

El *bonorum emptor* como antecedente del *cramdown* (salvataje) del Art. 48 de la Ley 24.552

Jorge Fabián Villalba

Sumario: Introducción.— La *venditio bonorum*.— Trámite de la *venditio bonorum*.— Caracterización del *bonorum emptor*.— El *bonorum emptor* y el adquirente de la empresa por procedimiento de salvataje o *cramdown*: Similitudes — apreciaciones finales.— Bibliografía.

Introducción

El objetivo de este trabajo es continuar realizando la permanente vigencia que tiene el Derecho Romano. Una vez más las instituciones, contratos, mecanismos o procedimientos de la actualidad que se presentan como novedosos, para algunos, o que tal vez tienen asignada una fuente de origen determinada de corta data ya estaban consagrados, con sus propios particularismos, en Roma.

En este caso hemos tomado la figura del *Cramdown* o procedimiento de salvataje, donde la doctrina establece que esta disposición (Art. 48 Ley 24.522) constituye una de las más relevantes “novedades” de la ley 24.522, en gran medida tomada de la ley estadounidense (de allí el nombre), bien que con notorias diferencias ¹.

¹ IGLESIAS, *Concursos. Las reformas a la ley*, p. 122; Kleidermacher, *Cramdown*, “Derecho y Empresa”, 1995, n° 4, p. 85.

El origen de la expresión “Cramdown” nos remite a la Ley de Quiebras de los EE.UU., cuya traducción literal sería algo así como “apretar hacia abajo”, o mejor dicho “imponer”.

La definición se refiere a que en el capítulo 11 de la citada norma americana está previsto que si lo que el acreedor debe recibir por el acuerdo es un valor no menor al que recibiría en la liquidación falencial computando los privilegios, el juzgador puede forzar al disidente y dar por consentida la propuesta, prestándole su aprobación, siempre que el magistrado considere que el acuerdo es justo y equitativo y que medie petición de parte, dado que no puede imponerlo de oficio.

El “Cramdown” es un sistema de propuesta de acuerdo preventivo por tercero, quien en caso de obtener la conformidad de los acreedores, adquiere la empresa concursada. Implica la sustitución del empresario cesante que en subsidio de su fracaso en la obtención del acuerdo es sustituido por otro empresario que se supone en mejor situación para la continuación de la actividad de la empresa.

En este procedimiento se trata de permitir que, frente a la hipótesis del fracaso del deudor en la obtención de conformidades de sus acreedores², un sujeto diverso de la sociedad concursada (acreedor o no) ofrezca a los acreedores un acuerdo y lo obtenga, por mayoría, para, tener derecho a adquirir el capital del ente societario dueño de la empresa, y pagar por el un precio que implique para sus titulares un sacrificio análogo al que sufren los acreedores; todo ello en el marco de un sistema menos exigente (en relación

² Para que resulte operativo el instituto previsto por la L.C.Q. art. 48 bajo el título de “supuestos especiales” es necesaria la inexistencia de acuerdo con los acreedores en el período de exclusividad del concurso preventivo. En efecto, su aplicación sólo procede cuando el deudor no hace pública su propuesta de acuerdo 20 días antes del vencimiento del período de exclusividad (L.C.Q. art. 48 penúltimo párrafo.); o cuando dicha propuesta no logra obtener la conformidad de los acreedores (L.C.Q. art. 48 primer párrafo.); o, finalmente, cuando prospera una impugnación de la propuesta aprobada (L.C.Q. art. 51 primer párrafo.).

CAUSA 6669/04

– “Cerámica Zanón S. A. s/ le pide la Quiebra (DESVI S. A.)” - CNCom

– SALA E

– 10/06/2005.

con lo que proponga a los acreedores) para el tercero quien, salvo cláusula expresa no asume responsabilidad alguna más allá de la que le corresponde por la titularidad del ente, cuyo capital, finalmente, se le adjudica en propiedad.

