



POS GRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN SINDICATURA CONCURSAL

PERIODO DE EXCLUSIVIDAD, PROPUESTAS DE ACUERDO. ROL DEL SÍNDICO HASTA LA HOMOLOGACION DEL ACUERDO

Autor: Dellagiovanina María Jorgelina

Tutor: Gómez Scavino Marina

INDICE

INTRODUCCION.....	Pág. 2
PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD.....	Pág. 4
PROPUESTAS DE ACUERDO.....	Pág. 5
MAYORÍAS NECESARIAS.....	Pág. 9
ACREEDORES QUIROGRAFARIOS.....	Pág. 10
ACREEDORES CON PRIVILEGIO.....	Pág. 11
RENUNCIA AL PRIVILEGIO.....	Pág.12
AUDIENCIA INFORMATIVA.....	Pág.13
HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO.....	Pág.14
LA PROPUESTA ABUSIVA.....	Pág.15
ACREEDOR HOSTIL Y ACREEDOR COMPLACIENTE.....	Pág.17
CONCLUSIÓN.....	Pág.19

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrollará el período de exclusividad, las propuestas de acuerdo y el rol que debe desempeñar el síndico hasta la homologación del acuerdo. Dado que la categorización de acreedores ya se encuentra realizada para el momento en que comienza el período de exclusividad, no desarrollaremos dicho tema cuando analicemos el acuerdo preventivo, el cual es fundamental para superar la insolvencia de la empresa.

El período de exclusividad es fundamental para que el deudor logre las mayorías previstas en la ley y así pueda superar la crisis. Esto dependerá fundamentalmente de la capacidad de negociación que posea, teniendo en cuenta los diferentes acreedores, ya que no todos tienen los mismos intereses.

A tal fin, analizaremos la Ley de Concursos y Quiebras N°24.522 (de ahora en más LCQ); las últimas reformas (leyes 25.563 y 25.589) enfocándonos principalmente en los artículos 41 a 47, jurisprudencia y bibliografía investigada.

Si bien el presente trabajo tiene un enfoque teórico, se intentará, mediante fallos, analizar diferentes cuestiones que creemos valen la pena considerar.

BIBLIOGRAFÍA

ROUILLON, ADOLFO A., Régimen de concursos y quiebras, Ley 24.522, Astrea, 2017

RIVERA, JULIO CESAR, Instituciones de derecho concursal Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, 2003

TELESE, MIGUEL, Actuación judicial del profesional en Ciencias económicas, Buenos Aires, Osmar D Buyatti, 2004

JUNYENT BAS, FRANCISCO-MOLINA SANDOVAL, CARLOS, Ley de Concursos y Quiebras comentada, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 2009

D'ALBANO TORRES PATRICIA, "Práctica concursal", Ed. Depalma, 1997

TELESE MIGUEL, "La vigilancia del patrimonio del deudor en el concurso preventivo"

BARREIRO MARCELO, "Sobre la exclusión de voto en la ley de concursos y quiebras"

Fallos:

"Radeljak, Juan Carlos s/ concurso preventivo"

"Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo"

"Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo"

"Inflight S.A. s/concurso preventivo"

PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD

El período de exclusividad es el plazo que tiene el concursado para formular las propuestas de acuerdo por categorías a sus acreedores. El objetivo es obtener las mayorías necesarias para lograr el acuerdo preventivo, el cual es todo un proceso de negociación.

Dicho período comienza en el momento en que el concursado se notifica - por ministerio de la ley- de la resolución judicial sobre la categorización de acreedores. Tiene una duración de 90 días hábiles, pero el juez puede ampliarlo hasta 30 días más, en virtud de la cantidad de acreedores o categorías.

Art. 43. Período de exclusividad. Propuestas de acuerdo. Dentro de los treinta (30) días desde que quede notificada por ministerio de la ley la resolución prevista en el artículo anterior, o dentro del mayor plazo que el juez determine en función al número de acreedores o categorías, el que no podrá ser superior a sesenta (60) días, el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el artículo 45. ...”

