

OPORTUNIDAD, ALCANCE Y APLICACION DE LAS CAUSALES DE IMPUGNACION AL ACUERDO PREVENTIVO. PROPUESTA ABUSIVA O FRAUDULENTE.

Por

ANDRES ARIEL STUPNIK

Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, tomo II, pág. 585 a 603.

Sumario

La Ley 25.589, modificatoria de las leyes 24.522 y 25.563, dispone en su artículo 1º la nueva redacción del art. 43 de la Ley 24.522. En la misma, se ha eliminado la exigencia de pago del 40 % de los créditos quirografarios, en la forma que anteriormente se requería en forma insalvable, para el caso de proponerse un acuerdo con quita.

Es decir, el actual art. 43 de la LCQ (modificado por ley 25.563 y ley 25.589) en la medida que no sea tachado de inconstitucional o sea resuelto en forma negativa este eventual planteo, permite efectuar quitas sin limitaciones en las propuestas del deudor.

El artículo 52, inc. 4º, LCQ, por su parte, conforme la nueva redacción introducida por la misma Ley 25.589, dispone que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Ello lleva a una insalvable contradicción, pues por un lado, en aras a la recuperación de las empresas y el mantenimiento de las fuentes de trabajo, se flexibilizan las posibilidades de pago, pues se estatuye la posibilidad de que el deudor formule propuestas de acuerdo con absoluta libertad y permisividad en cuanto a los extremos de la quita y a los plazos de espera, más por el otro modo se compele a los jueces a no homologar una propuesta abusiva o en fraude de la ley.

Y siendo que no se encuentra definido en el art. 52, inc. 4º, LCQ el término "fraude a la ley", ni el término de "propuesta abusiva", ha quedado delegado en el juez del concurso, el deber de examen y de valoración de los diversos antecedentes que determinarán si una propuesta es abusiva o en fraude a la ley, toda vez que no hay modo de predicar una regla objetiva sobre abuso.

A tenor de lo expuesto, el objetivo del presente trabajo es analizar a la luz de estas modificaciones, cuales son los límites, los alcances y la forma en que debe ser de aplicada la nueva facultad otorgada a los jueces para proceder, sea de oficio o a pedido de parte interesada, a la no homologación del acuerdo preventivo, aún cuando formalmente se hubieren reunido y cumplimentado todas las exigencias formales para proceder en dicho sentido.

Se efectúa asimismo un detallado análisis de las diversas causales de no homologación y de los extremos que deben reunir las presentaciones de los acreedores para erigirse en verdaderas impugnaciones. Finalmente, se exploran algunas soluciones que la propia ley de concursos brinda a efectos de determinar cuando una propuesta es razonable, o por el contrario, abusiva y en fraude a la ley.

OPORTUNIDAD, ALCANCE Y APLICACION DE LAS CAUSALES DE IMPUGNACION AL ACUERDO PREVENTIVO. PROPUESTA ABUSIVA O FRAUDULENTE.

por
ANDRES ARIEL STUPNIK

I. Introducción.

En Febrero de 2002 el Congreso de la Nación decretó el estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria en la totalidad del territorio de la República. Entre las varias medidas tomadas por su parte, se destacan la sanción de la Ley 25.563 y la Ley 25.589 (posterior, pero dictada en relación a la primera) que, en diversas partes, han reformado, sea con carácter temporario, sea con carácter definitivo, el texto de la hasta ese entonces vigente Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24.522, en adelante LCQ).

El objetivo del presente trabajo es analizar a la luz de la Ley 24.522 y del texto “modificado” por Ley 25.589, cuales son los límites, alcances y la forma en que debe ser de aplicada la nueva facultad otorgada a los jueces para proceder, sea de oficio o a pedido de parte interesada, a la no homologación del acuerdo preventivo, aún cuando formalmente se hubieren reunido y cumplimentado todas las exigencias formales del caso.

II. Causales de Impugnación

Establece el art. 50 de la Ley 24.522 que “los acreedores con derecho a voto, y quienes hubieren deducido incidente, por no haberse presentado en término, o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios, pueden impugnar el acuerdo, dentro del plazo de cinco días siguientes a que quede notificada por ministerio de la ley la resolución del artículo 49” (o sea aquella que declara la existencia del acuerdo).

Y agrega asimismo que dicha impugnación **solamente** puede fundarse en los siguientes supuestos: 1) error en el cómputo de la mayoría; 2) la falta de representación de acreedores que concurran a formar mayoría en las categorías; 3) la exageración fraudulenta del pasivo; 4) la ocultación o exageración fraudulenta del activo; y 5) por la inobservancia de formas esenciales para la celebración de acuerdo.

La última causal detallada, ello es la inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo, a diferencia de las anteriores que pueden ser invocadas por cualquiera de las partes detalladas en el primer párrafo del referido artículo, podrá ser invocada por los acreedores, siempre y cuando no hubieren prestado su conformidad a las propuestas del deudor, de los acreedores, o de terceros (en éstos últimos casos, entendemos, para el supuesto del cramdown).

