

“El plan de empresa como una directriz de la ley concursal argentina”

por Francisco Junyent Bas

Proemio in memoriam Efrain Hugo Richard.

La publicación de una colaboración en homenaje a Hugo Richard, no podría nunca abordar todos los temas que el querido maestro y amigo manejo con versación y análisis crítico en el ámbito del Derecho Comercial.

A modo de introducción solo diré que Hugo, si bien, formalmente fue profesor de derecho societario, manejaba diversas áreas disciplinarias, tanto en el derecho comercial como el derecho civil.

Un aspecto de su pensamiento, en orden al derecho concursal, fue tratar de explicar la necesidad de que, en los concursos de sociedades, tenía la prolijidad de puntualizar que no refería a la persona humana, sino al ámbito empresario, era la necesidad de articular un plan de empresa que justificara la alternativa concordataria y permitiera, por un lado, otorgar transparencia a la presentación en concurso preventivo y por el otro, hacer conocer a los acreedores las alternativas de reorganización y reactivación que justificaba el acuerdo que se proponía.

Por ello, nos ha parecido bien hacer un pequeño abordaje sobre esta problemática, comenzando con recordar los nuevos vientos que soplan en el derecho concursal y que sustentan el quehacer empresario en los casos de crisis.

De esta forma comenzamos nuestra labor.

I. Los nuevos vientos del derecho concursal.

I.1. La empresa como sustento de la nueva cosmovisión.

El advenimiento de la empresa produjo una modificación radical en la concepción del derecho concursal: de ser un derecho encaminado a salvaguardar el derecho de los acreedores, pasó a reordenar las alternativas saneatorias que permitieran mantener la actividad económica.

Desde esta perspectiva, y haciendo pié en las sucesivas modificaciones del derecho comparado, la normativa falimentaria mantiene los clásicos institutos del concurso preventivo y la quiebra, pero incorpora procedimientos alternativos de saneamiento empresarial y en especial previos al concursamiento propiamente dichos.

En los últimos años se debaten los presupuestos de apertura del juicio concursal con el objeto de adelantar la tutela jurisdiccional y cobran nuevas fuerzas las regulaciones que tienden al salvataje de la empresa.

Asimismo, las dificultades económicas de índole general fueron receptadas por la legislación como alternativas de apertura de procedimientos extrajudiciales que permitieran reorganizar la actividad productiva, sin el costo de las vías procesales clásicas.

En una palabra, los cambios socio-económicos reclamaron la adecuación de la normativa falimentaria pues, como recuerda Rivera¹ un esquema concursal ordenado y eficaz se vincula derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

Tal como enseña Alegría², la ley de concursos no es solo un texto legal sino que, se constituye en un instrumento de política legislativa dentro del universo económico que debe estar dirigido a dar satisfacción a concretas aspiraciones del cuerpo de la comunidad.

La afirmación precedente se pone de relieve en la preocupación que organismos financieros, como el FMI y el Banco Mundial tienen respecto de los regímenes concursales de todos los países y, en esta línea, se ha elaborado un informe denominado “Por Procedimientos de Insolvencia Ordenados y Eficaces”.

¹ Rivera, Julio Cesar, ob.cit.

² Alegría, Hector, Algunas cuestiones de derecho concursal, Bs. As., Argentina, Abaco, 1975, pag. 22.

Esta característica de la legislación concursal la dota de notable movilidad y ha conducido, en los últimos años, a numerosas reformas tanto en la legislación europea, como en la normativa estadounidense que intentan sentar las bases de un nuevo derecho concursal.

I.2. La separación del hombre de la empresa.

La reforma de la legislación francesa tiene un hito fundamental en la ley 67.563 del 13 de julio de 1967, que incorporó la continuación de la empresa a la normativa falimentaria. Como enseña Cámara³ el régimen concursal francés estructuró tres procedimientos, a saber: el procedimiento extraordinario de suspensión de las ejecuciones, reservado para ciertas empresas que estaban en dificultades financieras; y dos procesos ordinarios: el reglamento judicial, similar a nuestro concurso preventivo, y la liquidación de bienes, el proceso falencial propiamente dicho.

