

Cuestiones relativas a la legitimación en el “cramdown” o salvataje de la empresa

Rafael Nicolás Bestani

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Cuando en nuestro medio hablamos de cramdown[1], nos estamos refiriendo a un procedimiento forzoso, ineludible, regular, oficioso (procede aun contra la voluntad del concursado), el cual se encuentra regulado en el art. 48 de la Ley de Concursos y Quiebras[2], que tiene lugar en aquellos supuestos en que el deudor fracasa en la presentación de un plan de restructuración empresaria por no haber conseguido las mayorías de ley en el término que la misma fija, y a través del cual se permite que cualquier acreedor o tercero pueda negociar con los acreedores del deudor y formular su propia propuesta de acuerdo, con el fin de adquirir las acciones o cuotas sociales de propiedad de concursada.

Se ha señalado que el procedimiento de salvataje de la empresa a través del cramdown implica el cambio de empresario por imperio de la ley, con prescindencia de su voluntad explícita. Se transfieren -coactivamente- las participaciones societarias por un precio incierto, que se define (concreta) en su monto, recién al final de un complejo procedimiento[3], que culmina con la resolución judicial que dispone la transferencia de las cuotas o acciones al cramdista ganador de la competencia[4].

La doctrina lo diferencia claramente del llamado cramdown power; anglicismo con el que se denomina a la facultad del juez -prevista en el art. 52 de la LCQ- de aprobar de un plan de reorganización a pesar de la objeción de un acreedor o una clase de acreedores, por los votos de otros acreedores[5], y el cual se ubicaría metodológicamente antes del cramdown del art. 48.

En virtud de lo previsto en el art. 52 de la ley, el juez deberá examinar si se encuentran reunidas las condiciones exigidas para que proceda el cramdown power antes de la aplicación del procedimiento previsto en su art. 48, dándole a la primera norma prioridad absoluta por resultar más beneficiosa para la situación del deudor[6].

Efectuado este distingo, resulta de gran interés práctico abordar la cuestión relativa a la legitimación activa y pasiva de los sujetos comprendidos en la citada norma del art. 48 de la LCQ, ello en tanto dicha instancia constituye el paso previo e ineludible que deberá analizar el juez del concurso para decidir si dará lugar a la instancia del cramdown en el proceso respectivo o sí, por el contrario, deberá decretarse la quiebra.

II. Sujetos comprendidos en el art. 48 de la LCQ: el concursado [\[arriba\]](#)

Debe determinarse, en primer lugar, cuáles son los concursados pasibles de ser alcanzados por el proceso de cramdown: de la letra de la ley, surge que ellos son las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades por acciones, las sociedades cooperativas, y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, con exclusión de las personas reguladas por las Leyes N° 20.091 (empresas de seguros y reaseguros), N° 20.321 (asociaciones mutuales), N° 24.241 (Sistema

Integrado de Jubilaciones y Pensiones) y las excluidas por leyes especiales (art. 48 1° párr.).

Señalado dicho principio general, corresponde ahora mencionar la primera exclusión -de carácter procesal- que efectúa la LCQ, cual es la de excluir de este proceso a los llamados pequeños concursos contemplados en los arts. 288 y ccds. de la misma ley[7].

Las personas físicas también se encuentran excluidas de este proceso, pues el elenco de sujetos “cramdowneables” no los contempla. La doctrina[8] interpreta que tanto las personas físicas como los concursos por agrupamiento cuando una de las sociedades del grupo esté constituida por con tipo societario diverso a los de responsabilidad limitada, estarían excluidas del proceso previsto en el art. 48, pues en tales casos se aplicaría la regla de la responsabilidad ilimitada, respondiendo los concursados con todo su patrimonio y deviniendo en imposible la transferencia forzada de la “empresa”, pues tal entidad no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio en nuestro medio y se confunde en estos casos con el patrimonio total de la persona física o los socios ilimitadamente responsables.

No obstante, cabe señalar que no habría problema en decretar el cramdown del grupo en casos de propuesta única, si las sociedades integrantes de dicho agrupamiento estuvieran todas contempladas en las previsiones del art. 48 de la ley[9].

Finalmente, y en lo relativo al carácter de la existencia de una “empresa subyacente” como presupuesto objetivo para la puesta en marcha del mecanismo del art. 48 de la LCQ, la doctrina se encuentra dividida: Dasso, en ocasión de efectuar un análisis doctrinario de un importante precedente jurisprudencial[10] en el que se abordó esta cuestión, concluye que el sistema del cramdown configura “uno de los aspectos más relevantes, ejemplificativos del carácter privatístico de la nueva ley” en cuyo marco la posibilidad del salvataje no está condicionada en modo alguno al funcionamiento de la empresa.

El citado autor concluye categóricamente que:

“las disputas semánticas ceden ante el objetivo del cramdown, focalizado en la transmisión de la totalidad de las cuotas o acciones representativas del capital social del sujeto del procedimiento (sea S.R.L., S.A. o cooperativa), por sobre las condiciones del “funcionamiento” de la empresa (en marcha o paralizada)”.