Vale la pena mencionar un reciente fallo en el que Radeljak, Juan Carlos apeló la resolución dictada en la audiencia informativa, donde solicitó un pedido de prórroga del periodo de exclusividad y el mismo le fue denegado debido a que el concursado contaba “con escasos 4 acreedores” y “conforme lo señala el síndico, el concursado no desarrolla actividad empresarial alguna ni cuenta con empleados que justifiquen el remedio intentado”.¹

¹ CNCom.: Sala B “Radeljak Juan Carlos s/concurso preventivo” 26.03.2019

Propuestas de acuerdo:

Para Yunyent Bas la categorización es la columna vertebral de la propuesta; acertar en la categorización dependerá en muchos casos del éxito en la propuesta.²

Por su parte, Rouillon define dicha propuesta como la fórmula que el concursado ofrece a sus acreedores para solucionar las deudas.³

Solo el deudor puede hacer propuestas de acuerdo a los acreedores. Éstas se hacen a cada categoría; el concursado puede hacer subcategorías/subgrupos para hacerles diferentes propuestas o diferentes menús de propuestas para que los acreedores opten por la que más los beneficie.

Para negociar, elaborar propuestas y poder lograr el acuerdo preventivo, el deudor tiene que ser capaz de identificar y analizar a sus acreedores para saber cómo satisfacer a cada uno (o cada grupo), dependiendo del interés que estos persigan. Todos los acreedores tienen derecho a cobrar, pero el grado de satisfacción de cada uno se obtiene de diferente manera. Por ejemplo, un acreedor comercial no busca lo mismo que un acreedor financiero: el primero necesita recuperar su capital de trabajo en un período relativamente corto; en tanto que el segundo le conviene mantener el crédito activo y seguir ganando dinero, se discutirá la tasa de interés. Realizando este análisis con cada grupo de acreedores, el deudor podrá elaborar propuestas acordes al objetivo de cada uno.

El artículo 43 de la LCQ hace una enumeración de las posibles propuestas de acuerdo, pero dicha enumeración no es taxativa, es decir, el deudor puede realizar otro tipo de propuestas (siempre y cuando no sean abusivas, tema que trataremos más adelante) tal como lo indica este mismo artículo: "...cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente...".

-Quita: un ejemplo de este tipo de propuesta es el ofrecimiento del pago con una quita del 20%. Es decir, se abona el 80% del crédito.

² JUNYENT BAS, FRANCISCO-MOLINA SANDOVAL, CARLOS, Ley de Concursos y Quiebras comentada, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 2009

³ Rouillon "Régimen de concursos y quiebras" Ley 24.522 página 71

La ley 25.563 eliminó el tope de quita máximo que se admitía en la ley 24522: antes no podía superar el 60% de quita. A partir de la reforma, mantenida en la ley 25.589, puede ser superior.

Con respecto a la utilización de esta propuesta de acuerdo, el concursado debe considerar que la quita se encuentra alcanzada por el IVA y por el Impuesto a las ganancias.

De la lectura del Dictamen N°53/1999 de la Administración Federal de Ingresos Públicos⁴ surge que “en el supuesto de que haya una quita como consecuencia de un concurso preventivo, quiebra o refinanciación, se entiende que resultarán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 12, inciso b) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado...”

Por remisión del presente dictamen a la ley de IVA → art.12 inc. b) del impuesto determinado por aplicación del artículo 11 -débito fiscal- los responsables restarán: "El gravamen que resulte de aplicar a los importes de los descuentos, bonificaciones, quitas, devoluciones o rescisiones que, respecto de los precios netos, se otorguen en el período fiscal por las ventas...", "... los descuentos, bonificaciones y quitas operan en forma proporcional al precio neto y al impuesto facturado. Las quitas implicarán una disminución en los montos de las operaciones realizadas y, en consecuencia, un menor débito fiscal que aquel que se haya generado al momento en que se efectuó la operación respectiva.

Volviendo al ejemplo de una quita del 20%, se producirá un crédito fiscal para el acreedor (por ese 20%) y un débito fiscal para el deudor, debiendo el acreedor emitir una nota de crédito y contabilizar la misma a efectos de poder computar dicho crédito fiscal.

Con respecto al impuesto a las ganancias, la quita tiene los siguientes efectos:

-Para el concursado: el resultado positivo se encuentra gravado (Ley N° 25239 que eliminó la exención a los enriquecimientos a título gratuito)

-Para el acreedor: el resultado negativo es deducible en el balance impositivo correspondiente.

⁴ http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/DID_L_000053_1999_06_29

-Espera: un de este tipo de propuesta es ofrecer pagar el total del crédito pero con una espera de 90 días.