La ley francesa de 1967 introdujo como novedad la separación entre “el hombre” y “la empresa”, postulando la supervivencia de ésta siempre que fuera viable, con prescindencia de la conducta de aquél. Tal es la nueva filosofía del derecho de la insolvencia, que fuera señaeramente manifestado por Houin y que diera origen a la manifestación teórica “principio de la prevención” como forma de intentar evitar la liquidación de la empresa si ella es viable y al margen de la actuación de sus dirigentes.

De esta forma, la empresa, aunque no sea propiamente un sujeto de derecho, es valorizada como una organización productora de riqueza, que debe conservarse separada del empresario en tanto sea viable económicamente.

Cámara destaca la modificación radical ocurrida en la concepción del derecho concursal: de ser un derecho encaminado a salvaguardar el derecho de los acreedores, pasa a ser un derecho donde prevalecen los intereses de la economía.

³ Cámara, Hector, Concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Bs. As. , Argentina, vol. III – A, pag. 60.

Desde el momento en que la “noción de empresa” se mantiene en la superficie, ya no es posible considerar el derecho de las sociedades sin hacer referencia a aquélla.

Toda propuesta de reforma no puede ser más que un esfuerzo constante por considerar los intereses que confluyen en la empresa y a “salvarla o sanearla económicamente” y permitir su supervivencia más allá de la suerte del empresario.

I.3. La legislación alemana.

La Insolvenzordnung (InsO) del 5 de octubre de 1994 introdujo en Alemania un nuevo procedimiento judicial unitario para el tratamiento de las situaciones de insolvencia o crisis económica de la empresa.

La normativa aludida unificó el ordenamiento en materia de convenio y procedimiento liquidatorio, atemperando el derecho de los acreedores a la inmediata satisfacción de sus créditos con la posibilidad del saneamiento de la empresa.

Tal como lo señala el texto legal, el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la explotación de su patrimonio y el reparto de sus frutos, o mediante un plan de insolvencia en el que se articula un plan de empresa dirigido al saneamiento de esta última.

La nueva legislación mantiene la satisfacción de los acreedores como eje del sistema concursal, pero otorga a los interesados la posibilidad de recuperar la empresa a través de un convenio de continuación acordado en un plan específico de insolvencia.

La finalidad recuperatoria se refleja en el presupuesto material de apertura del procedimiento que presupone la concurrencia ya sea, del estado de insolvencia, ya sea de la “amenaza de insolvencia”, como así también, la denominada situación de “sobreendeudamiento” que se define en la propia ley como aquella en la cual el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas.

La ordenanza dispone que se ha de tener en cuenta la continuación de la empresa cuando sea verosímil su recuperación.

Desde el punto de vista subjetivo, la normativa germana mantiene el típico principio de unidad de disciplina en virtud del cual el expediente de insolvencia resulta aplicable con independencia de la condición civil o mercantil del deudor y alcanza tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

La doctrina⁴ explica que en el derecho alemán la apertura del procedimiento no se efectúa tanto en consideración a la persona cuanto al patrimonio; esto es, es un procedimiento que no se estructura desde la titularidad formal del sujeto sino más bien, de la entidad patrimonial objetiva y autónoma.

La ordenanza alemana destina todo un título a reglamentar las situaciones de insolvencia en las que pueden concurrir los consumidores o, en general, las personas físicas que desarrollan pequeñas actividades económicas.

La regulación de estos pequeños procedimientos se fundamenta en la simplificación del trámite y especialmente en la concesión de un plan de recuperación especialmente dirigido a evitar la apertura del proceso liquidatorio.

