proceder de la concursada por haber renunciado al período de exclusividad.

Fundamentalmente no comparto esta última aseveración, por dos argumentos.

El primero, relacionado con el propio supuesto que la Sala reconoció como habilitante del salvataje, es decir, la falta de exteriorización de la propuesta, debido a que hubiese bastado que la concursada aun sin exteriorizar el abandono de la negociación en el expediente, esperase en cambio a que se cumpliera el límite máximo para exteriorizar la propuesta sin proceder de ese modo, para con ello eludir en los hechos la observación que se le hiciera en el fallo, aunque logrando un resultado idéntico que en ese contexto no podría ser, entonces, reprochable.

Podrá decirse que la “renuncia” al período de exclusividad no está regulada y por lo tanto no se puede acceder al procedimiento del salvataje a través de una vía a la cual el legislador no le reconoció esa consecuencia como sí lo hizo en los arts. 43, 46, 48 y 51 LCQ. Sin embargo, además de presentárseme esta posible respuesta como un solución únicamente formal, atenta en mi parecer con otro principio aplicable en la materia, como lo es el de “tempestividad”, en el sentido de que se estaría vedando la posibilidad del salvataje económico de una empresa en manos de posibles terceros por la sola circunstancia de que el empresario, hasta ese momento titular de dicho emprendimiento económico, se auto reconoció impotente de continuar por sí mismo con tal actividad en vez de transitar el tiempo del período de

exclusividad sabiendo que no tenía ninguna chance se culminarlo con un acuerdo, menos aún viable. Lo así denunciado, por lo demás, tampoco parece reprochable desde la perspectiva que brinda el hecho de que, con esa manifestación, se estaba exponiendo su propio patrimonio a un mayor control del juez del concurso, impidiendo, por ende, la realización de actos en detrimento de las expectativas de los acreedores de cobrarse sobre tales bienes en caso de que todo culminase en una quiebra.

El segundo argumento, se encuentra vinculado a las mismas razones que condujeron a otra Sala del mismo fuero a confirmar una decisión de primera instancia que había desestimado también un planteo de renuncia, pero en ese caso en sentido contrario al que estamos analizando, ya que en ese antiguo precedente el deudor quería que se declarase directamente la quiebra soslayando el procedimiento de salvataje. Me refiere al fallo de la Sala E en autos “Pino Camby SA s/ concurso preventivo”, del 8.3.04. En aquella oportunidad fueron el orden público concursal y los intereses del Estado en abrir esta instancia destinada a mantener la empresa en el mercado como productora de riquezas, lo que inspiró tan importante jurisprudencia en torno a esta misma figura. Y el caso que aquí nos ocupa también se ve inspirado por esas mismas finalidades. No tengo dudas de que eso es así, ya que si desde el punto de vista axiológico aquellas son las finalidades perseguidas con el salvataje, no advierto razones para no consagrarlas también cuando es el propio deudor quien denuncia la imposibilidad de seguir al frente de su hacienda mercantil, siendo que en definitiva la esencia del procedimiento no se encuentra dirigido a darle a ese mismo deudor impotente otra oportunidad, aunque eventualmente se encuentre habilitado a participar del procedimiento, sino a que sean terceros con recursos disponibles, una nueva estrategia empresarial, un nuevo management, etc. quienes, a través de lograr adquirir las participaciones societarias de la concursada, asuman su conducción.

Esto me permite retomar la duda que plantee más arriba acerca de si en este caso puntual Oil Combustibles S.A. tenía legitimación recursiva. Me pregunto en torno a este interrogante, si dirigido entonces el procedimiento de salvataje, esencialmente a los terceros que estuvieran interesados en adquirir las acciones de la concursada, la renuncia de esta última al período de

exclusividad, fundada en expresas razones de su fracaso empresario e imposibilidad de superar por sí misma su cesación de pagos, pudo dar luego lugar a invocar un agravio respecto de requisitos que habrían de tener que cumplir terceros ajenos a su persona. Es que esta situación a mi juicio debía ser ponderada en un escenario que habilitaba a descartar válidamente, que Oil Combustibles SA pudiera haber pretendido a ejercer el derecho que le iba a asistir en caso de que al menos un interesado se inscribiera en el registro al que alude el inciso 1° del art. 48.