“La propuesta que contenga una espera, debería estar acompañada de un flujo de fondos proyectado que permita, no solamente a los acreedores apreciar la posibilidad de su cumplimiento y las pautas tenidas en cuenta para su elaboración, sino también, la emisión de un dictamen por parte de la sindicatura en el supuesto que el juez del concurso lo estime prudente o necesario”⁵

-Quita y espera: combina las dos opciones mencionadas anteriormente. Esta alternativa aumenta el porcentaje de quita real que sufren los acreedores.

-Cesión de acciones: es una práctica que se está utilizando y consiste en el pago con acciones de la empresa nominativas, sin derecho a voto. Lo que hace la empresa concursada es, posteriormente, comprar esas acciones. En definitiva, hay una espera pero no implica el desembolso de fondos. Además, este tipo de propuesta no está alcanzada por ningún impuesto, lo que sería beneficioso para el deudor.

Art. 43. Período de exclusividad. Propuestas de acuerdo.

“... Las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios, reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre los bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga en conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulara propuesta...”

⁵ Miguel Telese “Actuación judicial del profesional en ciencias económicas” página 274

La propuesta se puede mejorar, pero no cambiar su naturaleza. Es decir, si el deudor ofrece una quita del 30%, puede mejorarla ofreciendo una quita del 20%, pero no puede modificarla y ofrecer la entrega de acciones.

El concursado debe acompañar como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento y la conformación de un comité de control. Es sabido que en concurso preventivo, el deudor continúa administrando su patrimonio, pero con la vigilancia del síndico.

El deudor no puede ofrecer propuestas que consistan en una prestación que dependa de la voluntad del deudor. Por ejemplo, no puede ofrecer pagar la deuda cuando pueda superar los problemas financieros.

Art 43:... El deudor deberá hacer pública su propuesta presentando la misma en el expediente con una anticipación no menor a veinte (20) días del vencimiento del plazo de exclusividad. Si no lo hiciere será declarado en quiebra, excepto en el caso de los supuestos especiales contemplados en el artículo 48.

El deudor podrá presentar modificaciones a su propuesta original hasta el momento de celebrarse la Junta Informativa prevista en el artículo 45, penúltimo párrafo.

Si el deudor no presenta la propuesta, el síndico al día siguiente tiene que pedir la declaración de quiebra. Luego, el juez resolverá si le declara la quiebra o si intima al concursado a presentarla.

Para que el síndico emita su opinión respecto de la propuesta que votarán los acreedores, es necesario que el juez requiera su asesoramiento. El síndico no tiene la facultad de efectuar dicho análisis si no le es requerido por el juez.

MAYORÍAS NECESARIAS- BASE DE CÓMPUTO

En el cómputo de las mayorías, se debe tener en consideración la totalidad de los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles y los privilegiados que hayan renunciado al privilegio. Es decir, votan los quirografarios verificados y declarados admitidos, pero ¿quiénes son éstos?:

- Si el crédito NO FUE OBSERVADO por nadie puede ser:

-VERIFICADO, si se presentó a verificar, no recibió observaciones y el síndico aconsejó verificar.

-NO VERIFICADO, si se presentó a verificar, no tuvo observaciones y el síndico no aconsejó verificar.

- Si el crédito FUE OBSERVADO se clasifica en:

-ADMITIDO, si se presentó a verificar, recibió observaciones (pueden ser del deudor y de otros acreedores que se hubieran presentado a verificar art 34 LCQ). Y el síndico aconsejó verificar.

-NO ADMITIDO, si se presentó a verificar, fue observado y el síndico no aconsejó verificar.

La resolución que declare verificado un crédito produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo

- **Quirografarios**

El deudor debe presentar una propuesta de acuerdo a los acreedores QUIROGRAFARIOS.

“El acuerdo preventivo se dirige sustancialmente a los acreedores quirografarios; con su aprobación, por las mayorías legales, obtiene homologación judicial”⁶

Para lograr el acuerdo preventivo, la ley exige una doble mayoría: de acreedores y de capital dentro de todas y cada una de las categorías.

Con respecto a la cantidad de acreedores, exige la “mayoría absoluta” y en relación con el capital necesario, éste debe representar las dos terceras partes del “capital computable” dentro de cada categoría.

La mayoría absoluta, para Rivera es más de la mitad, para otros autores es la mitad más uno, pero ésta última genera problemas cuando el número de acreedores en una categoría es impar.