De lo expuesto, y teniendo en cuenta la palabra “solamente” utilizada por la norma y la forma en que se detallan las diversas causales de impugnación, se desprende que las mismas resultan taxativas y no meramente enunciativas, y que en consecuencia no corresponde establecer interpretaciones analógicas, extendiendo el número determinado de impugnaciones o el concepto de las mismas.¹

¹ Cfme. CNCom., Sala “A”, 29/04/99. – Javina S.A., La Ley, 1999-E, 59 – DJ, 1999-3-493.”

Y en virtud de ello, puede inferirse una **primera conclusión**, cual es que será procedente el rechazo de cualquier manifestación respecto de la propuesta concordataria, sea cual fuere la naturaleza de la presentación o sobre la temática que versara la misma, si no se encuadra dentro de alguna de estas causales, y que disfrazada de impugnación, interfiera en el normal desarrollo del proceso concursal.

III. La Discrepancia del Acreedor y las Causales de Impugnación.

Muchos acreedores entienden que la simple disidencia con la propuesta de acuerdo, implica necesariamente que se encuentren facultados para impugnar dicho acuerdo, y de solicitar en consecuencia la mejora de la propuesta en los términos que consideren aceptables por su parte y que cualquier propuesta de acuerdo, en términos más desventajosos que los por ellos deseados, puede ser tildada de abusiva u obtenida en fraude a la ley.

Sin embargo, cabe señalar, la ley no prevé el trámite de la impugnación para el acreedor que no vota una propuesta por considerarla injusta o abusiva, pues no encuadra en el espíritu de la ley la sustanciación de impugnaciones basadas en la disconformidad de los acreedores con los términos de la propuesta.

El art. 50, inciso 5º, LCQ alude a “la inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo”. El hecho de que un acreedor invoque su disconformidad con la propuesta, sin acreditar mínimamente que no existen las formas esenciales a que alude, esto es sin tomarse el trabajo de determinar que significa ello, que forma se ha violado u omitido, o ni siquiera relacionar el alcance de esta expresión legal con su presentación, debería importar el rechazo de la impugnación, por resultar carente de fundamento.

La impugnación que se sustenta en la causal quinta, que es el caso del acuerdo preventivo obtenido sin la “observancia de las formas esenciales” para la celebración del acuerdo, es de interpretación restrictiva y debe ser solamente aceptada cuando se verifican causales de suma gravedad, como ser la inclusión de acreedores que no pueden votar o que no deben ser computados en el voto, o el caso de cómputo de conformidades otorgadas por sujetos que no las podían dar, etc., más no se puede extender esta interpretación y aplicación al caso en que un acreedor considera injusta o abusiva una propuesta.

La ley no prevé impugnaciones de este tipo, basadas en valoraciones subjetivas de cada uno de los acreedores verificados o declarados admisibles, pues dichas valoraciones subjetivas, sean en favor o en repudio de la propuesta del deudor, se materializan a través del otorgamiento o no por parte de cada acreedor de la conformidad, único elemento que habrá necesariamente de considerarse para verificar si se han reunido o no las mayorías de ley.

Ahora bien, establece el art. 52, LCQ en su inciso 4), conforme la nueva redacción introducida por Ley 25.589, que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Conforme se expusiera anteriormente, las causales de impugnación son taxativas y de interpretación restrictiva; sin embargo, hemos sido testigos en los últimos tiempos de numerosas impugnaciones formuladas por acreedores contra las propuestas de pago, en las que a partir de la integración forzosa de ambas cuestiones señaladas, ellas son la quinta causal de impugnación establecida en el art. 50 y el deber de resguardo que pesa

sobre el juez a cargo del concurso, conforme las previsiones del art. 52, inc. 4º, LCQ, solicitan la modificación de la propuesta en los términos que a su entender resultarían aceptables, y utilizando argumentos para dicha impugnación, aluden a la presunta existencia de una propuesta abusiva o en fraude a la ley, como la inobservancia de una de las formas esenciales para la celebración del acuerdo.

La propuesta de pago, sin embargo, no puede ser analizada en forma separada, como si la determinación del quantum total que recibirá el acreedor, de mediar quita, espera y eventualmente el pago de intereses, se tratara de un fenómeno particular, aislado de un contexto amplio, más aún siendo que es parte de un proceso integral y universal. Pues ello no se condiciona con el espíritu de la ley ni con el deber del juez a cargo del concurso.

En primer lugar, la seriedad y eficacia de una propuesta debe ser contemplada en virtud de las conformidades obtenidas, es decir la cantidad de acreedores que han decidido apoyar al deudor, la cantidad de acreedores disidentes que no votaron, y el importe de sus respectivas acreencias.

Pero también debe tenerse presente que en el sistema vigente no hace falta la presentación de todas las conformidades, sino sólo las de las mayorías requeridas; por ello, será sumamente dificultoso y peligroso admitir o suponer que si el deudor presentó conformidades que importan únicamente los porcentajes mínimos requeridos por el legislador, los demás acreedores votaron en contra (cfme. Grispo, Jorge D., "Modificaciones a la Ley de Quiebras", Editorial Ad-Hoc, pág 40).