Por eso señalo que si los motivos en que justificó su renuncia al período exclusividad, por lógicas razones económicas, financieras y de gestión empresarial hacían impensable que luego pretendiera reeditar una negociación a la que había renunciado previamente, no parece, por forzosa consecuencia lógica, que pudiera haber tenido algún agravio derivado de una resolución que disponía requisitos que no iba a cumplir su parte. Y la latencia de la quiebra no podía ser tampoco el argumento recursivo, porque insisto, la renuncia de su parte al período de exclusividad ponía a la sociedad al borde de la apertura de dicho proceso liquidativo, o en su caso de un procedimiento que sólo mediante la participación de terceros ajenos a su parte hubiese permitido evitar el mencionado desenlace falencial.

ii) Acerca del plazo fijado para la inscripción de los eventuales interesados:

Con independencia de las cuestiones sustanciales que abordaremos más abajo, el plazo fijado por el juez de primera instancia en mi parecer merece algún comentario.

Sin embargo, ese comentario al que me refiero no pasará por el hecho de haber ampliado el plazo legal de 5 días desde la perspectiva del principio de celeridad que impera en la materia y la obligación del juez de respetar su cumplimiento (art. 273 in fine LCQ), sino todo lo contrario, por parecerme exiguo el fijado en 7 días.

Y me parece exiguo, debido a la naturaleza sustancial y compleja de los requisitos que se les estaba exigiendo a los posibles interesados en participar del salvataje. Recordando otras épocas profesionales en las que he

participado en la presentación de concursos preventivos, tengo muy presente las dificultades y tiempos que insumía su preparación, que claro está excedían por “mucho” los cinco días del momento en que finalmente se terminaba presentando dicha petición por ante la Mesa General de Entradas del fuero, incluso considerando el acceso más directo e irrestricto que uno tenía a la información como abogado de su cliente-deudor próximo a concursarse.

No pierdo de vista que no se trataba de efectuar una presentación concursal, pero la dimensión y, adelantándome a lo que seguidamente desarrollaré, pertinencia de gran parte de la información que debían completar los interesados, en algunos aspectos hasta se presentaba más dificultosa de lograr en breves tiempos respecto de las inherentes a cumplir con los requisitos del art. 11 LCQ. Digo esto sin conocer las particularidades del expediente, sino simplemente como parte del análisis jurisprudencial, pero no tengo dudas que en términos similares, de la misma manera que me parecen plausible los aludidos recaudados, estoy convencido que en orden a lograr la eficacia de la instancia de salvataje aparecía conveniente haber fijado un plazo bastante mayor para no desalentar inscripciones.

Principalmente pienso en el plan de negocios, ciertos análisis de solvencia y financieros, como así también de exposición de los recursos con que se contaría para reactivar la actividad de la concursada. Piénsese que si el interesado en inscribirse en el registro fuera un tercero genuino y no uno hipotéticamente “espurio” según se lo planteo como hipótesis la Sala D, aquél podría haber intentado obtener tan millonarias sumas y/o el compromiso de conseguirlas en el futuro a partir de negociar por ejemplo préstamos con instituciones financieras, lo que obviamente no se hubiese podido lograr en esos escasos 7 días.

Aclaro, no obstante, que este aspecto no fue objeto de la decisión en comentario por no haber sido motivo de puntuales agravios, bien que me pareció interesante ponderar tal circunstancia inherente a la estructura del salvataje, ya que en términos generales, en cualquier escenario me parece muy reducido el plazo legal de 5 días, más allá de que pudiera entender los “por qué” teóricos que llevaron a fijarlo en ese breve lapso, junto al restos de

los no menos reducidos plazos legales que también habrían de respetarse en el resto de las subsiguientes etapas reguladas por el citado art. 48.

iii) Efecto del desistimiento del único tercero inscripto en el registro:

Este fue un aspecto que advertí mientras iba elaborando este comentario y que surge de la resolución en la que se declaró la quiebra, aunque nada se dijo en la resolución de la Alzada Comercial.

En tal sentido, el juez de grado en la citada resolución mencionó que, quién había sido el único interesado inscripto en el registro, había desistido su inscripción.

No tengo dudas de que en el caso puntual de este expediente, donde -como lo destacué más arriba- la concursada había renunciado al período de exclusividad y lo hizo por las categóricas aseveraciones acerca de su giro, no correspondía a mi juicio -como bien lo determinó dicho magistrado- ni siquiera plantearse la inquietud dogmática sobre si ese desistimiento hacía o no caer el derecho de la concursada a participar en el “período de concurrencia” cuando al menos hubiese existido un inscripto.