Luego de estas afirmaciones queda claro que la doctrina es conteste en afirmar, o mejor dicho, asignar al Cramdown un origen o fuente norteamericana con matices nuevos acordes a una realidad dada omitiendo todo tipo de referencia a regulaciones similares que a nuestro entender ya existían en el derecho romano y es lo que vamos a tratar de sintetizar en esta breve reseña enfocando el antecedente inmediato de este procedimiento de salvataje en la figura del *Bonorum Emptor*.

Pero el tema merece tener presente la gestación de las formas de ejecución del deudor. Formas que comenzaron en el derecho arcaico, el cual permitió que fuese el propio interesado el que se hiciera justicia por su mano, pero debía hacerlo observando una serie de requisitos y ritualidades previamente establecidos. Ello tenía lugar a través de la *legis actio per manum iniectioem*, que aparece regulada en la ley de las XII Tablas³ (451-449 a. C), según nos cuenta Aulo Gelio en sus *Noctes Atticae*, y funcionaba como acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que, desde tiempos remotos, fue siempre pecuniaria.

El demandado condenado, o satisface voluntariamente al actor, y en este caso no hay lugar a medios procesales coactivos, o no cumple, en cambio, con su obligación, y entonces el actor, transcurrido cierto plazo, que según una de las disposiciones de las XII Tablas era de 30 días, podía ejecutar mediante la *manus iniectio*, la sentencia que le había sido favorable.

La severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose. Quizá fue importante en tal evolución la "*lex Poetelia Papiria*", probablemente del año 326 a. C. Con ella se mejoró la situación del deudor en el sentido de que quedaba éste obligado a resarcir

³ El procedimiento ejecutivo se regulaba por unos cuantos artículos de aquella antiquísima ley, y era únicamente de tipo personal, salvo los casos de *pignoris capio*.

al acreedor con su trabajo pero sin tener que permanecer encadenado o encarcelado, todo lo cual puede deducirse del siguiente testimonio:

Varrón, de ling. lat. 7,105: liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut aere obaeratus.

Al aparecer el procedimiento formulario, la *manus iniectio* queda sustituida por la *actio iudicati*, que, al menos en el ámbito del *ius civile*, de todos modos conducía a la ejecución personal, consistente ahora en la obligación de satisfacer la deuda pendiente con su trabajo, tal como acabamos de ver. En esta acción se daba posibilidad al demandado de oponerse a la ejecución.

En un momento que no es posible determinar con exactitud, se empezó a utilizar, para el caso del deudor condenado que no pagaba, el procedimiento que se había ideado para casos de indefensión: un embargo coactivo de todos los bienes del deudor, con la sola finalidad de constreñirlo a defenderse. Más adelante, este embargo, ahora común a deudores indefensos y a condenados que se negaban o no podían pagar sus deudas, dejó de ser un recurso meramente coactivo y pasó a ser una medida preparatoria de una venta patrimonial llamada *bonorum venditio*.

A juicio de diversos autores, la *bonorum venditio* habría sido fruto de lentas innovaciones y adaptaciones, y no la creación de un único pretor.

En efecto, podemos afirmar que en época clásica lo habitual era recurrir a la ejecución patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio*.

Es así, entonces, que llegando a la figura de la *bonorum venditio* comenzaremos su análisis identificando al *bonorum emptor* a quien consideramos fuente directa del procedimiento de salvataje de la empresa o Cramdown como se llama en la actualidad.

La venditio bonorum

La ejecución patrimonial consiste en la venta de todo el patrimonio del *damnatus* y es denominada *venditio bonorum* (Gayo, 3. 77 - 81.). Es un procedimiento concursal que puede ser iniciado

por quien ganó el juicio y cuenta con la *actio iudicati*; pero también pueden actuar, permitidos por el pretor, otros acreedores, los cuales, luego, son llamados públicamente a intervenir. Con la venta pública del patrimonio se tratará de satisfacer, en la medida del valor de dichos bienes, el interés de todos los acreedores, ocurriendo generalmente que éstos no logren cobrar el todo de sus créditos. La *venditio bonorum* arrastra la tacha de infamia para el deudor ejecutado (Gayo, 2.154; Cic. pro Quinct., 15.).