La legislación alemana admite la unidad del procedimiento con un sistema de doble ingreso ya que pueden pedir su apertura tanto el deudor, como los acreedores que acrediten un interés legítimo y hasta tanto se adopte una decisión por parte del tribunal éste se encuentra autorizado para nombrar un administrador provisional del patrimonio que será el encargado de administrar los bienes del deudor y de auxiliar al juez para examinar la concurrencia de los presupuestos del procedimiento y las posibilidades de viabilidad económica que presenta la empresa.

La comunidad de acreedores aparece representada a través de dos órganos: la comisión y la junta de acreedores.

Esta última, es el órgano representativo competente para decidir sobre la marcha de la administración y los acuerdos adoptados en especial en orden a la aceptación del plan de empresa.

⁴ Gozalo López, Vicente, Universidad de Cantabria, La reforma del derecho concursal alemán, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, Enero-Marzo, nº215, 1995.

La ordenanza permite la satisfacción de los acreedores por medio de un plan específico de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa, que tiende a evitar su liquidación y que requiere de la homologación judicial.

La aprobación judicial otorga al deudor la recuperación del derecho de administrar los bienes de conformidad con el plan y bajo control y vigilancia del comité de acreedores.

I.4. El derecho estadounidense.

En la legislación de bancarrotas estadounidense, el capítulo undécimo regula, bajo el título de “Reorganización empresarial”, las alternativas de saneamiento empresarial.

En la ley norteamericana la propuesta tendiente a la reorganización y salvataje empresarial la pueden presentar tanto el deudor como los terceros interesados, y debe consistir en un acuerdo con los acreedores y en la compra de la empresa insolvente, aspectos ambos que se someten al voto de las diversas clases de acreedores y de los accionistas y/o socios que, a estos fines, conforman una clase más que debe votar la propuesta.

El juez concursal, al igual que en el moderno derecho europeo, puede imponer el plan de saneamiento, aunque no se logren las mayorías legales, si entiende que contempla el interés general.

Esta facultad de imponer el acuerdo a los acreedores es llamada “cramdown”, que etimológicamente significa “hacer tragar”, es decir, forzar el acuerdo.

La ley norteamericana distingue dos formas de bancarrota: la liquidación o bancarrota *strictu sensu*, tratada en el Capítulo 7, y la reorganización, que abarca los Capítulos 11, 12 y 13. Además, aparte del concurso normal, por así llamarlo, contempla el “pequeño concurso”, que es un proceso simplificado, y también el *discharge* para el pequeño deudor que si es de buena fe puede ser liberado.

Como explica Verónica Escuti⁵, la ley estadounidense regula una serie de aspectos que en alguna medida han influido en la ley 24.522.

La sección 1122 del Capítulo 11 de la ley estadounidense autoriza al deudor a categorizar a los acreedores en función de la naturaleza de los créditos. El criterio fundante de la categorización norteamericana es la *equity* o equidad, que es la piedra angular del sistema del common law. La norma extranjera no estipula categorías mínimas que el deudor deba establecer, y éste debe ser el criterio de interpretación de nuestro art. 41.

Con respecto al Comité de Acreedores, las secciones 1101 y 1102 de la ley que comentamos prevén la constitución del Comité de Acreedores y de Accionistas. Con respecto a estos últimos, la ley estadounidense revela gran peculiaridad, pues los accionistas constituyen una categoría concursal similar a la de los acreedores.

La ley estadounidense contempla un periodo de exclusividad para el deudor, pero no limita el rescate empresario a ciertos sujetos como nuestra ley, sino que también faculta al titular de un pequeño concurso a acceder a esta alternativa de reorganización empresarial.

Por su parte, la sección 1113 del Capítulo 11 también contempla la renegociación de los contratos laborales, reconociendo expresamente la participación de los sindicatos, aspecto que también ha sido recibido en la legislación patria.