Pero yéndonos de este caso, me pregunto, ¿podría exigir válidamente cualquier deudor concursado participar en este nuevo período de negociación con sus acreedores, lo que para él sería una segunda oportunidad pero que ahora ya no sería de “concurrencia”, porque el único inscripto desistió de seguir compitiendo por adquirir sus cuotas o acciones en tiempo previo a que los 20 días legales que fija el art. 48 comenzaran a correr?

Tengo para mí que también en este caso la respuesta debe ser negativa y por una sencilla razón: de admitirse esta interpretación se estarían habilitando situaciones “espurias” como las que se aludió en el fallo en comentario e incontrolables para el juez concursal, ya que sería suficiente la connivencia previa con un supuesto tercero instando la inscripción de este último para luego desistirla y con ello reeditar un nuevo período de “exclusividad”, lo cual afirmo, con absoluta certeza, no es la finalidad del salvataje ni tampoco debería serlo.

El sentido sustancial del procedimiento, aun cuando también a partir de la ley 25.589 se hubiese permitido la participación del deudor, es que sean terceros ajenos al concurso –y en esta ajénidad comparto las dos exclusiones que fueron destacadas en el fallo en comentario- con una genuina intención de aportar management, eventualmente recursos y generando una confianza renovada hacia el mercado y los acreedores, quienes reemplacen a los anteriores “dueños” que a través de su control societario fracasaron en la negociación de la propuesta de acuerdo.

V. Los temas sustanciales que deja el fallo: amplitud de las facultades del juez concursal, realidad de las inscripciones y consistencia económica y técnica de sus participantes.

Los temas destacados en el título de este acápite se encuentran muy vinculados entre sí, debido a que, como en tantos otros aspectos de la dinámica concursal, si los jueces no pudieran ejercer con amplitud sus facultades ordenatorias, que como director del proceso le confiere la propia ley concursal pero también están dadas por el ordenamiento procesal (arts. 274 y 275 LCQ y art. 36 del CPCCN), muchas situaciones propias de la patología concursal no podrían ser conjuradas, mientras que tampoco sería posible compatibilizar el cauce procesal que fija la ley 24.522 a las necesidades derivadas de la realidad mercantil y la dinámica empresarial, que exceden por muchos las prevenciones y predicciones que pudo tener el legislador concursal al pensar la referida ley.

En otras palabras, esas facultades y su necesaria amplitud tienen dos caras: una de ellas, para que la fría letra de la ley no se transforme en un obstáculo para la superación de la insolvencia; la otra, para que las finalidades que inspiran los principios y reglas concursales no puedan ser eludidas por los operadores jurídicos bajo la apariencia de su cumplimiento. En alguna medida esas dos caras resultan explícitas de la propia ley, que en su art. 16, último párrafo, alude en la ponderación que debe hacer el juez concursal a la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado” y a la “protección de los intereses de los acreedores”, en ese caso para autorizar ciertos actos, pero también brindando una línea de interpretación general para conducir el resto de las diversas decisiones que deba adoptar.

De ahí que no pueda pensarse en un juez concursal sin amplias facultades para atender con rapidez y eficacia la dinámica económica y jurídica en torno a la insolvencia y al proceso que debe conducir para coadyuvar a que el deudor supere ese estado crítico de su giro.

Más allá de lo público y notorio del caso, y el desconocimiento de las circunstancias particulares de la causa que hacen que cualquier comentario sobre decisiones adoptadas no puedan ser más que generales y en alguna medida exclusivamente teóricas, comparto la interpretación que se tuvo acerca de que el catálogo de exigencias estuvieron orientadas a cumplir con las disposiciones regulatorias en materia de hidrocarburos, por supuesto; pero no menos claro se me presenta que también estuvieron dirigidas a impedir que la instancia de salvataje se transforme sólo en un contexto formal para que en los hechos sea la misma concursada, a través de otras personas y/o estructura societaria, quien terminase compitiendo, pero sin competidores reales, para adquirir indirectamente sus propias acciones. De hecho, en la necesidad de impedir esa situación se explica la “transparencia” que habría mencionado la sindicatura y que refirió el juez de primera instancia al disponer la apertura del procedimiento de salvataje.