Compete al deudor acercar al Tribunal las conformidades de sus acreedores, y sólo si éstas fueran representativas de las mayorías necesarias establecidas por ley, existirá entonces acuerdo. Y respecto de los acreedores que no conformaron la propuesta, ninguna conjetura debe formularse con relación a las causales de su conducta omisiva.

Como ejemplo de ello, puede señalar que existen casos de acreedores que se ven impedidos de conformar propuestas por previsiones establecidas en su objeto social o en la carta orgánica que regula su funcionamiento, por cuanto éstas no admiten, bajo ningún caso, la aceptación de quitas y/o esperas. Otros acreedores, como ser el caso de la Administración Federal de Ingresos Públicos o la Fiscalía del Estado de la Provincia de Buenos Aires, se encuentran impedidos de prestar su conformidad por cuanto existen sendos regímenes de facilidades de pago, inflexibles, que son la única alternativa de pago válida.

Lo expuesto resulta de especial relevancia, pues es tan importante considerar los fundamentos de la parte impugnante, como también sopesar en igual medida los acreedores que han otorgado la conformidad a la propuesta de pago del deudor, y finalmente, la existencia de otros acreedores que, si bien no han prestado su conformidad a la propuesta, se abstienen en su caso de formular valoraciones subjetivas sobre los términos de la misma, ya que dicha abstención no es sinónimo de discrepancia con la propuesta.

La Ley de Concursos y Quiebras le da al acreedor su derecho a "no votar" la propuesta; pero en nombre de dicha facultad, no se puede asociar dicha opción con la previsión establecida en el art. 52, inc. 4º, LCQ.

Un acreedor o un grupo de acreedores impugnantes no puede condicionar la propuesta que efectuó la concursada, ni exigirle que la mejore, o que la adapte a su valoración personal acerca de lo que es justo y moral, o injusto y abusivo, pues la concursada se limita a ejercer sus derechos en la forma prevista por la ley. Y evidentemente, si la gran mayoría de los acreedores aceptó los términos de dicha propuesta, y tan es así que se reunieron las mayorías de ley, es que estos acreedores no comparten las valoraciones subjetivas de un acreedor impugnante o un grupo de impugnantes aislados.

El orden jurídico debe interpretarse en forma armonizada; y la solución a dicha aparente dicotomía, que surge del art. 52, inc. 4º, LCQ, la dan el art. 52, inc. 1º y el texto del art. 43, LCQ:

En caso de duda se debe estar por la solución más favorable para el universo de los acreedores, cual es la de aplicar el inciso 1º del artículo 52 que ordena al Juez la homologación, habida cuenta de la vigencia del principio de la "mayoría" concursal de acreedores. Y es de notar aquí, que si un gran número de acreedores han apoyado la propuesta del deudor, la solución negociada se encuentra presente, traducida en la libre expresión de la voluntad de los interesados de dar conformidad a la propuesta específica formulada por su deudor.

IV. Los Alcances del art. 52, inc. 4º, LCQ.

La ley no estipula ni define expresamente en el art. 52 inciso 4º, LCQ, los términos de una propuesta que determinan que ésta resulte abusiva o en fraude a la ley. Y no se puede hacer decir a la ley lo que ésta no dice.

Por el contrario, se debe interpretar esta causal y aplicarla de forma restrictiva y con un criterio responsable, máxime cuando una propuesta de pago ha encontrado el apoyo masivo de los acreedores, a partir de la cual depende asimismo la continuidad empresarial y la subsistencia de fuentes laborales, tan escasas en estos tiempos.

En el régimen legal en vigencia, la sindicatura no debe expedirse con relación a los términos de la propuesta que efectúa el deudor, ni sobre su posibilidad de cumplimiento, como sucedía durante la vigencia de la Ley 19.551.

El nuevo procedimiento de la Ley 24.522 flexibiliza a partir de su entrada en vigencia, los criterios que la vieja ley imponía al concursado y al juez, para permitir llegar a una solución negociada, conservar la empresa en marcha, mantener la fuente de trabajo, y hasta prevé la posibilidad de que un tercero, o el propio deudor, cuente con una segunda oportunidad para conseguir las conformidades y lograr una solución concursal, si se fracasa en dicho objetivo en una primera instancia (art. 48 LCQ).

No está de más señalar que las leyes modificatorias de la Ley 24.522 (Ley 25.563 y Ley 25.589) apuntan básicamente a proteger a la empresa en marcha en épocas de crisis. Dichas modificaciones, es importante aclarar asimismo, fueron dictadas con posterioridad a la declaración del estado de emergencia pública reconocido por Ley 25.561 y el Decreto PEN 214/02, entre otros.

Y debe valorarse en dicho sentido que a través de ambas leyes, se prorrogó por un plazo de 180 (ciento ochenta) días el período de exclusividad, a la vez que se suspendieron por un plazo semejante las ejecuciones, los pedidos de quiebra, etc., y se

dispuso en forma automática, sin distinción de casos, la suspensión por un año de los plazos para el cumplimiento de los acuerdos preventivos homologados en fecha anterior al dictado de la ley, todo ello en el marco de la emergencia económica, pública, social y laboral que afecta al país, y en beneficio del deudor, para así salvar las fuentes generadoras de trabajo: las empresas.