Ahora bien, el aspecto principal del salvataje norteamericano se configura de la siguiente forma: una vez presentado el plan de reorganización por el deudor o, en su caso, los terceros oferentes, este plan debe ser homologado por el tribunal competente. Si el programa no vulnera las distintas clases de créditos u obtiene la conformidad de la mayoría de acreedores de cada clase, nada obsta a su aprobación judicial. Ahora bien, aunque el plan no obtenga las conformidades de la mayoría de los acreedores, el juez lo mismo puede aprobarlo, siempre que sea “justo o equitativo y no discrimine

⁵ Escuti, Verónica, Un capítulo más de la legislación concursal, ED 26/02/96.

injustamente”. Esta especial facultad del juez concursal es lo que se denomina “cramdown”, y está prevista en la sección 1129 del Capítulo 11.

La viabilidad del cramdown en la legislación americana está condicionada a una serie de estándares jurídicos establecidos por la ley, tales como: el mejor interés o *best interest*, y la prioridad absoluta o *absolut priority*.

Por la regla del mejor interés ninguna de las clases perjudicadas y disidentes puede recibir un valor inferior al que recibiría en el caso de una liquidación efectuada bajo el Capítulo 7 o liquidación falencial ordinaria. En cuanto a la denominada “prioridad absoluta”, hace referencia al respeto de ciertos créditos que deben satisfacerse según un orden jerárquico, similar a nuestros privilegios. De este modo, si en virtud de la prioridad absoluta una clase de acreedores es “aplastada” por el plan homologado, las clases inferiores no recibirán ningún tipo de compensación.

En una palabra, las diferencias entre la legislación estadounidense y nuestra ley son importantes y no pueden dejar de reconocerse para evitar trasplantes foráneos que no contemplen la realidad y particularidad de cada nación.

I.5. La reforma concursal española.

La legislación concursal española ha sido modificada integralmente mediante la sanción de la ley 22/2003 publicada en el Boletín Oficial del Estado N°164 del 10 de julio del 2003 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 01 de setiembre del 2004, y las posteriores reformas que se introdujeron con motivo de la pandemia.

La reforma concursal española se funda en un conjunto de principios que la doctrina denomina: unidad legal, unidad de disciplina, unidad de procedimiento y unidad jurisdiccional.

El principio de unidad legal se concreta en la unificación de todos los aspectos materiales y procesales en un único texto sin más excepción que la de

aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, tal como lo explica Pozo Martínez⁶.

La unidad de sistema o de procedimiento, establecida en la nueva normativa, se caracteriza por ser un proceso de “entrada única aunque de salidas diversas”. El legislador español ha optado por establecer un acceso único para todo tipo de concurso a través de una fase común la cual, una vez tramitada, derivará hacia varias soluciones comunes: por un lado, hacia una solución conservativa, o sea, la fase de convenio y, por el otro, hacia una vía liquidatoria.

La ley expresamente toma partido a favor de la alternativa conservativa a la que considera como la solución normal del concurso y a la que, a su vez, fomenta con una serie de medidas siempre orientadas al objetivo fundamental del logro de la satisfacción de los acreedores.

El juez del concurso se erige en el órgano rector del procedimiento lo que concreta el principio de unidad jurisdiccional e impone la “vis atractiva” sobre las pretensiones que se dirigen en contra del deudor concursado.

La nueva normativa concursal opta por denominar el procedimiento establecido como concurso de acreedores, denominando “concurso voluntario” al procedimiento pedido por el propio deudor y “concurso necesario” al pedido por los acreedores.

El presupuesto objetivo de la declaración de concurso viene determinado en la ley en torno a la insolvencia definida ésta como un estado en el que el deudor no puede cumplir puntualmente sus obligaciones por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, pero también se habilita la apertura en el caso de inminencia de insolvencia.