Y si efectivamente ese temor inspiró la decisión, como parece también haberlo entendido la Sala al referirse a maniobras “espurias”, no cabe sino compartir el sentido de lo decidido, pero no puntualmente sólo por este caso concreto, sino porque entiendo que ese debería ser un temor a despejar en cualquier salvataje de cara al uso abusivo de la inscripción por parte de cualquier tercero, de manera tal que este procedimiento no se transforme, en los hechos, en la prolongación del período de exclusividad, que no fue -insisto- lo querido por el legislador, menos aún el de su texto original, que ni siquiera previó la participación de la concursada.

Dicho lo anterior, queda claro que entiendo acertada la aseveración de la Sala D acerca de que la decisión del juez del grado en principio no fue arbitraria.

¿Significa tal falta de arbitrariedad, no obstante, que esa decisión fue eficaz en orden a lograr la finalidad que inspira la figura regulada en el art. 48 LCQ?

La respuesta a este último interrogante, al menos en algunos recaudos de los exigidos se podría llegar a presentar más dudosa, y no lo señalo por la cuestión formal a la que ya me referí relacionada con el breve tiempo en que a mi juicio se amplió el plazo para inscribirse, ante los complejos recaudos que se habían establecido; sino debido a que algunos de los tópicos exigidos, desde un punto de vista de la estrategia empresaria que en su caso podrían llevar adelante los potenciales nuevos accionistas, además de no parecerme que fueran necesario conocerlos en ese momento inicial del procedimiento, incluso tampoco, necesariamente, merecían en mi parecer una respuesta directa del tercero interesado quien quiera que fuere, ya que el cumplimiento de varios de los requisitos podría lograrse mediante la celebración de contratos de distinta naturaleza destinados a poner en funcionamiento diversas fases de la estructura empresarial de Oil Combustibles S.A. una vez adquiridas las acciones y ya inmerso su nuevo controlante en toda su dinámica operativa.

Entre estos requisitos que a mi juicio no era imprescindible conocerlos en la etapa inicial del procedimiento, destaco la necesidad de acreditar el capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad de la concursada, siendo que más allá de lo dificultoso que se me presente responder seriamente esa exigencia en siete días, como recién ya lo señalé, ese capital de trabajo no necesariamente debía poseerlo en ese momento el tercero que tuviera la intención inscribirse, sino que podía ser parte de una estructura financiera soportada por prestamistas institucionales y/o por sociedades vinculadas pertenecientes a un mismo grupo económico. Las definiciones de cualquiera de estas alternativas iban a llevar tiempo y su desconocimiento inicial por el juez, en principio, no hubiera aparejado *prima facie* ningún disvalor para predecir la suerte futura del procedimiento.

Algo parecido sucede con el recaudo orientado a exhibir una solvencia financiera de magnitud tal que permitiera ponderar que iba a poder cancelarse la deuda verificada de naturaleza preconcursal y la devengada

luego de la presentación en concurso. Si se hubiese acreditado la seriedad de la participación de un tercero con el resto de los pertinentes recaudos, la determinación de este fondeo hubiese aparecido como un aspecto que, reitero, no sólo no se presentaba necesario exigírselo al propio tercero en base a una exhibición de su patrimonio personal, sino que con ello, en mi parecer, se estaba perdiendo de vista otras estructuras de financiamiento que existen para estos grandes emprendimientos, lo que obviamente no iba a poder decidirse, menos todavía obtenerse, en tan poco tiempo. Préstamos sindicados, colocaciones de obligaciones negociables en el mercado de capitales podrían encontrarse entre tales alternativas.

Por eso también que fuera muy difícil definir *ab initio* un “flujo de fondos proyectado para cancelar la deuda pre y post concursal y atender el futuro del negocio” cuando el tercero todavía tampoco sabría en qué términos financieros lograría reestructurar la deuda con los acreedores de la sociedad cuyas acciones pretendería adquirir. De hecho, si bien parecería que en este caso se tenía un preciso conocimiento del pasivo posconcursal, seguramente debido a la información obtenida en el marco de la intervención societaria de la que era objeto Oil Combustibles SA, en cualquier otro caso los pasivos posconcursoales si efectivamente se lograran conocer de manera fidedigna, recién se lo haría con el informe del evaluador, es decir, 30 días después del cierre del registro, y por ende, del plazo que los terceros tenían para cumplir con la totalidad de tales requisitos.