En consecuencia, no puede efectuarse una interpretación aislada del art. 50 LCQ, ni tampoco del art. 52, inciso 4), pues deben tenerse en cuenta necesariamente las siguientes cuestiones relacionadas, a saber:

(i) El espíritu de la Ley 24.522 y de las modificaciones efectuadas por las leyes 25.589 y 25.563, y del resto de la normativa de emergencia dictada (Ley 25.561 y Dto. PEN 214/02, entre otros), siendo en particular que la modificación del art. 52, LCQ, que abiertamente dispone como facultad última del juzgador no homologar propuestas a su entender abusivas o fraudulentas, resulta justamente del dictado de dichas leyes de emergencia, sancionadas al sólo fin de impedir el quiebre masivo de las empresas, disponiendo para ello, entre otras particularidades, la eliminación del mínimo legal antes requerido (cfme. art. 43, t.o. en 1995).

(ii) Los términos del art. 52, inciso 1º, LCQ, y en particular los términos del inciso 2º de dicho artículo, que en capítulo aparte se menciona y detalla.

(iii) Los términos del art. 43 LCQ, conforme la actual redacción del mismo.

V. Pautas para la Valoración de los Términos de la Propuesta.

Del mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al Dto. N° 629/02, dirigido al Honorable Congreso de la Nación, con motivo de la reforma de la ley concursal, el PEN invoca como sustento del proyecto enviado para su consideración, el hecho de que "...se recupera la facultad homologatoria del juez, e incluso se le permite imponer la propuesta concursal cuando ella es equitativa y no discrimina irrazonablemente contra un acreedor, clase o categoría en la que no se logró conformidad suficiente, atendiendo y efectivizando así el principio de equidad y de sacrificio compartido, que vincula a las partes en este tipo de procesos."

Ahora bien, el inciso 1º del artículo 52, dice en forma textual que al rechazar las impugnaciones deducidas, si se considera una propuesta única, aprobada por las mayorías, el juez debe homologarla sin más trámite.

Es decir, la ley sólo posibilita una solución al juez, que es la de homologar el concordato, frente a la existencia de las mayorías de ley y la existencia de una propuesta única, para todos los acreedores quirografarios.

La Ley 25.589 (sancionada el 15/05/02) modificó las Leyes 24.522 y 25.563. En su artículo 1º dispone la nueva redacción del art. 43 de la Ley 24.522, el cual en su anterior forma preveía un límite por debajo del cual no se podía hacer una quita del capital del crédito en las propuestas de acuerdo: se debía respetar el pago del 40 % de los créditos quirografarios anteriores a la presentación.

Decía dicho texto legal, conforme su texto original (Ley 24.522), establecía que si la propuesta de acuerdo "...consiste en una quita, aun cuando contenga otras modalidades,

el deudor debe ofrecer, por lo menos, el pago del cuarenta por ciento (40%) de los créditos quirografarios anteriores a la presentación...”

Ahora bien, el artículo 1° de la ley 25.589 modificó el texto del artículo 43 de la ley 24.522, eliminando dicha exigencia de cubrir como mínimo el 40 % de los créditos quirografarios anteriores a la presentación. Ya con anterioridad, la ley 25.563 en su artículo 2° había modificado el artículo 43 de la Ley 24.522 en igual sentido que el antes comentado, ello es eliminando el límite de la quita.

Es decir, el actual art. 43 de la LCQ (modificado por ley 25.563 y ley 25.589) en la medida que no sea tachado de inconstitucional o sea resuelto en forma negativa este eventual planteo, permite efectuar quitas sin limitaciones en las propuestas del deudor.

Lo expuesto conlleva a una insalvable contradicción, pues por un lado, en aras a la recuperación de las empresas y el mantenimiento de las fuentes de trabajo, se flexibilizan las posibilidades de pago, pues se estatuye la posibilidad de que el deudor formule propuestas de acuerdo con absoluta libertad y permisividad en cuanto a los extremos de la quita y a los plazos de espera, más por el otro modo se compele a los jueces a no homologar una propuesta abusiva o en fraude de la ley.

Sin embargo, como ya se manifestara anteriormente, no se encuentra definido en el art. 52, inc. 4°, LCQ el término “fraude a la ley”, ni el término de “propuesta abusiva”, valoraciones que han quedado reservadas al juez del proceso. Es decir, la ley delega en el juez a cargo del concurso, el examen y la valoración de los antecedentes para determinar si una propuesta es abusiva o en fraude a la ley.

Ahora bien, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, la naturaleza del crédito, la significatividad del mismo para el titular de la acreencia en razón de su monto e importancia relativa en su patrimonio, ponderado ello finalmente por la existencia o no de actividad con la deudora a partir de su concursamiento, “podrá ser razonable una oferta que no llegue al 40 % del capital, pero también podrá ser considerada abusiva aquella que respete el 50 % del mismo”².