La manifestación en el plano jurídico del estado de insolvencia requiere que el tribunal dicte el auto de declaración de concurso que ha de contener las medidas necesarias para impulsar el procedimiento disponiendo, los efectos sobre las facultades de administración del deudor, las medidas cautelares necesarias para la integridad patrimonial, el llamamiento de los

⁶ Pozo Martínez, José L., La nueva legislación concursal española, R.D.C.O., Derecho Comparado, 2004, A, pag. 661.

acreedores para la comunicación de sus créditos y la publicidad de la declaración del concurso.

La nueva configuración orgánica de la normativa concursal perfila el órgano de administración concursal de un modo diferente al que había existido en la legislación derogada estructurando un órgano colegiado conformado por un profesional jurídico, un auditor de cuentas y un acreedor.

A su vez, los acreedores encuentran en la “junta” el órgano fundamental en la fase de convenio que tiene por finalidad aprobar las propuestas de acuerdo, ya sea, del deudor o de los acreedores.

En una palabra, la principal actuación de la junta de acreedores se concreta en la deliberación y votación de las propuestas correspondientes, de conformidad a los art. 124 y 125 de la ley concursal española.

EL principal efecto que la declaración del concurso provoca sobre el deudor es la limitación, en mayor o menor medida de su capacidad de obrar, a través de la intervención o la suspensión de sus facultades patrimoniales de administración, sea que se trate de concurso voluntario o necesario.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores se manifiestan en la necesaria integración de todos ellos en la masa pasiva concursal.

La ley española articula dos posibles soluciones del concurso: una, la fase de convenio y otra, la liquidación.

La etapa de convenio se caracteriza por su flexibilidad en cuanto al contenido de las propuestas de quita o de espera o bien de ambas a la vez; eso sí, con ciertos límites para evitar abusos y una excesiva onerosidad para los acreedores.

En la propuesta resulta fundamental el denominado plan de pagos o de viabilidad, cuya presentación resulta obligatoria, con independencia al tipo de propuesta al que se haga referencia, y que ha de contener una valoración sobre los recursos previstos para el cumplimiento de las obligaciones incluidos en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes.

En convenio requiere el voto favorable de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

En caso de fracasar la alternativa concordataria se produce la apertura de la fase de liquidación.

Un aspecto relevante de la nueva legislación española lo constituye la calificación del concurso que tiende a valorar la conducta del deudor, ya sea, como fortuita, culpable o fraudulenta.

II. Esquema legislativo argentino.

II.1. La legislación patria.

El breve “raconto” que hemos realizado permite visualizar el giro copernicano producido en el derecho concursal que de constituir un esquema falimentario de ejecución colectiva de los bienes del deudor fallido pasa a articular alternativas preventivas de la insolvencia con la finalidad de sanear la empresa y reintroducirla en el mercado.

La primigenia hegemonía del proceso falencial sobre el concurso preventivo resulta una rémora histórica, que conlleva a que, en la misma legislación, es decir ley 24.522 según modificaciones de la ley 25.589, coexistan principios generales incorporados en la etapa liquidativa que, en realidad, debieran sustentar las diversas alternativas del proceso concursal.

Un ejemplo meridiano lo constituye el artículo 125 de la L.C. en cuanto establece que, declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y solo pueden ejercitar sus derechos en la forma prevista en la misma.

La norma indicada no hace otra cosa que predicar que la situación de insolvencia se rige por la legislación especial y, por ende, es un principio general aplicable tanto al concurso preventivo, como a la quiebra.

Además, la integración “aluvional” de la legislación concursal apareja una doble regulación en aspectos que debieran tener un tratamiento unitario, verbigracia: el fuero de atracción y el proceso verificadorio.

De tal modo, hoy en día los tres institutos más importantes de la legislación concursal a saber: el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso preventivo y la quiebra reflejan “asincronías” que requieren de una depuración metodológica para evitar una serie de dudas en orden a la aplicación del ordenamiento al caso concreto.

II. 2. Bases para una reforma del derecho concursal argentino.

II. 2. a. La unidad legal, de disciplina y de procedimiento.

Las enseñanzas del derecho comparado y de la propia jurisprudencia patria permiten advertir que existen una serie de aspectos que deben debatirse y eventualmente, reformularse para conformar las bases de una reforma.