¿Podían desalentar tantas exigencias la concurrencia de interesados?

Si lo que se pretendía con la inscripción de los terceros era eludir la finalidad del salvataje mediante la participación de terceros ficticios, más allá de que mal se podría hablar en ese caso de “interesados”, sin duda que se desalentaría la concurrencia.

Pero si cualquier otro tercero con una intención real de adquirir las participaciones accionarias de Oil Combustibles SA de antemano hubiese sabido de estos requisitos, no dudo de que se hubiese configurado la dificultad de cumplir tales recaudos en plazo y hasta incluso pudiera haber encontrado

en ello algún desaliento. Reconozco, no obstante, que la entendible dimensión de los terceros a los que apuntó el juez de primera instancia, evidentemente, se dirigía a aquéllos con una alta sofisticación administrativa y empresaria, que posiblemente, de existir un genuino interés en explorar la posibilidad de adquirir dichas acciones, pidiendo una prórroga en los plazos al poner en evidencia la dificultad de cumplir con todos los requisitos en tan breve lapso, igualmente lo hubiesen intentado cumplir y, posiblemente, cumplido.

No se puede perder de vista que no estamos analizando esta decisión confirmatoria de la Alzada mercantil respecto de cualquier sociedad que debe someterse al salvataje, sino de una con gran estructura empresarial, gran cantidad de empleados, con una actividad asociada a intereses del Estado que debían ser protegidos y con riesgos ambientales, que sólo unos pocos grupos económicos nacionales y/o eventuales inversores extranjeros estarían en condiciones de afrontar.

Ese contexto es lo que hace excepcional el caso, no el ejercicio de facultades jurisdiccionales que sin duda el juez concursal tiene para *aggiornar* la realidad al texto expreso de la ley.

Y en este punto, los argumentos ratificatorios de la decisión de grado no me parecen objetables, como tampoco me parece luego del análisis precedente, que esa eventual ineficacia de alguno de los recaudos ponderados desde la perspectiva de lo que se quería aparentemente evitar, pero también de las finalidades propias del salvataje que no debían por eso ser resignadas, sea suficiente para tachar de arbitraria sendas decisiones, la aquí analizada confirmatoria de la primera.

Comparto, además, el otro razonamiento que en la decisión en comentario se efectuó respecto a la incidencia que se le confirió a la regulación en materia de hidrocarburos respecto de quienes podrían llegar a convertirse en accionistas de aquellas sociedades anónimas que vayan a desarrollar la actividad como empresas refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos en todas sus formas.

Es que no puede perderse de vista que si bien personalidades diferenciadas, son los aportes de los accionistas -juntos con otro fondeo que

ellos pudieren obtener para aplicar a la actividad social- los que darán, en tiempo inicial, un punta pie económico a la sociedad que darán origen y/o de la que pasarán a formar parte, como así también que son ellos en los hechos, más allá de la teoría organicista que sirve para explicar y dar respuestas a otro tipo de conflictos, quienes adoptan las decisiones sociales que fijan los lineamiento del rumbo social y hasta lo gestionan.

Ello conduce a que no pueda divorciarse la realidad de los hechos de la realidad jurídica, máxime en un escenario donde patrimonialmente la sociedad que sería directamente pasible de tales regulaciones administrativas se autoproclamó impotente de seguir adelante con su actividad, pidiendo por eso la aplicación de un instituto concursal destinado a despojar a los hasta ese momento titulares del capital social de las acciones de su propiedad, y por lo tanto reconociendo, al menos implícitamente, que respecto de su parte no se mantenía el cumplimiento de los recaudos de capacidad, sino puntualmente técnica, sin dudas económica y financiera que debió acreditar en su momento para lograr la inscripción en los términos de la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentaciones.

Esa reinscripción en la senda del cumplimiento de las mencionadas reglas propias de dicho sector productivo, sólo iba a poder lograrse si quienes eventualmente pretendieran adquirir las acciones de la concursada tuvieran los medios –que dije más arriba, ello no implica a mi juicio que con su patrimonio personal acreditaran tal extremo- y las herramientas técnicas, para fondear una actividad y administrar una organización empresarial que se encontraba en una muy delicada situación.