Si el capital computable es \$1.500.000, 00 y los acreedores son 30, el concursado debe lograr que los acreedores que den su conformidad a la propuesta sumen como mínimo $(1.500.000,00 * 2/3)$ \$1.000.000,00, y a su vez que, como mínimo, sean 16 acreedores.

Si no se obtiene esta doble mayoría se produce la quiebra indirecta o cramdown.

La propuesta es obligatoria para los acreedores quirografarios y no así para los privilegiados porque estos últimos gozan de otros medios para cobrar sus créditos. Por ejemplo el acreedor laboral puede solicitar el pronto pago.

⁶ Julio Cesar Rivera “Instituciones de derecho concursal” página 433

- **Privilegiados**

El deudor puede presentar una propuesta de acuerdo a los acreedores privilegiados. La presentación de una propuesta a los acreedores con algún tipo de privilegio (sea este especial o general) es facultativa.

Art. 44. Acreedores privilegiados. El deudor puede ofrecer propuesta de acuerdo que comprenda a los acreedores privilegiados o a alguna categoría de éstos. Este último acuerdo requiere las mayorías previstas en el artículo 46, pero debe contar con la aprobación de la totalidad de los acreedores con privilegio especial a los que alcance.

En caso de que el concursado les formule una propuesta a éstos, debe lograr las 2/3 partes del capital computable de los acreedores con privilegio general y unanimidad en los que tienen privilegio especial.

Al hacer la propuesta a los acreedores con privilegio, El deudor tiene 2 posibilidades

- a) Subordinada: La propuesta que ofrezca el deudor a los acreedores quirografarios está condicionada por la aprobación de las propuestas a acreedores privilegiados. En este caso, la no obtención de las mayorías necesarias para los privilegiados, causa la quiebra⁷
- b) Sin subordinación: La no obtención de las mayorías necesarias para los privilegiados, no lleva al concursado a la quiebra; es decir, no impide lograr el acuerdo con los quirografarios.

Dependerá de la estrategia utilizada por el deudor, la decisión o no de realizar una propuesta a los acreedores privilegiados (o a un grupo de éstos); y en caso de formularles una propuesta o menú de propuestas, deberá determinar si será condicionada o no.

⁷ Artículo 47, LCQ

Renuncia al privilegio

El artículo 43 de la LCQ le da la posibilidad a los acreedores con privilegio de renunciar al mismo (todo o parte), y de esta forma deben quedar comprendidos en alguna de las categorías de acreedores quirografarios.

Acreedor laboral: La renuncia no puede ser menor al 20% del crédito, y el acreedor laboral que renuncie a su privilegio se incorporará a la categoría de acreedor quirografario laboral por el monto del crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado. La renuncia debe ser ratificada ante el juez en presencia del representante del sindicato respectivo, salvo que el trabajador esté fuera del convenio colectivo.

Acreedores privilegiados que no son laborales: la renuncia no puede ser inferior al 30% del crédito. Deben quedar comprendidos dentro de alguna categoría de acreedores quirografarios. Ejemplo: un acreedor con un privilegio especial (Art 241), con un crédito de \$1.000.000,00 renuncia al 50% de su privilegio. Es decir, \$500.000 tendrán el carácter de quirografario y los otros \$500.000,00 seguirán teniendo el privilegio especial.

Pero ¿por qué un acreedor con privilegio habría de renunciar al mismo?

Que un acreedor renuncie a su privilegio, creemos que tiene más bien fines estratégicos, tales como poder votar y de esta forma ayudar al concursado a obtener las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo

AUDIENCIA INFORMATIVA

Cinco días antes de que termine el período de exclusividad, hay una audiencia informativa a la que asistirán el juez, el secretario, el deudor, el comité provisorio de control y los acreedores que quieran presenciarse.

Comité provisorio de control: Se conforma a partir de la Resolución de Categorización del art. 42 de la LCQ. A partir de este momento, cesarán las funciones de los anteriores integrantes del comité.

La conformación de sus integrantes, queda a criterio del Juez. Debe integrarlo necesariamente, como mínimo, un acreedor por cada categoría de las establecidas, debiendo integrar necesariamente el acreedor de mayor monto dentro de cada categoría y por dos nuevos representantes de los trabajadores que se incorporaran al ya electo por el primer comité.

