

Imposición judicial del Acuerdo Preventivo

Breves consideraciones sobre el cramdown power

Por Leonardo R. Guerra

I. Caracterización del instituto [\[arriba\]](#)

En virtud de lo dispuesto por el art. 52, inc. 2, apartado b, de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante “LCQ”), el juez tiene la facultad de homologar el acuerdo preventivo e imponerlo a todos los acreedores quirografarios disidentes, aún cuando no se hayan obtenido las mayorías necesarias (previstas en el art. 45 LCQ) en todas y cada una de las categorías formadas en el marco del concurso preventivo, mediante la aplicación de la figura del cramdown power.

Este instituto, importado a nuestro país de legislaciones extranjeras (especialmente de Estados Unidos y Alemania), otorga al magistrado una facultad excepcional - pudiendo actuar de oficio- y de interpretación restrictiva, consistente en imponer una propuesta de acuerdo inclusive a quienes no la votaron favorablemente, resultando la misma, una vez homologada por esta vía, obligatoria para todos los acreedores quirografarios.

Ahora bien, para que el juez pueda ejercer dicha facultad -y por ende se torne aplicable el referido instituto-, en el marco del concurso preventivo se debe haber categorizado a los acreedores, no se deben haber alcanzado las mayorías del art. 45 LCQ en todas y cada una de las categorías formadas y, además, deben existir pluralidad de propuestas a dichas categorías. Es decir, que la homologación del acuerdo se realiza sobre una base de pluralidad de propuestas a diferentes clases.

Además de dichos presupuestos, se deben reunir de manera íntegra los siguientes requisitos legales, previstos expresamente por la normativa concursal:

- Aprobación del acuerdo -con las mayorías del art. 45 LCQ- por, al menos, una de las categorías de acreedores quirografarios formadas en el marco del concurso;
- Que, teniendo en cuenta todas las categorías, el acuerdo haya logrado la conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario total (computando a tales fines a todos los acreedores con derecho a voto);
- Que no exista discriminación en contra de la/s categoría/s disidente/s, entendiéndose por tal que los acreedores disidentes puedan elegir entre cualquiera de la/s propuesta/s integrantes de la/s categoría/s que fueron aprobadas. Sobre el particular, la LCQ establece que en defecto de elección expresa por parte de los disidentes, los mismos no podrán recibir un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la/s categoría/s que prestaron expresa conformidad a la propuesta;
- Finalmente, la LCQ exige que el pago resultante del acuerdo impuesto sea equivalente a un dividendo no menor al que los acreedores disidentes obtendrían en una eventual quiebra.

Habiéndose cumplimentado con la totalidad de las circunstancias expuestas[1],

“el juez puede tener por operada la compensación entre el déficit de mayorías de una o varias clases con el excedente logrado en otra u otras y, así, homologar el acuerdo preventivo que, en las condiciones explicadas, resultará obligatorio para todos los acreedores quirografarios”. [2]

II. Su aplicación en el Derecho Argentino [\[arriba\]](#)

Conforme puede apreciarse del análisis precedente, la cantidad de circunstancias que deben reunirse a los fines de que el juez se encuentre habilitado para aplicar el cramdown power y, sobre todo, la dificultad práctica que supone que las mismas se logren conjuntamente en el marco de un concurso preventivo, ha generado que la aplicación del instituto en nuestro país sea -prácticamente- nula, reservándose a casos que podrían ser contados con los dedos de una mano.

Por ello, y a los fines de reseñar algunas cuestiones prácticas que versan sobre la figura bajo análisis, en este apartado reseñaré -brevemente- los pocos antecedentes jurisprudenciales existentes en nuestro derecho [3], en donde se han reunido todas las condiciones exigidas por ley y, por lo tanto se produjo la consecuente aplicación de la homologación prevista en el art. 52, inc.2, apartado b, de la LCQ.

1) Autos: “SP Argentina s/ Concurso Preventivo” [4]

En dichas actuaciones, en trámite por ante el Juzgado Nacional Comercial N° 27 - Secretaría 54 de la C.A.B.A. (Expte. N° 24872/2016), en fecha 20.03.2019 el juez de grado resolvió -luego de tramitado el proceso de salvataje previsto en el art. 48 LCQ-, homologar el acuerdo arribado por la cramdista para las acreencias quirografarias en la “Categoría Afip”, alcanzando en consecuencia el mismo a la totalidad de acreedores quirografarios, a quienes se les dio la opción de optar libremente por dicha propuesta, o bien por la propuesta que no alcanzó la doble mayoría [5] prevista por la LCQ, denominada “Propuesta para Acreedores Quirografarios Comunes”.