Dicho esto, y saliéndome de este excepcional caso, entiendo que el ejercicio de las facultades que se le reconoció al juez concursal en esta materia, debería reproducirse en cada oportunidad que se vaya aplicar este instituto concursal, claro está, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, sin que pueda advertir –al menos en términos generales- que esos posibles requisitos que se fijen puedan causar algún agravio a los terceros interesados, quienes en todo caso están en su derecho en participar o no del procedimiento. Luego, si esas hipotéticas situaciones terminan siendo eficaces será “harina de otro costal”, bien que tampoco ha demostrado el procedimiento

del art. 48 de la ley concursal, una verdadera alternativa para el mantenimiento en el mercado de las empresas concursadas que no tuvieron éxito en el período de exclusividad. A no rasgarse las vestiduras.

VI. Sobre el plan de negocios y la información para elaborarlo.

Es verdad que el plan de negocios, como se lo destacó en el fallo, es uno de los temas que ante el silencio que al respecto exhibe la ley, más ha sido reclamado por -podría decirse- pacífica doctrina.

No es menos cierto tampoco, que cuando se ha hablado de la necesidad de que en el marco de un concurso se presente un plan de negocios o plan de empresas, el foco se ha centrado en una obligación del deudor durante el período de exclusividad como parte de la justificación a brindar acerca de que la propuesta es cumplible (art. 52 inciso 4 LCQ).

Obviamente que, en un plano teórico pero también práctico, contar con un plan de negocios que por lo general los jueces no se lo exigen a los concursados, también sería ponderable en el marco del salvataje que tampoco tiene una norma en ese sentido.

Tal ausencia legal, podría conducir a descartar que por ejercicio de las facultades en cabeza de los jueces concursales pueda ser exigido tal requisito.

Sin embargo, más allá de lo cuestionable que en términos generales podría resultar esa conclusión en la inteligencia de lo que dije en el apartado anterior, considero que en este caso los reproches no serían válidos, como lo desestimó en este sentido la Sala D, por resultar a mi juicio implícito el plan de gestión requerido en las exigencias establecidas en la regulaciones administrativas que sí imponen, en cambio, acreditar la posibilidad técnica, económica y financiera de llevar adelante la mencionada actividad.

La duda que se me presenta, es si era posible realmente prepararlo en el breve lapso que los eventuales terceros tenían para presentarlo, porque las complejidades informativas que tiene la preparación de este tipo de plan, si bien para el propio deudor no sería un inconveniente por ser el dueño de la información y contar con el largo recorrido del trámite del concurso para ir

viendo la incidencia del giro posconcurzal sobre proyecciones iniciales que se pudieron haber hecho y/o el resultado de la negociación del acuerdo, los terceros cuentan, y habitualmente contarán, con la muy restringida información que resulta de la presentación concursal, de los informes mensuales, del informe general e incluso del informe del evaluar, que no pueden ignorar los operadores de la insolvencia es acotada en su eficacia y no revela las innumerables variables que deberían considerarse para elaborarlo seriamente.

VII. Exclusiones “implícitas” para inscribirse en el registro del art. 48 inciso 1° LCQ.

En el fallo se aludió a exclusiones “explícitas” e “implícitas” para justificar, apoyado en diversa doctrina, la imposibilidad de participar en el procedimiento de salvataje que recaería sobre los administradores, socios y accionistas de la concursada.

Sería sencillo argumentar en sentido contrario a lo resuelto, apoyándose para eso en la indefinición del art. 48 acerca de la noción de “tercero” y a partir de ello, la invocación del principio constitucional de reserva que surge del art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, no encuentro tan simple la cuestión, menos aún comparto esta última y posible solución.

Ya desde el texto anterior a la sanción de la ley 25.589 que habilitó también la participación de la concursada en el procedimiento de salvataje, hipótesis vedada en el texto original, existía controversia sobre este punto y aquellas se mantuvieron también con posterioridad a dicha ley.