Así, el derecho comparado muestra que por un lado se han seguido los principios de unidad legal, de unidad de disciplina y unidad de procedimiento como ejes del derecho concursal, mientras desde otra perspectiva podría cuestionarse cada uno de éstos aspectos en orden a una adecuada regulación.

El principio de unidad legal significa que en una misma ley se encuentran regulados todas las alternativas de saneamiento empresario y/o liquidación universal cualquiera sea el sujeto al que afecte la insolvencia.

Esta directriz se conecta con la unidad de disciplina que asegura un tratamiento igualitario a todas las personas jurídicas alcanzadas por el fenómeno de la crisis empresaria y es rescatado actualmente, en forma enfática por la nueva legislación española.

II. 3. El concurso de la gran empresa.

En esta inteligencia, las directivas de abordaje de la crisis empresaria de los grandes emprendimientos han encontrado en las alternativas extrajudiciales, un camino jurídico más idóneo para reordenar la empresa y obtener la “absolución”, ya sea de la crisis, ya sea, de la insolvencia misma.

En esta línea, no cabe ninguna duda que la gran empresa no puede sujetarse al procedimiento común, pues, los impactos de las dificultades

económicas tienen tal magnitud en la comunidad que requiere de lo que la doctrina francesa ha denominado “señales de alarma” para detectar “ab origine” el proceso de crisis empresaria, evitando que se instale el estado de cesación de pagos.

De allí, que la ley alemana habilite en el caso de personas jurídicas como presupuesto objetivo de apertura de un procedimiento concursal, lo que denomina el sobreendeudamiento o la amenaza de insolvencia, buscando justamente el adelantamiento de la tutela jurisdiccional.

A su vez, las alternativas de salvataje mediante la intervención de terceros deben potenciarse en el caso específico de los emprendimientos relevantes, desplazando si es necesario al empresario y habilitando la transferencia del establecimiento industrial.

En una palabra, cuando se trata de empresas de magnitud su impacto social y su relevancia como fuente de trabajo requieren que la legislación contemple estos aspectos habilitando fórmulas de rehabilitación que permitan su reinserción en la actividad productiva.

II.4. La insolvencia de la persona física.

Desde el otro costado, la insolvencia de la persona física, del pequeño consumidor, o si se quiere de empleado, impone también un procedimiento abreviado y ágil, que más allá de la salida concordatario o liquidativa, permita una rehabilitación que lo reinserte en la actividad económica.

La jurisprudencia demuestra que la insolvencia de los empleados requiere la tutela del tejido social en orden a la satisfacción de los acreedores, pero, sin dejar de lado la dignidad del deudor y su necesidad de mantener un trabajo digno que le permita rehabilitarse.

Hoy, la doctrina reclama un procedimiento para los pequeños concursos que tenga en cuenta los aspectos reseñados, como así también disminuya los costos y tiempos del procedimiento ordinario.

En este sentido, tanto la legislación alemana como la italiana reglan el pequeño concurso aún cuando es esta última la que tiene un mejor desarrollo

considerando en forma expresa la insolvencia del consumidor y pequeños procedimientos equiparables reglados en los artículos 304 y siguientes de la Insolvenzordnung (InsO).

Entre estos procedimientos se regula expresamente el concurso de la persona física consumidor, la herencia y el patrimonio de la comunidad conyugal.

II. 5. El procedimiento ordinario.

II. 5. a. El esquema procesal de entrada única.

Con relación al procedimiento general del concurso preventivo y la quiebra, pareciera fundamental respetar lo que la legislación alemana y española denominan “unidad de sistema”, o sea, un esquema procesal de “entrada única”, ya sea, a petición del deudor, o de los acreedores y salidas diversas buscando, en primer lugar, la solución reorganizativa mediante la fase de convenio y, sólo en caso de fracaso de ésta, articular la vía liquidatoria.