Para decidir en tal sentido, y ante la solicitud por parte de la cramdista de la aplicación del instituto del cramdown power [6], el juez realizó un análisis tendiente a constatarla verificación de los supuestos de aplicación previstos en el art. 52, 2, b) LCQ. A su vez, para una mejor apreciación de tales requisitos, el a quo requirió al Síndico que realice la proyección requerida por el ap. iv del referido artículo, relativa al dividendo hipotético en caso de quiebra.

En este marco, el juez de grado esbozó los siguientes fundamentos a la hora de fundar su decisorio: i) que se encuentran aprehendidos -a los fines de ejercer el derecho de opción- todos los acreedores quirografarios que componen las categorías en las cuales el deudor no logró las mayorías necesarias, hayan sido ellos disidentes o bien aceptantes de la propuesta malograda, asegurando la no discriminación (siguiendo en este sentido a calificado doctrina); ii) que, en tanto la propuesta aprobada en la “Categoría Afip” mejora las condiciones de la “Propuesta Quirografaria”, se podría asumir el “consenso mínimo” de los acreedores disidentes con la primera, destacándose que ni la cramdista ni los acreedores a los que se les ofrece la opción podrían agravarse por tal extremo; iii) que en virtud de la situación económica del país, existe una gran incertidumbre en relación al resultado de un eventual remate de los bienes de la concursada en caso de quiebra indirecta (de conformidad con lo dictaminado por la sindicatura); iv) el principio de conservación

de la empresa, destacado por el sentenciante como “objetivo esencial del proceso concursal”; entre otros argumentos.

En este orden de ideas, el juez interviniente concluyó que los recaudos se encontraban formalmente cumplidos[7] y, además, consideró que por las circunstancias particulares de la causa, el contexto económico del país y por aplicación de un criterio de razonabilidad, “la utilización de este recurso excepcional halla adecuada justificación”, juzgando de esta manera aplicable el cramdown power al caso concreto.

Tal resolución fue apelada por la cramdista, quien basó su recurso principalmente en dos agravios, referidos a que i) la sentencia homologatoria dispone que el acuerdo alcanza a la totalidad de acreedores quirografarios, cuando -en su entendimiento- la aplicación debería alcanzar únicamente a los acreedores disidentes, y a que ii) el a quo no fijó un plazo límite para que los acreedores ejerzan su derecho de opción.

En este marco, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E, resolvió rechazar el recurso intentado, confirmando en consecuencia la decisión apelada.

Para arribar a tal solución, y sobre todo en lo relativo al primer agravio, el ad quem realizó un correcto análisis de la regla de “no discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes” (conf. art. 52, inc. b, iii LCQ), concluyendo que la simple lectura de la norma concursal echaba por tierra el agravio de la quejosa, toda vez que con dicha regla se busca proteger a todos los integrantes de las categorías disidentes, sin distinción entre los acreedores que prestaron la conformidad al acuerdo y los que no.

Lo propio, pues -en palabras de la Alzada- “resultaría injusto dejar a los acreedores aceptantes en desventaja con el resto y obligarlos a respetar una propuesta que no ha sido aceptada por la mayoría y que de hecho no fue homologada”.

Respecto al segundo agravio de la cramdista, relativo al plazo límite para que los acreedores ejerzan su derecho de opción, la Cámara decidió con atinado criterio no expedirse sobre el particular, toda vez que el tema no había sido tratado previamente por el a quo, lo que obsta el pronunciamiento de la Alzada. Sin perjuicio de ello, el Tribunal remarcó que el art. 52, inc. 2 nada prevé en lo atinente al plazo para el ejercicio de la referida potestad de opción por parte de los disidentes. Conforme puede apreciarse del pronunciamiento analizado, la CNCOM - Sala E ha fijado un importante criterio relativo a la regla de no discriminación prevista en la LCQ en lo que a cramdown power respecta, la cual contiene un estándar de equidad, enseñando dicho Tribunal que la imposición del acuerdo se efectúa sobre la categoría disidente, y no sobre los acreedores disidentes -particularmente considerados- de dicha/s categoría/s, quienes conservan así su derecho de opción justamente por integrar tal categoría.

