

“Interrelación entre los poderes de los acreedores, del concursado y del juez en la homologación del acuerdo preventivo”

por Javier Cosentino

1. Introducción

En tiempos de pandemia, se ha tornado evidente la dificultad para conceptualizar como abusiva una propuesta de acuerdo formulada por el concursado. En este marco, debe profundizarse el análisis a partir de las distintas perspectivas que se generan para los distintos actores en juego.

Para el deudor, para quien el mejor sistema concursal es aquel que le permite refinanciar sus deudas en las mejores condiciones, sus perspectivas pasan por las efectivas posibilidades de cumplimiento; para el acreedor, sus efectivas posibilidades de cobro de su crédito en la mayor medida y rapidez posible; para el juez, no solo el equilibrio entre ambos intereses sino también la conservación de empresas viables, la preservación de las fuentes de trabajo y del medio ambiente, la obtención de las mayorías legales y otros.

Se trata de avanzar en estos tópicos, con la finalidad de ampliar la mirada sobre la cuestión de la abusividad de la propuesta, que implica bastante más que constreñirse a un porcentaje de pago, y con una final propuesta de modificación legislativa en torno a la posibilidad de renegociar el acuerdo en determinadas circunstancias excepcionales.

2. El acreedor

Una de las aplicaciones del principio de igualdad de los acreedores en situación de concurso, es aquella que les impone la carga de concurrencia a

solicitar la verificación de sus créditos en la medida en que deseen participar de la convocatoria.

Sin embargo, algunos pueden participar sin que necesariamente deban pasar por el procedimiento de la verificación, como en el caso de los acreedores laborales con derecho de pronto pago.

Los acreedores posconcursoales no solo no tienen obligación de concurrir a insinuarse sino que por más que intenten participar del concurso, no serán admitidos por muchas buenas intenciones que tengan.

¿Y aquellos que posean una garantía real? Estos acreedores en su caso podrán promover o continuar con la ejecución una vez que acrediten haber presentado la petición de verificación y su privilegio, según LCQ:21, norma que excluye tales ejecuciones del fuero de atracción, cuestión que entendemos errónea dado que nadie mejor que el juez concursal para intervenir en todas las circunstancias atinentes a la ejecución de un bien que suele ser de la mayor relevancia para la continuación de actividad, ya que por lo general se trata de inmuebles. El legislador reformista de 2006 siguió en este caso lo resuelto en el fallo plenario “Avan” (9.4.01) de la Cámara Comercial Nacional, que también erróneamente había dispuesto la exclusión de ejecución de garantías reales del fuero de atracción.

¿Y aquellos que además de garantía real, poseen facultades para ejecutar mediante remate extrajudicial? La LCQ:23 solo les impone rendir cuentas ante el concurso, mas no existe disposición que exima a estos acreedores del principio genérico de concurrencia, aunque es cuestión discutible en la medida que dicha norma no dispone la necesidad de insinuarse como lo hace el art. 21 respecto del supuesto comentado en el párrafo antecedente.

Ahora bien, ¿qué incidencia tendrán a los fines de la obtención de las conformidades? ¿Facilitarán el acceso a la solución preventiva o se convertirán en un escollo?

Ya señalamos que los acreedores en general preferirán un sistema que les permita cobrar la totalidad o la mayoría de su crédito con el menor sacrificio posible. Pero las posiciones que adopten serán distintas según su ubicación en el pasivo.

Piénsese por ejemplo en un acreedor que concurre con una sentencia obtenida luego de un larguísimo juicio ordinario, en donde ha sufrido todo tipo de artimañas procesales y a quien le suspenden el procedimiento de la ejecución el mismo día del remate por la apertura del concurso. Pareciera que esta persona humana, que además ha tenido que pagar todos los gastos y honorarios de su letrado, no se halla en disposición de aceptar cualquier propuesta que le hagan.

Claro que su posición será de extrema fortaleza si se tratara del único acreedor verificado o si tuviera un crédito de tamaña entidad en el pasivo que fuera indispensable su conformidad.

Aunque no siempre será así, ya que la significancia que pueda poseer el activo liquidable, será otro parámetro importante a la hora de decidirse por la conformidad. En el caso concreto, el asesoramiento del letrado, quien eventualmente deberá hacer las veces de asistente psicológico, será fundamental. Seguramente a esta persona no le parecerá atractiva una propuesta de pago del 40%, por ejemplo, pero será preferible a no cobrar nada.

Otros acreedores se mostrarán proclives a aceptar propuestas más bajas, ya sea con una finalidad altruista o para poder continuar comerciando sin ingresar en la cadena cesante.