El derecho comparado demuestra que el convenio es la solución normal del concurso, y que, por ende, sea concurso voluntario, sea concurso necesario, ambas alternativas confluyen a idéntico procedimiento.

II. 5. b. La unidad de sistema.

Este principio de unidad de sistema permitirá unificar la serie de efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes que se producen como consecuencia de la apertura del procedimiento, evitando la dualidad de regulaciones como las que hoy tiene el ordenamiento patrio.

Así, el fuero de atracción, el vencimiento de plazos, la suspensión de intereses, la verificación de créditos y la continuación de los contratos deben ser aspectos que se correspondan con la etapa sustancial en que se encuentre el proceso concursal.

En igual sentido, el sistema concordatario, a la vez que se corresponde con el principio de autonomía de la voluntad de las partes que “arreglan” el modo de satisfacción de los acreedores, legitime al juez para

evaluar, con sustento en la opinión técnica de la sindicatura la viabilidad del acuerdo y, la posibilidad de imponer su aplicación en la medida que respete el interés general del concurso.

Hoy, la legislación argentina no puede seguir ignorando la necesidad de reglar el plan de empresa que estructure las pautas de viabilidad de la propuesta del deudor y/o de los terceros, sea en el periodo de exclusividad o en la intervención de terceros o salvataje, tal como preconizaba el maestro Hugo Richard en numerosas intervenciones y publicaciones.

En este sentido, la normativa concursal⁷ debe contener pautas objetivas que eviten el abuso en la etapa concordataria, ya sea, de propuestas irrisorias, o de acreedores “hostiles”.

III. La etapa de convenio.

III. 1. La plantilla de acreedores: los art. 36 y 45 de la L.C.

Uno de los aspectos más interesantes del nuevo esquema concordatario de la ley concursal lo constituye la conformación de los acreedores que integran la plantilla o base de cómputo para las mayorías regladas en el art. 45 de la L.C. y, en su consecuencia, para la existencia de acuerdo en los términos del art. 49 de la L.C.

Un punto polémico resulta la eventual incorporación de acreedores privilegiados, renunciando a dicha calidad, con posterioridad a la resolución de categorización del art. 42 de la L.C., pero antes de la culminación del período de exclusividad, ante la ausencia de un plazo expreso para ejercer dicha facultad.

Recuérdese que el art. 50 de la ley 19.551 establecía que los acreedores privilegiados podían votar haciendo renuncia expresa a su privilegio, manifestada antes o al tiempo de votar.

Así, en el esquema del ordenamiento citado, este tipo de acreedores podía integrarse a la plantilla que conformaba el concordato, o sea, el acuerdo homologado.

⁷ Junyent Bas, Francisco, Las facultades del juez concursal, Advocatus, Cba, Argentina, 2004.

La actual legislación parte de la directiva del art. 36 de la L.C. que señala que la sentencia verficatoria es definitiva a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y bases del acuerdo, pero nada dice de la situación de los acreedores privilegiados.

III. 2. La configuración del acuerdo preventivo.

El “juego” sistemático del período de exclusividad del deudor y del salvataje reglado en el art. 48 configuran un sistema concordatario complejo que favorece el saneamiento de la empresa, aún cuando habrá que lamentar las limitaciones subjetivas de la denominada “doble vuelta”.

El sistema o esquema de la doble alternativa en la formulación de propuestas concordatarias implica la existencia de *dos períodos diferenciados*: i) el primero, denominado de exclusividad, en donde sólo el deudor está legitimado para realizar propuestas; ii) el segundo, en donde vencido el plazo para que el concursado obtenga la conformidad de sus acreedores y si éste no la obtiene, cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas o cooperativas, o sociedades en las cuales el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, se faculta a acreedores o terceros para que puedan presentar propuestas de acuerdos.