Trámite de la *venditio bonorum*

Debía seguir los siguientes pasos:

a) Missio in bona: El pretor ordena, ante el pedido del acreedor, el embargo del patrimonio del deudor. El acreedor (o acreedores) es puesto en posesión de los bienes del deudor, al solo efecto de retener, conservar y administrar el patrimonio (*rei servandae causa*). Esta *Missio in bona* era dada por un decreto, pudiéndose pedir al magistrado un *curator bonorum* (Paulo, D.42.5.14 pr.).

b) Elección del magister: Transcurridos los plazos establecidos, los cuales no trataré ya que no es el objetivo de este trabajo, el pretor ordena que se elija entre los acreedores un *magister* (lo que hoy en día sería un síndico en una quiebra o en un concurso.). Éste se encarga de realizar la venta, trazando un cuadro general del activo y del pasivo, es decir, un inventario, que contiene además las condiciones de pago de la venta que se producirá (*lex venditionis*); Gayo, 3.79.

c) Venta: La cual es realizada por el *magister vendendi*. Ésta no se realiza a precio fijo, sino que la atribución (*addictio*) del patrimonio vendido se hace a favor de aquel que ofrece pagar el más alto porcentaje de los créditos de los acreedores. El adquirente es el *bonorum emptor*. El *bonorum emptor* adquiere la propiedad bonitaria de los bienes del deudor, pudiendo usucapirlos (Gayo, 3.80.). El pretor le concede un interdicto *possessorium* para entrar en pose-

sión de ellos (Gayo, 4.145.). Respecto de los bienes o créditos debidos al deudor concursado, o los debidos por éste, el pretor concede al *bonorum emptor* acciones útiles (Gayo, 3.81.).

Caracterización del *bonorum emptor*

El *bonorum emptor* es el adquirente del patrimonio, obtiene todo su activo con una *successio per universitatem*; por otra parte, contrae, por el hecho mismo de su compra, la obligación frente a los acreedores concurrentes de pagarles la parte alícuota ofrecida por él como precio de la compraventa.

Esta posición de sucesor en la universalidad, que tiene el *bonorum emptor*, se regula mediante un *interdictum possessorium* dado a él a semejanza del *interdictum quorum bonorum* dado al *bonorum posesor* en cuanto a la herencia pretoria, para obtener la posesión de todo el activo patrimonial.

El *bonorum emptor* no adquiere la propiedad civil de los bienes que ha comprado, sino solamente la propiedad pretoria, que puede convertirse en propiedad civil mediante la usucapión. La cosa es clara, ya que todo este procedimiento dependía del *imperium* del magistrado, el cual no podía crear un derecho civil, sino sólo conceder una defensa honoraria mediante sus actos.

Al *bonorum emptor* se le dieron después acciones útiles, contra los deudores del patrimonio, y contra él se dieron a los acreedores las acciones por la cuota convenida en las *leges* de la venta. Las acciones dadas a él son de doble naturaleza; una *actio Rutiliana* y una *actio Serviana*⁴.

⁴ Asimismo, el comprador de bienes acciona fingiéndose heredero; pero a veces suele accionar también de otro modo. Pues, haciendo suya la intentio de la persona cuyos bienes ha comprado, vuelve la condena contra su propia persona; esto es, que el adversario quede condenado respecto de él a lo que sería del otro o habría que dar al otro; esta especie de acción se llama acción rutiliana, por el pretor P. Rutilio, de quien se dice que introdujo también la venta de bienes. La anterior especie de acción, en la que el comprador de bienes acciona fingiéndose heredero, se llama acción serviana.

En la acción serviana, el *bonorum emptor* acciona mediante una ficción de ser heredero; esto es, se le atribuyen los derechos que tendría si fuese heredero. En la acción *rutiliana*, la *intentio* se pone respecto de la persona del verdadero titular del patrimonio, esto es, del deudor expropiado; y la *condemnatio* es contra el *bonorum emptor*, análogamente a lo que sucede, como hemos visto, en el caso de representación judicial.