Algunos pretenderán cobrar el 100% (o más si pudieran).

Otros le dirán al concursado: “esta es mi propuesta, pero si no le gusta, no tengo otra”, como los organismos fiscales en general, que además obligan a la realización de largos trámites a fin de evaluar el otorgamiento de la conformidad, a los cuales el concursado suele llegar tarde acosado por el vencimiento del período de exclusividad y con cierta falta de diligencia.

Los acreedores en moneda extranjera pretenderán que se les pague en moneda extranjera, porque cobrar en pesos decir s al cambio oficial y encima con quita y espera, no parece un gran negocio.

A los acreedores privilegiados con garantía real, poco les importa la suerte del concurso.

Y entre los acreedores laborales estarán aquellos que ya se retiraron de la empresa y que esperan la homologación para exigir el pago de sus créditos

privilegiados, y aquellos que aún continúan prestando sus servicios y que ven la cuestión a través del prisma de la continuidad de la fuente de trabajo.

Es entonces que el deudor puede encontrarse frente a un aquelarre de acreedores con intereses muy diversos, e incluso acreedores cuyas intenciones no consistan en cobrar sus acreencias sino en hacer desaparecer a un competidor del mercado o presionarlo para obtener indebidas ventajas, aunque ello nos lleva de la mano a la espinosa cuestión del acreedor hostil que no es propia de este trabajo.

3. El concursado

La legislación anterior 19.551 solo posibilitaba tratar el pasivo unificado. Ante el panorama descrito, ha sido un acierto la introducción en la ley 24.522 de la posibilidad que se le otorga al concursado de categorizar los créditos a su opción, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que ello no es obligatorio por más que el art. 41 luzca imperativo.

Solo se exige que sea fundada y razonable, es decir que los créditos aparezcan agrupados en base a elementos homogéneos de modo que pese a su discriminación, se verifique la continuidad del principio de igualdad de acreedores que tiene sustento en el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16) y su adecuada interpretación, esto es igualdad entre iguales.

Claro que si el concursado desea tratar su pasivo de manera unificada, bueno, como dijimos, es de su exclusiva incumbencia. Pero desde estas páginas llamamos la atención sobre una situación conflictiva que genera diversos tropiezos en el trámite del concurso.

En tal situación intervienen siempre los mismos personajes: el concursado no categorizante, el juez expectante, y el acreedor que suele conocerse como "AFIP", presente en todo proceso concursal. Ocurre que tarde se da cuenta el deudor de que si trata su pasivo sin divisiones, necesitará indispensablemente la conformidad de dicho acreedor, ya que sin su conformidad no alcanzará las mayorías legales por la importante incidencia que

habitualmente posee en el pasivo quirografario. Y resulta que la AFIP no dará su conformidad si no es a la propuesta que ella misma formula en sus planes. Y también resulta que esa propuesta no es la que los demás acreedores están dispuestos a conformar.

En este marco, el concursado corre al juzgado a pedirle al juez que saque a este acreedor de la base de cómputo. En épocas pasadas, la AFIP exigía resolución de homologación para otorgar conformidad con planes de facilidades de pago para concursados: el huevo y la gallina, porque no se podía homologar si no había conformidad.

Actualmente la situación es diferente, ya que el organismo recaudador, luego de ciertas evaluaciones, se expide concretamente por el otorgamiento de la conformidad. Surge entonces el interrogante válido: ¿qué motivo hay para excluir a dicho acreedor de la posibilidad de brindar -o no- su conformidad?

En general he visto que el entuerto se soluciona mediante lo que se ha dado en llamar la “categorización in extremis”, por la cual los tribunales admiten una categorización extemporánea o directamente la proveen de oficio, conducta que a nadie perjudica y en definitiva permite salvar la convocatoria.

Ahora, delimitado el pasivo y categorizado o no, el concursado debe delinear la propuesta que hará a sus acreedores, para lo cual se interrogará probablemente sobre los siguientes tópicos, colocándonos ahora en primera persona:

- a) ¿Cuánto puedo pagar?
- b) ¿Cuánto quiero pagar?
- c) ¿Cuánto me aceptarán mis acreedores?
- d) ¿Cuánto me aceptará el juez?

Entendemos que en las respuestas -inevitablemente entrelazadas- a tales preguntas se encuentra la médula de esta sencilla exposición. No advertimos óbice a que el deudor pretenda cancelar sus deudas en menor medida de la que puede. Ello exigirá mayor sacrificio de parte de sus acreedores, pero ellos lo aceptarán. O no, y entonces el concursado se verá obligado a elevar

su oferta, y quizás tentado a hacer una propuesta que incluso supere lo que pueda pagar.