Dicho pensamiento o forma de analizar una propuesta, no tiene fin, y nótese que bajo tales parámetros y forma de razonar, cualquier propuesta puede ser tildada de “abusiva”. La propuesta “razonable” será pues, bajo tal inteligencia, sólo la que dicho acreedor esté dispuesto a votar, no otra que haya votado la mayoría.

El término de “propuesta abusiva” es genérico. Eventualmente, deben determinarse parámetros serios, comprobables y no antojadizos, para definir si la propuesta encuadra o no en tal concepto. Más dichos parámetros no se pueden sustentar en especulaciones subjetivas (sobre si éste o aquél monto resulta adecuado), o sobre diversos escenarios futuros posibles que modificarían el importe a percibir, pues esto último no es una cuestión impugnable, siendo ello propio de la etapa de cumplimiento.

En virtud de ello y a los efectos de poder contribuir a una definición de lo que debe entenderse como propuesta no abusiva o no obtenida en fraude a la ley, puede recurrirse

² En un expediente en trámite, actualmente remitido a la Excm. Cámara del fuero para que entienda en la apelación formulada por un acreedor contra la resolución que, previo rechazo de la impugnación planteada por su parte, resolvió homologar el acuerdo alcanzado por la deudora, el apelante hace esta disquisición. En virtud de ello, la cita se transcribe entre comillas.

al texto del inciso 2º del art. 52, LCQ, el cual en su actual redacción, incorpora una serie de valoraciones que se detallan a continuación y que pueden resultar útiles a dicho efecto.

(i) Una propuesta será razonable si no se discrimina en contra de los acreedores disidentes; es decir la propuesta no será discriminatoria ni fraudulenta, si no trata en forma desigualitaria a los acreedores que la han votado, de aquellos que han optado por ejercer su derecho a no prestar la conformidad con la misma, o se abstuvieron.

(ii) Una propuesta no será contraria a la ley, si en defecto de elección expresa por parte de los acreedores disidentes, éstos no reciben un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta.

(iii) Una propuesta no será abusiva si el pago resultante del acuerdo impuesto equivale a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores³, pues el fin perseguido por el impugnante, conforme lo establece el art. 51, LCQ, es o bien la apertura del registro de salvataje empresarial, en los términos del art. 48, LCQ, de corresponder, o bien la quiebra directa del deudor, de no lograrse el acuerdo preventivo.

Ahora bien, en los pocos procesos de salvataje empresarial en los que ha mediado homologación del acuerdo, siendo que en la anterior redacción legal no resultaba de aplicación a este instituto el límite del 40 % que establecía en forma específica el art. 43, LCQ, se han ofrecido pagos mucho peores que los que ofrecían en su origen los propios deudores.

La experiencia demuestra que cuando aparece en escena un "cramdista", la oferta de pago es aún peor que la primera que hizo el concursado, pues ya varios interesados inscriptos a tales fines pueden competir libremente, sin ningún tipo de limitación en las ofertas que formulan, para obtener el voto de los acreedores, sin importar la calidad de la propuesta o sus mejores condiciones, sino el mero hecho temporal de determinar quien logra en primer término, con mayor anticipación, presentar en el expediente las conformidades requeridas.

Los cramdistas, por su naturaleza y en virtud de la naturaleza misma del instituto del salvataje empresarial (cramdown), no tienen límites en las propuestas que formulan a los acreedores, ante el fracaso del concurso preventivo tramitado por el deudor. Por ello, y aún cuando en la actual redacción parecería que se impone para este caso también el deber del director del proceso de no homologar en ningún caso una propuesta abusiva, los parámetros a considerar bajo dicho supuesto serán muy distintos, mucho más flexibles, teniendo en cuenta que se trata de la última chance antes de proceder a la liquidación forzosa de la empresa.

Por lo expuesto, si el juez del concurso debe asumir el rol de protector de los acreedores, aún de los propios disidentes, debe optar por la homologación de la propuesta, pues más allá de los fundamentos de la parte disidente, la protección de todos

³ En tal sentido, resultaría útil a estos efectos que la Sindicatura, en oportunidad de presentar el Informe General del art. 39, LCQ, formule una estimación, más allá de la determinación del valor de realización de los activos sociales, del probable recupero de los créditos para el caso de liquidación. Para ello, debería contemplar la existencia de privilegios, el modo de liquidación de los activos, la contingencia derivada del despido de la totalidad del personal dependiente, etc., ponderado todo ello por su experiencia profesional en la materia.

los acreedores debe ser el motivo principal para la homologación o el rechazo del acuerdo.

En consecuencia, si ante el eventual cramdown o frente a la liquidación judicial de la empresa, el dividendo concursal evidentemente resultará menor que el pago que obtendría el acreedor de mediar acuerdo, justamente, para lograr que el propio impugnante recupere en mayor medida su crédito, corresponderá entonces al juez del proceso obrar en forma distinta a la petición de éste y proceder a la homologación de la propuesta concordataria conformada por la mayoría.