Otro sector de la doctrina[11], analizó el voto de Favier Dubois (h) en el leading case “Correo Argentino S.A.”[12], en la cual se desestimó la aplicación del procedimiento previsto para supuestos especiales (art. 48 LCQ), o sea, el denominado cramdown o “salvataje empresario”, afirmando que, aunque la ley no exija “empresa en marcha”, el ordenamiento jurídico en su conjunto requiere que, al menos, exista “empresa” que, aún inactiva, tenga potencialidad de funcionamiento futuro, concluyendo los citados autores que:

“el fallo de Favier Dubois (h) coloca las cosas en su quicio en cuanto viene a confirmar que el salvataje tiene como finalidad la reorganización y saneamiento de la empresa y, de allí, su carácter de negocio jurídico indirecto, que mediante el

arreglo del pasivo y la transferencia accionaria permite que el cramdista asuma la titularidad de la sociedad y, por ende, de la empresa que la sustenta”.

Se trata en definitiva de una cuestión que sigue generando gran debate doctrinario y que resulta de gran interés práctico, pues hace a la procedencia misma del instituto en análisis. En opinión de quien suscribe, si bien ambas posturas cuentan con una sólida fundamentación, me inclino por admitir el procedimiento de cramdown aun en aquellos casos en que la empresa se encuentra inactiva, pues a la luz de la nueva redacción del art. 48[13] en la cual se suprimió la referencia a la “empresa en marcha” que contenía el art. original, resulta aún más claro que dicha circunstancia no constituye un requisito exigible para la procedencia del cramdown.

En definitiva, deberá ser el mercado quien, a través del procedimiento de competencia establecido en este instituto, determine el interés que a los inscriptos represente la empresa insolvente, máxime cuando a través de este instituto se encuentra contemplado y protegido el interés de los acreedores, quienes conservan las mismas facultades y prerrogativas que tenían en el período de exclusividad para evaluar las propuestas de acuerdo que efectúen los cramdistas.

III. Sujetos activos: el “cramdista” legitimado para efectuar la oferta [\[arriba\]](#)

Se denomina “cramdista” a aquel sujeto habilitado por ley para participar en el procedimiento previsto en el art. 48 de la LCQ, el cual debe inscribirse en el registro abierto por el juzgado a tal efecto para efectuar su propia propuesta de acuerdo preventivo e intentar conseguir, en un marco de competencia entre los interesados, las conformidades de los acreedores que no logró captar la concursada en el período de exclusividad[14].

La norma abierta permite la participación en dicha competencia entre todos los acreedores y los terceros, aunque no fueren acreedores con la misma sociedad, de modo que quien primero presentare las conformidades y lograre la homologación del acuerdo se convierta en titular del control absoluto de la sociedad concursada y consecuentemente continuador de su actividad[15].

Corresponde en este punto efectuar una aclaración: si quien resulta “ganador” es un tercero, este adquiere la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social, pero no asume por sí mismo el pasivo concursal. El acuerdo debe, por ende, ser cumplido por la sociedad concursada, que sigue siendo la única deudora, mantiene su personalidad jurídica y conserva también la titularidad de su hacienda empresaria: es decir, no es ésta la que se transmite a aquel tercero sino, reiteramos, las cuotas o acciones representativas del capital social[16].

Por otra parte, la reforma efectuada por la Ley N° 26.684/2015, introduce expresamente en el art. 48, a la cooperativa de trabajo conformada por trabajadores de la misma empresa, inclusive a la cooperativa en formación, en ocasión de enunciar el elenco de sujetos legitimados para inscribirse en el registro de apertura. No hay exigencia alguna con relación al límite mínimo de trabajadores o acreedores laborales que la conformen[17], de modo que bastaría con que se integrase con el número de 10 asociados exigido por la Ley N° 20.337.

Respecto del concursado, de la literalidad de la norma del art. 48 en su redacción original, se interpretaba que, abierta la instancia del cramdown, la empresa se consideraba perdida para el deudor, de forma similar a lo que acontecía cuando el

juez decretaba la quiebra; el cramdown constituía, entonces, un sustituto de la quiebra.

Pero en la reforma del año 2002, efectuada a través de la Ley N° 25.589 antes citada[18] (y actualmente vigente) la cual fuera producto del intenso lobby efectuado por las empresas en aquellos años -motivadas por la situación de default en dólares de la deuda soberana que atravesaba el país en aquel entonces-, logra modificar este instituto, estableciéndose entonces que la deudora podía participar del procedimiento del cramdown.

IV. Concurrencia [\[arriba\]](#)

Lo que no admite la ley es la viabilidad del cramdown si el único inscripto es el concursado, caso en el cual deberá decretarse la quiebra. Lo que la ley busca es que haya una verdadera competencia, la cual no acontece si solo concurre el deudor; en ese supuesto, se interpreta que no hay interés en el mercado en la unidad económica en cuestión, y que éste ha considerado a la empresa como no viable, motivo por el cual el juez debe decretar la quiebra.