El juez puede reducir la cantidad de tres representantes de los trabajadores cuando la nómina de empleados así lo justifique.

Estos reemplazan a quienes venían actuando, y proseguirán hasta la conformación del comité definitivo de acreedores, (Arts. 45 y 260 LCQ).

Si bien la ley en el artículo 45 no requiere la presencia del síndico, éste debería concurrir por su rol de funcionario del proceso (Art. 251)

Lo que se busca con esta audiencia es que se intercambie la información necesaria para la obtención de las conformidades; el deudor dará explicaciones sobre las negociaciones y se le podrán realizar preguntas.

Puede existir el caso en que el deudor hubiera obtenido las conformidades necesarias y lo hubiera exteriorizado al juzgado antes de que se celebre dicha audiencia, con lo cual ésta no se llevará a cabo

Si el deudor no obtiene las mayorías necesarias para lograr el acuerdo preventivo, el juez deberá declarar la quiebra indirecta o, de tratarse de alguno de los sujetos del artículo 48, dar lugar al salvataje

Si el concursado logra el acuerdo, el juez dentro de los 3 días de presentadas las conformidades necesarias, dictará resolución sobre la existencia de acuerdo. Las conformidades deben presentarse en el expediente hasta el día del vencimiento del período de exclusividad.

Cuando en el expediente, el deudor realice mejoras a la propuesta de acuerdo, las adhesiones que obtenga deberán corresponder a la última versión de dicha propuesta y, una vez que el juez dé traslado al síndico sobre las mayorías obtenidas, será éste quien deba controlar que efectivamente correspondan a la última propuesta.

El acuerdo preventivo puede ser impugnado por los acreedores con derecho a voto, por quienes hubieran deducido incidente de verificación tardía por no haberse presentado a verificar en término y por quienes hubieran deducido incidente de revisión por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios.

Las causales de impugnación solo pueden fundarse en las causales expresadas en la ley. Si el juez considera que la impugnación es procedente, en la resolución debe declarar la quiebra. De lo contrario, homologará el acuerdo.

HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO

El síndico debe presentar los informes mensuales previstos en el artículo 14 inc. 12 de la LCQ hasta la homologación del acuerdo. Dichos informes deben contener la evolución de la empresa, los fondos líquidos disponibles, y el cumplimiento o no por parte del concursado de las normas legales y fiscales.

El artículo 59 de la LCQ establece que una vez homologado el acuerdo, el juez debe declarar finalizado el concurso dando por concluida la intervención del síndico.

El concurso finaliza cuando se homologa el acuerdo y luego continúa el cumplimiento del mismo. Como explica P. D'Albano Torres, "La resolución de

homologación es una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada y debe disponer las medidas judiciales necesarias para su cumplimiento”⁸

LA PROPUESTA ABUSIVA

Como ya dijimos anteriormente, al reformarse la ley 24.522 por la ley 25.563, se eliminó en el art.43 el límite del 40% de pago que debían contemplar las propuestas de acuerdo que concedieran quitas. Todo en aras de la continuidad de la empresa.

Sin embargo, se ha dado la discusión y la emisión de fallos que han declarado abusiva la propuesta en los términos del art.52 inc. 4 cuando ese porcentaje de quita es excesivo. La conformidad de los acreedores a la propuesta ofrecida es una condición necesaria pero no suficiente para la homologación del acuerdo, ya que el juez puede denegarla cuando estime que la propuesta es abusiva o en fraude a la ley (Artículo 52 inc. 4).

Pero es muy difícil definir si una propuesta es o no abusiva, pues la ley de concursos y quiebras no lo especifica; las circunstancias de cada caso impiden construir una jurisprudencia que defina la abusividad de una propuesta de acuerdo ya que no existen parámetros estandarizados para juzgar la abusividad.

Existen muchos fallos que tratan éste tema. Uno que marcó un hito en el debate de las propuestas respecto del tiempo y de la quita es el fallo “Línea Vanguard”⁹.