Por lo expuesto, toda vez que el espíritu de la ley es evidentemente lograr la aprobación de las propuestas y la conservación de la empresa en marcha como principio general, siendo que la causal del artículo 52, inciso 4º, LCQ, es una excepción (por algo se redactó como último inciso de este artículo), la misma debe aplicarse solamente cuando se encuentra indubitadamente acreditado que los términos de la propuesta son tan absurdos, tal que permite ver a simple vista y en forma grosera la existencia de un caso de abuso del derecho o de fraude a la ley.

VI. Otras Cuestiones a Considerar.

La impugnación, teniendo en cuenta la materia sobre la cual verse, en algunos casos deberá ser rechazada por extemporánea, sea por tardía o por anticipada, de acuerdo a diversas situaciones que pueden verificarse.

(i) Conforme se expusiera anteriormente, un acreedor impugnante no puede condicionar la propuesta de la concursada, ni exigirle a ésta que la mejore o la adapte a su valoración personal acerca de lo que es justo y moral, o injusto y abusivo, intentando disfrazar dicha petición bajo la figura de la impugnación contemplada por la ley.

En efecto, y más allá de las conclusiones a las que arribara anteriormente, la impugnación resultará extemporánea e inoportuna, inclusive tardía, si versa sobre los términos de la propuesta del acuerdo presentado en autos.

Pues conforme lo establece el art. 43, LCQ, el deudor debe hacer pública su propuesta en el expediente, con una anticipación no menor a veinte días del vencimiento del plazo de exclusividad, siendo la falta de presentación, motivo suficiente para que se proceda a la declaración de la quiebra, o la apertura del registro a que alude el art. 48, LCQ, de corresponder.

Por ello y siendo que la propuesta es inmediatamente puesta en conocimiento de los acreedores, aunque en algunos casos puede ser desechada de oficio por el juez si no reúne las condiciones mínimas necesarias para su homologación⁴, para el caso de que el impugnante nada hubiera observado en su oportunidad ni hubiera solicitado ajustes o aclaraciones respecto de los términos de la propuesta, teniendo en cuenta que la misma podría ser objeto de modificación o de mejora, en caso de resultar procedente cualquier observación, parecería atendible considerar que la impugnación que versa sobre los

⁴ En autos "24 Horas Emergencias Medicas S.A. s/Concurso Preventivo", en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10, Secretaría N° 19, el Dr. Héctor O. Chomer, titular del Tribunal, no aceptó la propuesta original de la concursada, la cual importaba una quita del 65 % del capital verificado y una importante espera, y le ordenó la mejora de la misma y su adecuación a los términos legales. Dicha resolución no fue apelada por la concursada, y por el contrario, procedió a mejorar sustancialmente dicha propuesta.

términos del acuerdo, formulada recién en la instancia prevista en el art. 50, LCQ, resultará improcedente por extemporánea.

De esta forma, se evitaría la proliferación de presentaciones que, disfrazadas de impugnaciones, parecen perseguir un fin distinto al que presuponen los artículos 50 y 52, inc. 4º, LCQ.

Por lo expuesto, la impugnación del acreedor disidente que nada manifestó en oportunidad del art. 43, LCQ, es decir cuando tomó conocimiento de los términos de la propuesta, resulta extemporánea, por tardía, pues de ser dicha observación adecuada, el deudor hubiera podido proceder en tiempo y forma, dentro de un marco de seguridad jurídica, a su modificación. Por ello, y siendo que precluyó la instancia para pedir cualquier tipo de aclaración o mejora de la propuesta, correspondería su rechazo en forma liminar.

(ii) La impugnación resultará igualmente extemporánea e inoportuna, por ser anticipada, si versa sobre la materia del cumplimiento del acuerdo preventivo.

La impugnación debe referirse a la legalidad de la propuesta presentada en el expediente y no a cuestiones que deben ventilarse en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo, pues el impugnar una propuesta para que se ordene a la concursada adecuar su propuesta a escenarios de inflación futuros o para que incluya la aplicación de cláusulas de ajustes (sea por CER, por actualización del capital de créditos expresados en pesos, por reajuste de la moneda de origen, etc.) son cuestiones propias a la etapa de cumplimiento, que deben sustanciarse en dicho momento.

Debe tenerse presente que ningún magistrado puede expedirse sobre planteos abstractos o que dependen de hechos futuros e inciertos, siendo que una cuestión no resulta judicial hoy en día en la medida que se encuentre sujeta a futuros acontecimientos, o posibles escenarios políticos y/o económicos, aún no sucedidos, ajenos a la órbita judicial y a la voluntad del deudor y de los acreedores.

Por ello, corresponde el rechazo de cualquier impugnación a través de la cual se pretendiese introducir reajustes o cláusulas de ajustes a una propuesta, bajo el pretexto de que ante diversos escenarios de inflación, el importe de los créditos que los acreedores percibirán podría tornarse ilusorio.