Acá pasamos al punto siguiente, que mucho tiene que ver con el interrogante d) recién indicado.

4. El juez

En el sistema de la ley 19.551 que rigió hasta mediados de los 90, el juez evaluaba la conveniencia del acuerdo para el interés público formulando un examen de mérito en donde el logro de las mayorías legales era un elemento más a considerar. Recuérdense los casos Sasetru o Resero -revocado en segunda instancia-, en donde no se homologó el acuerdo pese a la existencia de mayorías. Además, existía en dicha norma una base objetiva respecto de la propuesta: la quita no podía superar el 60% del crédito.

Esto no dejaba lugar a evaluaciones sobre abusividad. En principio. Y decimos en principio porque la eterna inflación que nos aqueja desvirtuó ese parámetro pretendidamente objetivo, y entonces comenzaron a aparecer métodos para ponderar si el deudor pagaba efectivamente aquello a lo cual se había comprometido, desde el valor presente de los créditos (precedente Arcángel Maggio) hasta los testeos de abusividad actuales.

En la legislación actual el juez debe homologar el acuerdo si están reunidas las mayorías legales y no hubo impugnaciones, salvo propuesta abusiva. La ley 24.522 le “marca la cancha” en el sentido de que ahora es preponderante la voluntad de los acreedores a la hora de expedirse por la homologación, aunque siempre conserva sus facultades de control general del orden jurídico.

Claro que como indicamos, actualmente debe evaluarse eso de la propuesta abusiva, para lo cual hay que recurrir a parámetros que deben buscarse en todo el ordenamiento legal ya que la ley aparece un tanto “floja de papeles” en este aspecto.

Por lo pronto, notamos que para el juez, un primer test de abusividad se desprende de su expresividad facial. Cuanto más frunza el ceño, más abusiva la considerará. Y esta primera evaluación suele plantearse en términos estrictamente aritméticos: es poco y punto. Si está en la duda, lo complementará con un “a ver qué dice el síndico”.

Desde ya que un magistrado responsable acudirá a los elementos que indicamos, valor actual de los créditos, testeos de abusividad y otros (desde ya que no debe convertirse en un “hacedor de propuestas”, como hemos visto en algún supuesto). Y luego en su caso determinará el cauce procesal para enderezar el concurso si entiende que se verifica un supuesto de propuesta abusiva.

Aquí nos encontramos ante un problema, porque el momento para evaluar dicha situación es la oportunidad de expedirse por la homologación. Entendemos que no existe inconveniente en que el juez haga uso de sus amplias facultades ordenatorias que en materia de concursos y quiebras le otorga la ley, y así podrá, por ejemplo, llamar a audiencia al concursado a fin de evacuar las dudas que tuviere o indagarlo acerca de los parámetros que tuvo en cuenta para formular la propuesta, si eventualmente se halla en condiciones de mejorarla, etc. Pero deberá ser prudente, porque siempre sobrevuela en estos casos el fantasma del prejuizgamiento.

Aunque la ley no le da otras opciones al juez mas que homologar el concurso o quebrar -salvo salvataje art. 48-, al amparo del principio de conservación de la empresa se originó la denominada “tercera vía”, recurso según el cual el juez no homologa porque considera que la propuesta es abusiva pero tampoco decreta la quiebra, otorgándole posibilidad al deudor para que salga de esa situación de abusividad y retorne al cauce legal mejorando su propuesta y todos contentos.

¿Merece acceder a la solución preventiva quien comprobadamente ha violado el orden público?

Pareciera que no, mas existen otras consideraciones que no deben soslayarse y que por el contrario, deben tenerse expresamente en cuenta. Señalamos entre ellas la envergadura de la empresa, actividad que realiza,

posibilidades de ingresar al salvataje, posibilidades de cobro en una eventual quiebra y sobre todo, su carácter de dadora de fuentes de trabajo, circunstancia que fue adquiriendo mayor relevancia a medida que se fue modificando el texto originario de la ley 24.522 y que no podemos hoy desconocer, por más que muchas veces se quiera hacer aparecer a los trabajadores como un mero apéndice atado a la suerte del empresario.

Es así que en la evaluación conjunta de todos estos antecedentes, entendemos que debiera primar el interés superior de la comunidad en general por sobre el individual del empresario, que en definitiva en el ranking de protección derivado de la situación concursal -y de la dogmática concursal-, ocupa un lugar secundario.