Esta sociedad concursada intentó que se homologara una propuesta de acuerdo que consistía en el pago del cuarenta por ciento del capital, sin ningún tipo de interés, con cinco años de gracia, y en veinte cuotas anuales. La jueza rechazó las impugnaciones al acuerdo, puesto que consideró que se ajustaba a las exigencias del artículo 43 de la ley 24.522. En la Cámara, la mayoría declaró la quiebra, la minoría (un voto) opinó que en lugar de quiebra correspondía volver el expediente al juez natural para que la concursada reformulara la propuesta. El Tribunal de Alzada revocó el fallo de la anterior instancia y explicó que el proceder de la deudora -que implicaba imponer una espera de más de un cuarto

⁸ D’Albano Torres, Patricia, “Práctica concursal” página 75

⁹ CNCom.: Sala C, «Línea Vanguard S. A. s/ concurso preventivo», 4/9/2001, en LL, 2002-A-394, EDJ5384

de siglo y por ende una quita real cercana al noventa y cinco por ciento- configuraba un ejercicio abusivo del derecho y que el concordato era de objeto ilícito (artículos 953 y 1071¹⁰ del Código Civil).

En este sentido, otro fallo a considerar es el de Arcángel Maggio S.A¹¹, donde se denegó la homologación de una propuesta de acuerdo preventivo por considerarla abusiva según lo establecido por el artículo 1071 del Código Civil. La propuesta de concordato cuya homologación se perseguía, implicaba solamente el pago "en un lapso de veinticinco años" del 12,39% del capital verificado y declarado admisible. En consecuencia, la Corte no homologó la propuesta por abusiva e irrazonable.

Para establecer si una propuesta es abusiva, hay que considerar el activo y el pasivo del concursado junto con la propuesta. Aquí, si el juez le solicitó al síndico que emita su opinión sobre la propuesta es muy importante el rol del éste pues debe realizar un análisis económico-financiero del deudor, la dimensión del pasivo concursal, la capacidad de pago del concursado, los alcances de la propuesta, la posibilidad de cumplimiento, las proyecciones económicas del deudor para determinar la capacidad para cancelar las obligaciones.

Además, al juez le serán de suma utilidad los informes mensuales emitidos por el síndico sobre la evolución del patrimonio ya que en los mismos el síndico debería informar como mínimo:

-Nueva composición y valoración a la fecha de corte de la información (Estado de Situación patrimonial o Balance comparativo)

-Causas del cambio desde la última presentación (Estado de Resultados comparativo)

- Recursos dinerarios y su utilización (Estado de Flujo de Efectivo comparativo)¹²

¹⁰ "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"

¹¹ CSJN., Sala A, «Arcángel Maggio s/ concurso preventivo», 15/03/2007

¹² Telese Miguel, "La vigilancia del patrimonio del deudor en el concurso preventivo"

ACREEDOR HOSTIL Y ACREEDOR COMPLACIENTE

Acreeedores complacientes: son aquellos de los cuales se espera la conformidad o el voto favorable respecto a cualquier propuesta que el deudor haga. La ley prevé en el art. 45 que: el cónyuge, los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios, los socios, accionistas controlantes no participan en la negociación y por ende, se excluyen del cómputo de las mayorías. Lo que la ley no menciona es la sociedad controlante acreedora de la controlada concursada. Este supuesto debería ser agregado en alguna futura reforma a la ley para la prohibición del voto.

Acreeedor hostil: “Aquel cuyo interés propio confronta con el de la mayoría de los acreedores, e intenta evitar el concordato, transgrediendo las normas establecidas en la Ley de Defensa de la Competencia y los principios generales del ordenamiento jurídico pretendiendo ejercer su derecho de "voto" en forma disfuncional y abusiva, bajo el velo de la licitud de su derecho creditorio”¹³

El acreedor hostil no tiene capacidad de negociar. Así, el fisco tiene negada por ley la posibilidad de negociar lo que tiene que cobrar. No acepta quitas en el pago de acreencias verificadas en concursos preventivos; sólo acepta esperas derivadas de las facilidades concedidas por las resoluciones generales.¹⁴

En el fallo “Inflight SA s/concurso preventivo” se admitió la exclusión de voto de la AFIP. Ésta interpuso recurso de apelación, el cual fue rechazado por el artículo 276 de la LCQ. Corresponde excluir al fisco del cómputo si el concursado se acogió a un plan de facilidades. No excluirlo sería lo mismo que incluir acreedores que de antemano están imposibilitados de analizar las propuestas contraviniendo todo el sistema concursal.¹⁵

“Otra alternativa es la exclusión del voto del competidor – que quiere que el concursado desaparezca o, mejor aún, participar de su cramdown, o de aquel que de ningún modo votará por aceptar cualquier propuesta – denominado