2) Autos: “Constructora Andreata S.A. s/ Concurso Preventivo”

Se trata de un concurso tramitado en la Ciudad de Santa Rosa - La Pampa, ante el Juzgado de Ejecución, Concursos y Quiebras N° 2 bajo el Expte. N° X96595, en donde mediante sentencia de fecha 17.12.2014, se homologó el acuerdo arribado entre la sociedad concursada y los acreedores categoría “quirografarios bancarios”,

imponiéndose el acuerdo en cuestión a todos los acreedores integrantes de las demás categorías disidentes, en los términos del art. 52, inc. 2, apartado b, LCQ.

Para resolver de esa forma, la jueza de grado interviniente alegó que

“demostrada la falta de obtención de las mayorías absolutas necesarias en todas las categorías, enerva en autos la aplicación del mencionado artículo, por el cual y si se cumplieren todos sus requisitos allí indicados el Juez puede homologar el acuerdo e imponerlo a la totalidad de acreedores quirografarios”.

Siguiendo con sus consideraciones, la magistrada analizó punto por punto cada uno de los requisitos exigidos por la LCQ -en lo que a cramdown power respecta-, para así resolver que “lo expuesto permite concluir que se ha cumplido con las exigencias legales apuntadas, correspondiendo la homologación del acuerdo preventivo por aplicación de lo establecido en el art. 52 inc. 2) de la LCQ”.

A su vez, y a los fines de que puedan ejercer su derecho de opción, se otorgó a los acreedores disidentes un plazo de cinco días -posteriores a quedar firme la resolución- para efectuar la elección entre las propuestas efectuadas a las categorías aprobadas. Nótese que en este caso si se fijó expresamente un plazo a tales fines, a contrario de lo ocurrido en el precedente analizado en el apartado anterior.

La resolución en cuestión fue apelada por la concursada, quien se agravió de que la juez a quo incurrió en un error de cómputo de acreedores en una de las categorías (quirografarios sindicales), por lo que también debería haberse aprobado el acuerdo respecto de esa categoría, en los mismos términos de cómo se hizo en relación a los acreedores categoría quirografarios bancarios. A su vez, el segundo agravio de la apelante consistió en que la jueza no homologó todos los acuerdos propuestos para las distintas categorías de acreedores quirografarios, alegando que ello perjudica a los integrantes de las categorías no homologadas. En consecuencia, en su recurso solicitó que se modifique o rectifique la sentencia homologatoria, disponiéndose que solo los acreedores disidentes tengan la opción de aceptar las propuestas de las restantes categorías.

Al resolver, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - Sala 2 de Santa Rosa, hizo lugar de manera parcial al recurso de apelación interpuesto por la concursada, homologando también el acuerdo celebrado por la misma con los acreedores categoría quirografarios sindicales, y rechazando su segundo agravio (arriba sintetizado).

3) Autos “Iconsur S.A. s/ Concurso Preventivo”[8]

En estas actuaciones, la jueza de primera instancia estimó que resultaba inaplicable al caso concreto la aplicación del instituto del cramdown power y, en consecuencia ordenó la tramitación del salvataje previsto en el art. 48 LCQ. Dicha resolución fue apelada por la concursada, lo que motivó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D, de fecha 27.12.2016, la cual seguidamente reseñaré sucintamente.

En este marco, la Cámara resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la concursada y, en consecuencia, homologó la propuesta de acuerdo con el alcance y los efectos del art. 52, inc. 2, apartado b de la LCQ, en el entendimiento de que se

hallaban reunidas todas las condiciones para la aplicación del instituto en cuestión en el caso concreto.

Para así resolver, se tuvieron en cuenta diversos aspectos que giran en torno a la figura bajo análisis, sobre todo en lo relativo al entrecruzamiento entre dos institutos netamente concursales -salvataje (mal llamado cramdown) y cramdown power- ,y -a la postre- sobre cuál debe prevalecer entre ambos llegado el caso.