Más aún, si el acreedor no planteó la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia en su presentación, habrá consentido en consecuencia las disposiciones que a través del dictado de la Ley 25.561, establecen que no es posible efectuar actualizaciones con posterioridad a su dictado. Pues en efecto, se establece en el artículo 5º del Decreto PEN 214/02 que "...las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la Ley N° 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste..."

En consecuencia, más allá de que la normativa legal vigente no permite aplicar cláusulas de ajuste o indexación, corresponde interpretar que cualquier medio de actualización de los créditos, así como los intereses, deben formar parte de los términos y condiciones de la propuesta de acuerdo, es decir que si la concursada no ofrece en su acuerdo la aplicación de dichos mecanismos, no puede el acreedor exigir u obligar a la concursada a hacerlo.

Inclusive, la Ley de Convertibilidad N° 23.928, aún vigente en parte, todavía prohíbe la indexación de los precios, actualizaciones, variaciones de los costos o cualquier otro mecanismo que se utilice para reajustar o repotenciar las deudas. Debido a ello, a lo sumo, el acreedor podrá expresar su disconformidad mediante el “no voto” de la propuesta, pero si no ha planteado la inconstitucionalidad de la normativa legal vigente que determina que no es posible efectuar ajustes con posterioridad al dictado de la Ley de Emergencia Económica 25.561, no podrá impugnar un acuerdo con fundamento en la inexistencia de mecanismos de ajuste de las acreencias, siendo que ello resulta legalmente imposible a la fecha.

VII. Régimen de Costas.

Es principio general del derecho que la parte que resulta vencida debe cargar con las costas del proceso, y en tal sentido, siendo la impugnación una incidencia dentro del proceso principal, no escapa a dicho principio. Sin embargo, no existe en la sección de la LCQ que regula la declaración de existencia de acuerdo y el trámite de la impugnación al mismo (capítulo V, sección I), previsión alguna al respecto.

En tal sentido y siendo que es una garantía constitucional el acceso a la defensa en juicio y al debido proceso para todas las partes, no resultaría lógico que las costas de esta impugnación fueran determinadas en relación con el valor económico del acuerdo puesto en jaque por la impugnación, sea cual fuere la parte vencida.

El último párrafo del art. 75, de aplicación para el caso de oposiciones al acuerdo preventivo extrajudicial (APE), da una solución que resultaría igualmente aplicable al caso, pues es justa, lógica y objetiva. En tal sentido, establece que la regulación de honorarios, en caso de existir impugnaciones, será efectuada por el juez, teniendo en cuenta exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito del impugnante.

Dicha norma, de aplicación para el caso de existencia de oposición al APE –o su similar impugnación, para el caso del concurso preventivo de acreedores-, brinda una solución justa y equilibrada a la cuestión planteada, pues de esta forma queda garantizado que cualquier acreedor, sin perjuicio del monto de su crédito, su capacidad económica o la importancia del acuerdo cuestionado por su parte, pueda formular las oposiciones que a su entender considere procedentes.

VIII. Conclusiones.

La ley, día a día, flexibiliza cada vez más la solución negociada concursal, si se tiene en cuenta que ya no existe límite al importe de la quita que puede proponer el deudor, a la vez que brinda un abanico de soluciones casi ilimitadas.

Un acreedor ejerce su “derecho” al no votar la propuesta, pero no por eso, en forma indebida, puede pretender lograr la no homologación de un concurso que beneficia a todo el universo de acreedores. Por ello, es deber del juez evaluar asimismo cual es el fin realmente perseguido por el impugnante, pues si éste fin fuera diferente al querido por la ley, su presentación podría ser tan o más fraudulenta que la propia solución concursal que se intenta impugnar.

Habr  asimismo que analizar si la pretendida impugnaci3n no resulta extemporánea, por anticipada, si plantea hipot3ticas modificaciones que habrá de sufrir la cuota concordataria a la luz de diversos escenarios, lo que es propio de discusi3n en la etapa de cumplimiento, o si por el contrario, no resulta tardía, si versa sobre los términos de la propuesta, si teniendo en cuenta que cuando la concursada hizo pública su propuesta de acuerdo, el disidente, con su silencio, pudo haber consentido la misma al no formular observaciones, pedir aclaraciones y/o solicitar mejoras en dicha instancia.

Invocar en forma gen3rica que la propuesta es "abusiva" y/o en "fraude a la ley", sin acreditar las implicancias de dichos términos gen3ricos al caso concreto, sin aportar mayores pruebas que las de un análisis financiero sobre distintos "escenarios" econ3micos posibles, que son meras conjeturas abstractas que se vislumbran sobre hechos aún no sucedidos, no se erige como una verdadera impugnaci3n.

De lo expuesto, surge en consecuencia que no cualquier objecci3n o impugnaci3n que se efectúe, puede tener aptitud o legitimaci3n para impedir la homologaci3n judicial de un acuerdo, pues una impugnaci3n contra el mismo debe tener relevancia. Y si la objecci3n no es una verdadera impugnaci3n al acuerdo preventivo, en el marco de las causales taxativamente contempladas por el art. 50 LCQ, sino que resulta de la narraci3n de meras conjeturaciones de distintos escenarios posibles y/o valoraciones subjetivas de futuros potenciales o hipot3ticos, que llevaron al acreedor a no votar la propuesta de acuerdo, debe ser sin duda desestimada. Todo ello, obviamente, con expresa imposici3n de costas.