¹³ JUNYENT BAS, FRANCISCO-MOLINA SANDOVAL, CARLOS, Ley de Concursos y Quiebras comentada, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 2009

¹⁴ Resolución General A.F.I.P. N° 970/01 Art 39
Resolución General A.F.I.P. N° 3587/2014

¹⁵ CNCom, Sala D, “Inflight S.A. s/concurso preventivo”, 05.03.2002

también voto hostil – del concursado, es decir de aquel que se presume votará en contra de cualquier propuesta que se le formule, aún la del 100% al contado al otro día de homologado el acuerdo.”¹⁶

En la causa Supercanal Holding SA s/concurso preventivo, la concursada postuló la exclusión de acreedores en el cómputo de las mayorías por entender que se configuraba una hipótesis de manifiesto interés contrario. Observó que ciertos acreedores eran competidores en el mercado, lo que los situaba en una posición de colisión de intereses que constituía un condicionante de su voluntad en sentido negativo. Concluyó que la exclusión no vulneraba el orden público concursal sino que, por el contrario, redundaba en la total transparencia del procedimiento de cómputo de las mayorías.¹⁷

Tanto el acreedor hostil como el complaciente, siguen teniendo la condición de acreedor, pero no pueden participar en la negociación porque por un motivo u otro, pueden hacer que el acuerdo fracase.

Entonces, nos podríamos preguntar de qué le sirve al deudor tenerlos dentro del cómputo de acreedores con los que tiene que negociar, si no puede hacerlo con éstos.

El concursado tiene dos posibilidades: o armar una categoría sola para el acreedor hostil, o, si arma una categoría única, pedirle al juez que lo declare hostil. De esta forma dicho acreedor no participa del proceso negocial. Esto dependerá de la estrategia utilizada por el deudor.

¹⁶ Marcelo G. Barreiro “Sobre la exclusión de voto en la ley de concursos y quiebras” es un artículo

¹⁷ Dictamen de Fiscalía en “Supercanal Holding S.A. s/concurso preventivo s/inc. apelación art. 250 CPCC”, 14.02.2001

CONCLUSIÓN

Dentro del concurso preventivo, que es un remedio judicial para los deudores que no son capaces de hacer frente a sus obligaciones, el período de exclusividad es una etapa fundamental, ya que le confiere al deudor la posibilidad de renegociar las deudas con sus acreedores para poder, de esta manera, superar la crisis.

Durante esos 90 días, no solo influirá la voluntad que tengan los acreedores de darle su conformidad a la propuesta, sino también la habilidad de negociación y de persuasión del deudor para demostrar que podrá hacer frente a las nuevas obligaciones que asuma. En otras palabras, debe darles no solo un buen motivo para creer en su voluntad de pago sino también fundamentos consistentes y viables de acuerdo a sus flujos de fondos futuros. De otra forma los acreedores no le darán su conformidad.

Cabe aclarar que, si bien el síndico se encarga de elaborar los informes mensuales sobre la evolución de la empresa durante todo el proceso hasta la homologación del acuerdo; en lo que dure el período de exclusividad, se limitará a dejar que el deudor negocie libremente con sus acreedores, por eso se llama “período de exclusividad”.

Aquí entrarán en juego, además, la trayectoria y buena relación que el deudor ha tenido con los acreedores, ya que de haberse comportado como un buen hombre de negocios, muchos acreedores contribuirán dándole su voto favorable y así una segunda oportunidad al negocio.

Si bien la ley establece para este período un lapso de 90 días, consideramos razonable que en determinadas situaciones y por motivos especiales se le confiera al deudor una prórroga para que logre obtener las mayorías en pos de obtener el acuerdo preventivo.

Cada vez con mayor frecuencia se utiliza al concurso preventivo para obtener ventajas económicas en perjuicio de los acreedores. Debe evitarse el uso abusivo del proceso concursal.

La eliminación del tope de quita máximo que se admitía en la ley 24.522 creemos que favorece los acuerdos entre deudores y acreedores. El porcentaje que el deudor pague no interesa cuando existe conformidad de los acreedores. El arbitrario tope de quita resultaba perjudicial para deudores que de antemano sabían que no iban a poder pagarlo. Es el síndico quien a pedido del juez, analizará los efectos económico-financieros de la propuesta sobre el patrimonio del deudor para así poder determinar si es posible cumplimentarla o no.