Sin descartar la pertinencia interpretativa del no menor argumento constitucional, incluso varias de las aseveraciones en que se apoyaba la tesis afirmatoria de que aquellos sujetos pudieran inscribirse para participar del salvataje, por ejemplo, la inexistencia de interés contrario (arts. 248 y 272 LSC), la prohibición de realizar actos en competencia (art. 273 LSC) y/o la diferente personalidad respecto de la sociedad de la que forman parte, al menos en los dos primeros casos, quedaron fuertemente desvirtuados como argumento a partir de que la concursada también pudo participar en el mencionado procedimiento.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

Es que más allá de las objeciones de índole societaria, cuyo peso interpretativo no es para desestimar, encuentro que esos sujetos no se encuentran habilitados pero en base a razones sistémicas propias de la ley concursal. Entre estas razones, por la incongruencia que me a mi juicio deriva de que quienes condujeron a la sociedad a la situación de insolvencia, especialmente cuando la fenomenología de la plaza societaria local da cuenta de que en su mayoría se trata de sociedades cerradas y personalistas aun siendo anónimas, aparezcan luego participando para lograr a título personal esta segunda oportunidad frente a negociaciones con los acreedores en las que ellos mismos fracasaron. Además, por el hecho de que se estarían recomprando sus propias acciones, extremo que no obstante el abuso que podría implicar desde el punto de vista de las relaciones entre el elenco de socios, denota la pérdida de razonabilidad que de lo contrario tendría la reducción del valor positivo a pagarle a los socios y accionistas con motivo del acuerdo, aspecto que es una parte esencial de la justicia de esta figura. Por lo demás, como lo puso de relieve el fallo y también importante doctrina orientada en el mismo sentido, esta participación le quitaría transparencia y seriedad al procedimiento, permitiendo que en su contexto puedan introducirse maniobras abusivas que serían muy difícil de evitar de manera tempestiva por parte del juez.

No puede perderse de vista que, aun cuando la buena fe deba presumirse en el sin fin de relaciones jurídicas insertas de la dinámica económica diaria, el ordenamiento concursal es un ordenamiento de la patología, en el sentido de que no sólo el estado de quiebra implícitamente manda a investigar a los posibles responsables de esa situación, regulando un catálogo de acciones de recomposición patrimonial vinculadas a conductas ilícitas asociadas a la insolvencia, sino que sus propios efectos, en alguna medida se adelantan a la mala fe que pudiera tener el propio deudor respecto de su patrimonio, al establecer el efecto del desapoderamiento como la pérdida de todo poder para realizar actos sobre aquel.

Por eso también el sistema concursal no se contenta con el reconocimiento de obligaciones emanado del deudor y establece en cambio la etapa de verificación sujeta a la intervención de un auxiliar como lo es el

síndico, lo que sería absolutamente válido en un contexto de no insolvencia (art. 733 del Código Civil y Comercial de la Nación). E incluso se le resta a la contabilidad de la propia deudora, en principio, la eficacia de acreditar por sí sola la existencia de deudas, si ese efecto de su contabilidad no viene acompañado de una acreditación fehaciente de la causa de tal obligación.

Y de ahí también que en el concurso preventivo, además de la instancia de verificación, etapa fundamental para lograr transparencia en la negociación de la propuesta, existan exclusiones de ciertos acreedores a fin de que no incidan negativamente en las mayorías, existan causales de impugnación que ponen en evidencia el temor a situaciones de fraude de manera explícita y se le imponga al juez descartar al tiempo de homologar, que no se hubiera configurado una hipótesis de abuso y/o fraude a los acreedores.

Esta mirada amplia del sistema concursal, de los intereses que pretende tutelar y de sus finalidades, son las premisas esenciales que, en mi parecer, justifican la imposibilidad de que administradores, socios y accionistas participen como “terceros” en el salvataje, señalando quizás, como única salida a esta conclusión, el caso de accionistas que aparezcan claramente como inversores en una sociedad cotizante, situación que raro sería ver en nuestros tribunales.

VII. Las exigencias respecto de la cooperativa.

Para abordar este punto de la resolución, que en aquella se fundó exclusivamente en el argumento de la igualdad que debía respetar la cooperativa de trabajadores frente a la posición de cualquier otro tercero que quisiera participar del procedimiento de salvataje, encuentro necesario recordar algunos problemas interpretativos en torno al art. 48 bis.