El art. 52, inc. 4 , LCQ, no define que debe entenderse por propuesta abusiva o en fraude a la ley. En virtud de ello, la discrecionalidad del juzgador, libre de presiones de los acreedores y del deudor, dentro del marco del proceso universal y colectivo y sujeto a los principios regidores de dicho r3gimen, a la luz de la situaci3n general del contexto y en particular del propio deudor, en correspondencia con el espíritu de la ley y el objetivo buscado por el legislador, resulta fundamental para establecer los parámetros que en cada caso en particular fundamenten los límites de la abusividad. Por ello son harto peligrosas las aplicaciones dogmáticas de antecedentes jurisprudenciales, los cuales deben ser analizados en forma cuidadosa, para determinar si son aplicables al caso concreto.

Al suprimirse el límite del 40 % de pago mínimo, no hay modo de predicar una regla objetiva sobre abuso. Por ello, deben repudiarse soluciones matemáticas mágicas a partir de las cuales se pretendan establecer estándares o parámetros objetivos, para su aplicaci3n generalizada en todos los casos. Por ello, puede resultar útil explorar algunos parámetros que el propio r3gimen concursal brinda a los efectos de esa determinaci3n.

Y en efecto, una propuesta no será abusiva en tanto haya sido aprobada por la mayoría de los acreedores, pues más allá del nuevo deber de resguardo que pesa sobre el Juez del concurso, no ha quedado derogado el "principio mayoritario" que en el trámite concursal determina que la mayoría de los acreedores de personas y capital que votan la propuesta, deciden la aprobaci3n de la misma.

El acreedor y con ello la comunidad aspiran a que el deudor siga desarrollando su actividad y la ley no constituye hoy un impedimento para que ello ocurra, aún cuando sea con el sacrificio del cr3dito, en tanto serán los mismos acreedores quienes, a trav3s de la expresi3n de su voluntad mayoritaria, lo consientan.

Una propuesta será asimismo razonable si no discrimina entre un acreedor disidente y los demás acreedores de su misma categoría, que hubieran conformado la propuesta. Y tampoco será contraria a la ley si a falta de manifestación expresa, el acreedor disidente no recibe un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta.

La propuesta será también razonable si el pago resultante del acuerdo impuesto equivale a un dividendo no menor, o semejante por lo menos, del dividendo concursal que percibiría de mediar la liquidación judicial de los bienes, teniendo en cuenta que se trata de acreedores quirografarios, que conforme nos demuestra la experiencia, en contadas ocasiones perciben un total porcentual superior a un dígito de su crédito. También deben tenerse presente los extremos de las propuestas que un interesado podría ofrecer para el caso del cramdown, eventualmente.

Y por lo expuesto, si una propuesta no es abusiva, ni perjudica los derechos de los acreedores, por definición, no puede ser contraria ni en fraude a la ley. Y una propuesta formalmente válida, es conforme al “espíritu de la ley”, pues el espíritu de la ley es el de lograr el salvataje de la empresa en marcha, mantener la fuente de trabajo, y obtener el recupero del crédito del acreedor mediante una solución negocial, evitando que éste recupere en forma ínfima su crédito en el proceso liquidatorio.

Y que este es el espíritu de la ley, resulta aún más patente y claro a la fecha, pues por modificación introducida por Ley 25.589, se agregó en el inciso 2° del art. 52 de la LCQ la facultad del juez de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes siempre y cuando se den los requisitos detallados en dicho inciso, facultad que algunos autores denominan el “cramdown power”.

Por lo expuesto y a tenor de lo antes detallado, es de esperar que los jueces, al evaluar los términos de la propuesta concordataria, se ciñan a parámetros valorativos de común aceptación, y que atendiendo a las peculiaridades de cada empresa y con sujeción a los principios del derecho concursal, ejerciten su potestad de no homologar (e inclusive de imponer la homologación del acuerdo) de manera lógica, cuidadosa y razonada, desechando soluciones constantes, generales y dogmáticas, evitando el abuso del deudor, más también los excesos de parte de los acreedores.

La nueva potestad –y deber- de los jueces a no homologar un acuerdo preventivo, aún cuando formalmente ello procediera, se puede concluir, será un éxito si pocas veces tuviera que ser ejercitada, pues importaría ello la automática sujeción de las partes a lo que la comunidad pareciera estar dispuesta a aceptar. Y resultará un fracaso lamentable por otro lado, si a la luz del deber impuesto por la ley, en un esfuerzo por ser más justos que los justos, los jueces sustituyeran a los acreedores en las decisiones que corresponde a éstos tomar, o si por el contrario, olvidasen que el proceso de cramdown generalmente poco garantiza al acreedor, y lo que es peor aún, que como indica la experiencia, la quiebra nada reporta a los acreedores quirografarios.