Con excelente criterio y adecuada fundamentación, la Sala D resolvió que debe primar este último, por la fuerte incidencia del principio de conservación de la empresa, en el entendimiento que

“Es preferible la solución que señala que si el juez encuentra reunidos todos los recaudos del art. 52, inc. 2, ap. b, LCQ, debe imponer el acuerdo, eludiendo la aplicación del salvataje del art. 48, LCQ. Esto es así, por varias razones: I) ante todo, porque es evidente que no hay modo de conocer si el trámite del art. 48, LCQ, será exitoso, dado que no es posible saber si se obtendrán las mayorías del art. 45, LCQ, frente a una propuesta del propio deudor o de un tercero inscripto para participar en el salvataje; II) se trata de la solución que mejor respeta el principio de preclusión, pues si fracasara el salvataje del art. 48, LCQ, y no se alcanzara la mayoría de las tres cuartas partes del capital quirografario exigida por el art. 52, inc. 2, apartado b, LCQ, ya no podría volverse sobre las condiciones del cramdown power que hubieran existido antes de la apertura del salvataje, que forman parte de una etapa del proceso terminada (conf. Heredia, P., ob. cit., t. 5, p. 812, texto y autores cits. en nota 49); III) si bien es cierto que el procedimiento del art. 48, LCQ, está destinado al salvataje de la empresa, no lo está menos y resultará también ella conservada en el marco del cramdown power es la solución más beneficiosa para el deudor”.

A su vez, en la resolución bajo comentario se destaca expresamente que, cuando se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la LCQ para la aplicación del instituto del cramdown power, este debe preceder al salvataje del art. 48 LCQ, máxime cuando no existan impugnaciones admisibles, cuando la propuesta no pueda ser calificada como abusiva y, a su vez, no se haya alegado la existencia de fraude a la ley.

III. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

En virtud de lo expuesto, queda evidenciada la complejidad del instituto del cramdown power en sí, como también en lo relativo a su aplicación al caso concreto, no solo por los múltiples requisitos exigidos por la LCQ para su operatividad, sino por lo difícil que resulta que los mismos se produzcan simultáneamente en el marco de un concurso preventivo.

Esto ha llevado a que existan muy pocos antecedentes jurisprudenciales en nuestro país y, sobre todo, a que una herramienta (que, como expusimos, puede resultar de utilidad para la homologación del acuerdo) que se encuentra expresamente prevista en nuestra legislación concursal haya quedado relegada a un segundo plano.

Sin perjuicio de ello, entiendo que resulta acertado mantener un cierto grado de complejidad a los fines de la aplicación del instituto, aunque no tan extremo como el que rige actualmente, ya que la utilización del mismo implica imponer judicialmente un acuerdo a acreedores que no han prestado su conformidad con los

términos del mismo, resultando así conveniente que el cramdown power sea un mecanismo de excepción, reservado a casos donde efectivamente su aplicación pueda resultar de utilidad para los fines de la conservación de la empresa, principio que -claro está- justificaría holgadamente el uso de esta herramienta.

En suma, cabe concluir que: i) son muchos los recaudos exigidos por la LCQ para que el juez pueda hacer uso de esta facultad homologatoria extraordinaria; ii) tal extremo hace que en la práctica se torne difícil la aplicación del cramdown power en el caso concreto; iii) lo anterior queda verificado con los escasos antecedentes jurisprudenciales sobre el particular; iv) reunidos los requisitos de ley, la figura resulta útil como última ratio para evitar la quiebra indirecta del concursado, en concordancia con el principio de conservación de la empresa; y que v) cierto grado de complejidad en la aplicación de la figura -aunque menores a los actualmente previstos- deviene necesario, por tratarse de un mecanismo de excepción.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Sin perjuicio de lo antedicho, cabe destacar que la facultad judicial de imponer el acuerdo no le es aplicable a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado expresamente, ya que las eventuales propuestas dirigidas a los mismos requieren de unanimidad para ser aprobadas. Asimismo, el juez nunca podrá homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

[2] ROUILLON, ADOLFO A. N.; Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522 Revisada y Comentada; 17° edición actualizada y ampliada; 2° reimpresión; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Astrea; 2015; pág. 152.

[3] O, al menos, sobre los cuales el suscripto tiene conocimiento a la fecha.

[4] CNCOM - Sala E; “SP Argentina S.A. s/ Concurso Preventivo”; 01.11.2019; consultado a través de la página web del Poder Judicial de la Nación en fecha 30.07.2020.

[5] Concretamente, se había alcanzado la mayoría de personas pero no la de capital.

[6] Se destaca que en el plazo previsto en el art. 50 LCQ no fueron formuladas impugnaciones.

[7] Para mayor abundamiento, ver apartado 3 de la resolución bajo análisis, en donde se analiza pormenorizadamente el cumplimiento de los recaudos exigidos por la LCQ.

[8] CNCOM - Sala D; “Iconsur S.A. s/ Concurso Preventivo”; 27.12.2016; MJ-JU-M-103250-AR; MJJ103250.