Y llegado este punto, queremos poner el acento en una circunstancia más que debe ser tenida en cuenta al momento de formar juicio sobre una propuesta que pueda catalogarse como abusiva. Esto es, la consecución de las mayorías legales.

Una propuesta que en una evaluación apriorística pueda considerarse abusiva, ¿mutará en un juicio definitivo si el concursado consigue la adhesión unánime del universo de sus acreedores? ¿Se moverá el amperímetro a medida que vayan disminuyendo los porcentajes de aprobación? ¿Y si se han logrado ajustadamente las mayorías legales, pero nadie formuló reclamo alguno?

¿Podría preverse una mejora parcial para quienes no dieron conformidad o eventualmente comparezcan tardíamente?

Volvamos a eso que señalamos en párrafos precedentes en torno a la posibilidad de que el concursado, en este caso ante una exigencia del juzgado, se vea tentado a formular propuestas que sabe que no podrá cumplir. Porque visto desde otro lado, ello también puede ser abusivo ya que se mantendrá la expectativa para que finalmente lo más probable es que nadie cobre nada o migajas, en referencia específica a acreedores quirografarios.

Y de ahí la relevancia de exigir un plan de empresa que lamentablemente y por más esfuerzos interpretativos que se hagan respecto de lo que señala la LCQ:45, hoy no existe en nuestro medio.

Nada sencillo es, entonces, responder al interrogante que eventualmente se hará el concursado cuando con las conformidades en la mano, se pregunte si el juez le aceptará la propuesta.

5. Finalmente (I)

La propuesta abusiva de hoy puede ser la propuesta no abusiva de mañana. No medimos con los mismos parámetros una propuesta hecha antes de marzo de 2020 que una efectuada en un escenario mucho más complejo como lo es aquel derivado de la emergencia sanitaria.

En todo caso, ¿a quién debe amparar el sistema concursal? El deudor responsable debe proponer algo que pueda cumplir. Por principio el acreedor podrá hacer lo que quiera con su conformidad, pero es responsable de evaluar su propia conveniencia y de informarse a esos fines, siéndole aplicable el estándar del art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Y el juez habrá de tener especial cuidado a la hora de considerar una situación de abusividad, para lo cual deberá ponderar todas aquellas pautas indicadas, y no solamente la protección de acreedores disidentes o no comparecientes.

DECONOMI

6. Finalmente (II)

Al homologar el acuerdo, el juez confirma y da fuerza legal a las propuestas conformadas libremente, sin que pueda alterar el contenido de lo votado; así es que una vez homologado, el acuerdo posee eficacia universal y vinculante para todos los acreedores.

Llegó el Covid19 y este principio que parecía absoluto ya no lo es tanto, y nos preguntamos si en determinadas circunstancias es factible rever aquello que fue pétéamente homologado y que no podía ser alterado por ninguna fuerza conocida.

DECONOMI

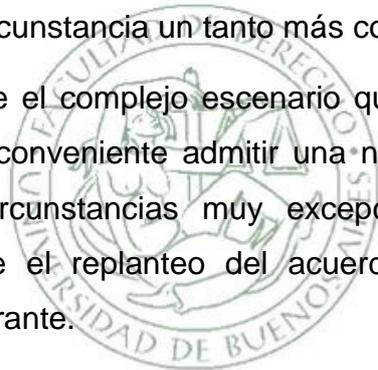
AÑO IV – NÚMERO 14

La pandemia es un ejemplo como ningún otro de fuerza mayor, es un fenómeno que nadie vio venir y que abarcó a toda la humanidad, paralizando a escala global la producción de bienes y servicios y que en nuestro medio provocó cierre de empresas, suspensión de actividades, prohibición de despidos y ruptura de la cadena de cesación de pagos.

Numerosos proyectos de ley, muchos de ellos iguales en una base de suspensión de plazos durante un tiempo, y ninguno llegó a tener estatus de ley. De todos modos, los jueces fueron contemplativos a la hora de evaluar la conveniencia de admitir prórrogas de plazos en períodos de exclusividad corrientes, o para el pago de los vencimientos del acuerdo propuesto en cuotas.

Mas no conocemos antecedentes acerca de renegociaciones de acuerdos homologados, circunstancia un tanto más compleja.

Entendemos que el complejo escenario que nos deja la pandemia, nos demuestra que sería conveniente admitir una norma positiva por la cual frente a determinadas circunstancias muy excepcionales y de imposible previsión, pueda admitirse el replanteo del acuerdo homologado a fin de adecuarlo al contexto imperante.



DECONOMI