Considero que el órgano jurisdiccional deberá obrar con celo a la hora de admitir la inscripción en el registro cuando solo se presente un solo interesado, pues en tal supuesto el procedimiento de cramdown continúa, habilitando al deudor a participar de la “competencia”, la que será tal solo desde el punto de vista formal en aquellos casos en que el tercero -único inscripto- que se presentó, lo hace por mera complacencia o complicidad con el deudor, para permitirle quedarse con la empresa a través de este procedimiento, lo cual claramente constituiría un obrar abusivo que el juez deberá detectar y coartar en interés de los acreedores.

V. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

Las reformas señaladas supra tuvieron como objetivo la ampliación de los supuestos de procedencia del presente instituto, ampliando el elenco de potenciales cramdistas legitimados para intervenir en el procedimiento previsto en el art. 48 de la LCQ, a la vez que se otorgó mayores facultades al juez concursal para admitir la aprobación forzada del acuerdo preventivo que no hubiera obtenido las conformidades de ley en ciertos supuestos (cramdown power).

En ese marco, el instituto del cramdown aparece como una herramienta central para facilitar la concreción de uno de los principales objetivos teleológicos de la legislación concursal, cual es el salvataje de la empresa[19], con miras al mantenimiento de su estructura productiva y de las fuentes de trabajo que ella sustenta.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Término coloquial tomado del derecho norteamericano, con el que se denomina en ese país a la facultad de homologación judicial forzosa de un acuerdo preventivo, prevista en la Secc. 1129, Cap. 11, Título 11, del U.S. Code. Véase: Dasso, Ariel A., “El primer cramdown power y el alcance de la pluralidad de

- propuestas”, V Congreso Argentino de Derecho Concursal - III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 2003, p. 2.
- [2] Ley N° 24.522, Régimen de Concursos y Quiebras; en adelante, LCQ.
- [3] Si el procedimiento tiene éxito, la propuesta que se imponga consiguiendo las voluntades que exige la ley generará efectos novatorios sobre los créditos del concurso. La jurisprudencia es conteste en considerar que “[El procedimiento de cramdown] no puede ser abandonado si se tiene en cuenta el efecto novatorio del acuerdo, y que la eventual homologación del mismo importa el descargo de todas las deudas contempladas en él, que novan por las que surgen de la propuesta, aún frente a quiebra posterior” (Juzgado de Primera Instancia 39° Nominación en lo Civil y Comercial, Concursos y Sociedades N° 7 de Córdoba, in re: “Banco Suquía S.A. s/ concurso preventivo”, 24-02-2005, Cita on line: IJ-DCCLXXXVII-530).
- [4] Cfr. Dasso, Ariel A., Quiebras. Concurso preventivo y “cramdown”, Ad Hoc, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capítulo XL, parte III.
- [5] Junyent Bas, Francisco, “Los cramdownes de la Ley N° 25.589. Relaciones conflictivas”, Ediciones del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2004, cita on line: SAIJ: DACF040039.
- [6] Junyent Bas, Francisco, “Los cramdownes ...”, en cita a Villanueva, Julia, Concurso preventivo, Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2003, p. 449.
- [7] El art. 289 de la LCQ establece que “no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48” respecto de los pequeños concursos regulados en el art. 288 del mismo cuerpo normativo.
- [8] Dasso, Ariel A., “El cramdown del art. 48 L.C.Q.: Una norma imperativa”, Revista Argentina de Derecho Empresario - Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, N° 2, p. 3.
- [9] Ídem, p. 4.
- [10] Juzg. Nac. de 1ra. Inst. en lo Com. N° 4, Secr. N° 7, Sala E, autos: “CANGA S.A. s/ Conc. Prev.”.
- [11] Chiavassa, Eduardo N. y Junyent Bas, Francisco, “Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo «Correo Argentino S.A.»”, Thomson Reuters-La Ley, Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2004, Cita on line: AR/DOC/687/2004.
- [12] Juzgado Nac. de 1ra. Inst. en lo Com. N° 9, Sec. 18, “Correo Argentino S.A. Concurso Preventivo”, 16-XII-03.
- [13] Conforme reforma introducida por el art. 21 de la Ley N° 25.589, B.O. del 16-V-2002.
- [14] Dasso, Ariel A., “El cramdown del art. 48 ...”, p. 6.
- [15] Cfr. Dasso, Ariel A., “Art. 48 y 48 bis” en “Concursos y Quiebras Ley N° 24.522 comentada, anotada y concordada. Complementaria al Código Civil y Comercial”, Chomer, Héctor O., (director), Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 98 a 121.
- [16] Villanueva, Julia, Concurso Preventivo, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Santa Fe, 2003, p. 454.
- [17] Cfr. Dasso, en “Concursos (...)”, Chomer (director) Op. cit, pp. 98 a 121.
- [18] Véase: Dasso, Ariel A., “El cramdown del art. 48 ...”, p. 5.
- [19] Véase Dasso, Ariel A., en “Concursos (...)”, Chomer (director) Op. cit, pp. 98 a 121.