Y en este sentido, en el aspecto que aquí me interesa destacar, la deficiente redacción de la referida disposición se puede explicar en el sentido de que la alusión a “hacer valer”, está significando que aquellos créditos “potenciales” que tendrían los trabajadores en los términos del art. 294 LCQ que modificó la ley laboral, en la hipótesis de que el concurso preventivo desembocara en una quiebra, podrán invocarse cuando la valuación de las

cuotas o acciones hubiera sido positiva y para hacer jugar tales créditos, en una suerte de reducción de ese valor positivo adicional a la que en cualquier otro caso de por sí habría de sufrir ese mismo valor pero en la proporción en que los acreedores vieran reducidos sus créditos en virtud del acuerdo, de conformidad con las pautas que sienta a estos efectos el art. 48.

Como ya lo he sostenido en otra oportunidad, *“...el precio de esas participaciones fijado en la primera etapa del salvataje y reajustado posteriormente en la misma proporción en que los acreedores verán reducidos sus créditos en virtud del acuerdo, sufriría un nuevo reajuste pero ahora en función de los créditos de los trabajadores integrantes de la cooperativa...En este supuesto no habría entre la cooperativa y los socios de la concursada una compensación de un crédito inexistente entre quienes no poseen a su vez, créditos entre sí. Lo que habría, en todo caso, es la contemplación anticipada de un pasivo que hasta ese momento no existe y que de existir impactaría, evidentemente, en un menor precio de las acciones o cuotas...”* (de mi autoría, “Salvataje empresario o ‘cram down’”, Pablo D. Frick (Dir.), Manual de concursos, quiebras y otros procesos liquidatorios, elDial.com, T. 1, Buenos Aires, 2016, p. 232).

Asimismo, también habré de recordar otra de las críticas que se le hicieron al art. 48 bis, puntualmente la que fincó en torno a la asunción de las obligaciones de los acreedores concursales que, en caso de haber ganado aquélla la competencia que se hubiese podido dar con otros terceros o la propia concursada en el marco de la negociación que habilita el salvataje de haber obtenido antes que ellos las conformidades de los mencionados acreedores, habrían de pesar sobre su parte como si fuera la misma concursada y no un tercero independiente.

Sobre tal curiosa solución legal, he señalado en su momento, tratando de dar una explicación a un escenario que de otro modo parecería ser peor y no más favorable que el que se le presentaría a cualquier otro tercero, que *“...La ‘ley correctiva’ de la ley 26.684 enviada al Congreso y que no llegó a ser sancionada, permite advertir que lo que el legislador realmente parece haber querido pero que no plasmó en el art. 48 bis de la LCQ, fue que en el caso que hubiese sido la cooperativa de trabajadores vencedora en el*

salvataje, se produjera una suerte de transferencia universal de todos los activos y pasivos de la concursada a su favor, que provocase -por lógica consecuencia- la cancelación de la inscripción de la sociedad concursada...” (de mi autoría, ob. cit., p. 233).

A partir de esta inteligencia que le asigno al art. 48 bis, no puedo sino compartir lo decidido en el fallo en comentario.

Primero, porque no existe ningún argumento legal para eximir a la cooperativa de trabajadores de los recaudos exigidos al resto, siendo que la única diferencia que el legislador les reconoció, además del supuesto apoyo que debería otorgarles el Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos respecto de las conformidades y facilidades por acreencias que pudieran tener contra la concursada, tuvo que ver con la posibilidad de aplicar las “potenciales” acreencias de los trabajadores que la integran para reducir el valor positivo que de lo contrario deberían abonar a los socios y accionistas en los términos que manda el art. 48.

Y segundo, debido a que de seguirse la tesis interpretativa que recién destacué sobre la situación de la cooperativa tras salir vencedora en el salvataje, la transmisión de toda la operación que hasta ese momento tenía Oil Combustibles SA a su parte, infringiría las regulaciones administrativas que impone que este tipo de actividad sea desarrollada por una sociedad anónima.

En este escenario no estaríamos frente al otro tema que trató la resolución y que ya comentamos, esto es, si los requisitos exigidos a las empresas que desarrollen la actividad de refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos también debían ser cumplidos por sus accionistas en el marco de este procedimiento de salvataje, sino lisa y llanamente si la persona jurídica “cooperativa” se encuentra habilitada para desarrollar tal actividad, de ahí la autorización que se le requirió a estos efectos de la Secretaría de Energía, aparentemente, aunque sin decirlo de manera explícita, por parecer haber interpretado el juez de grado, que la aplicación de esta figura, y en este puntual aspecto, provocaba la misma consecuencia que recién señalé.