III. 3. El alcance de la resolución del art. 42 de la L.C.

La ley otorga al juez la facultad de aprobar las categorías propuestas por el deudor, lo que se obtiene mediante el dictado de una resolución fundada que establezca los respectivos agrupamientos.

La resolución de categorización de acreedores constituye, juntamente con la sentencia de verificación, el otro pilar en donde la L.C. estructura las bases de la propuesta de acuerdo preventivo.

Pese a lo dicho, no puede ignorarse que el “concordato” o “convenio judicial” tiene como fundamento la propuesta del deudor y la categorización sólo tiende a modalizarla y flexibilizarla, por lo que se hace imprescindible el plan de empresa que sustente los diversos extremos de la reorganización empresarial.

III. 4. Relación entre categorización y propuesta.

III. 4. a. La preeminencia de la propuesta.

El actual esquema concordatario pareciera privilegiar la categorización que debe realizar el deudor y aprobar el juez como paso previo a las propuestas.

Esta primera lectura de los dispositivos legales ha traído aparejado un sin número de disquisiciones que no contemplan la realidad del proceso concordatario.

En efecto, aún cuando resulte una obviedad, cabe puntualizar que lo relevante en todo acuerdo lo constituye la propuesta del deudor que puede contener o no la categorización de sus acreedores pues, esta última se deriva simplemente de las diversas condiciones y características de la masa pasiva.

Va de suyo que, como ocurre en numerosos casos, la existencia de una sola propuesta queda sin contenido la categorización que se hubiese formulado y aprobado.

Dicho de otro modo, el deudor debe dirigir su plan de reordenamiento económico financiero, o sea, las propuestas concordatarias, teniendo en cuenta a los acreedores que hayan obtenido la condición de concurrentes mediante su incorporación en el pasivo concursal.

En esta inteligencia entonces, la categorización de los acreedores constituye un régimen accesorio a las propuestas que no puede condicionar la facultad del deudor y/o del cramdista, en caso de doble vuelta, para modificar el acuerdo.

Adviértase que, la propia ley otorga una última oportunidad negociadora en la audiencia informativa establecida en el art. 45 de la L.C. que justamente tiene como sentido no sólo el de dar información, sino de eventualmente, poder modificar la propuesta para obtener las conformidades correspondientes.

III. 4. b. El plan de empresa

A la luz del derecho comparado, y de la propia experiencia del derecho judicial patrio, resulta imprescindible que la legislación distinga entre el concurso de la gran empresa y el proceso que atañe al pequeño consumidor, empleado o cuentapropista reglando procedimientos diferentes.

En el procedimiento ordinario general, debe estipularse, que, al menos al hacerse pública la propuesta, esta se integre en “un plan de empresa” que permita analizar lo que se ha denominado “la prueba del máximo esfuerzo”, su relación con “la satisfacción de los acreedores” y el porcentaje de las mayorías obtenidas, su incidencia y “relevancia como dadora directa e indirecta de empleo” y su inserción en la comunidad, como pautas objetivas de homologación.

De tal modo, la concursada no solamente debe acompañar un régimen de administración como requiere actualmente el art. 45 de la LCQ, sino que este debe sustentarse en un plan de empresa que explique adecuadamente como se va a encarar la gestión empresarial para recuperar rentabilidad y así poder justificar el acuerdo que se pretende de los acreedores.

Es sabido que en una economía “compleja” y “con pocas reglas” no es fácil formular el aludido plan, pero también es cierto que todo programa debe ser leído dentro de un contexto socioeconómico y desde esta inteligencia no puede convertirse en una “valla” para lograr el acuerdo sino, por el contrario, en su justificación y transparencia negocial, coadyuvando a “rescatar” a los procesos concursales como alternativas validas para el saneamiento empresarial, con respecto de los intereses involucrados.

En síntesis, unas pocas líneas que siguen el camino que intento explicar permanentemente el querido amigo que hoy homenajeamos.