Había una regla muy interesante por las ulteriores consecuencias que tuvo en el derecho romano; a sabe, que el *bonorum emptor* no podía convocar a juicio a los deudores del patrimonio *sino cum deductione*; esto es, deduciendo del objeto de su demanda el objeto de los derechos contrarios, de los créditos que los deudores pudieran tener frente al patrimonio mismo; deducción que tenía vastísima esfera de aplicación, pues no se limitaba, como la compensación, a la identidad del objeto de los créditos, sino que entraban en deducción créditos de naturaleza completamente diferente, como tampoco se tenía en cuenta la modalidad del crédito deducido, pues cabía deducir créditos no vencidos aún.

El bonorum emptor y el adquirente de la empresa por procedimiento de salvataje o cramdown: Similitudes – apreciaciones finales.

Habiendo realizado en forma sintética una reseña de la *bonorum venditio*, de la figura del *bonorum emptor* y habiendo vertidos los argumentos doctrinales acerca del origen del Cramdown y su utilidad práctica, es ahora el momento de conectar las grandes similitudes que encontramos para dar sustento a nuestra postura.

- 1) El *bonorum emptor* es el adquirente del patrimonio, adquiere todo el activo como así también contrae por el hecho mismo de la compra, la obligación de pagarles a los acreedores concurrentes la parte alícuota correspondiente. En el procedimiento de salvataje hay un tercero que adquiere el capital de la sociedad a punto de quebrar; frente a la incapacidad de los

directivos de la entidad deudora para impedir la quiebra, otro sujeto que cuenta con una mayor potencia económica, o que posee más o mejores posibilidades negociales, la evita, a cambio, ciertamente, de apropiarse de la empresa. Este tercero adquiere el derecho a que se le transfiera la titularidad de las cuotas o acciones representativas del capital social, derecho que solo tendrá si con su propuesta logra las conformidades exigidas por la ley de los acreedores.

- 2) El *bonorum emptor* tiene la posición de sucesor en la universalidad. Similar situación posee el tercero adquirente de la empresa que sucede al deudor adquiriendo sus créditos y contrayendo las obligaciones de pagar a los acreedores de éste, formulando una propuesta de pago que le permita adquirir las cuotas o acciones representativas de capital de la empresa próxima a la quiebra.
- 3) Siguiendo el criterio de Scialoja, todo este procedimiento de ejecución en Roma dependía del *imperium* del Magistrado. Por otro lado siguiendo las afirmaciones de A. Kleidermacher en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal de Octubre de 1987, el llamado "Cramdown" de la ley americana de 1935 otorga un poder extraordinario al juez, similar al *imperium* que ejercía el Magistrado romano. Estas facultades extraordinarias de la Ley americana exigen del Juez que ante la falta de obtención de acuerdo de alguna de las clases, analice hasta que punto es verdaderamente perjudicada por dicho plan, y si se cumplen ciertos standards, puede obviar la disidencia y confirmar el plan.
- 4) En cuanto al tipo de propiedad que adquiere el sucesor del deudor, las similitudes más aún se aproximan con la posibilidad del *bonorum emptor* de poder convertir a través de la usucapión⁵ la propiedad pretoria originaria en propiedad civil. Gayo, 3.80.

⁵ La usucapión consiste en la adquisición del dominio por la posesión continuada durante un año o dos: un año para las cosas muebles y dos para los inmuebles. Ulpiano (19.8.). Según Modestino: La usucapión es la agregación (adquisición) del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley. (D.41.3.3.).

- 5) Tanto el *bonorum emptor* como el tercero adquirente de la empresa a través del procedimiento de salvataje, cuenta con acciones contra sus deudores y son pasibles de acciones de sus acreedores para la satisfacción de la acreencia.
- 6) Definiendo ⁶ al *bonorum emptor*, esta expresión hace referencia a la persona que adquiriría en subasta pública el patrimonio en bloque de un fallido o de una sucesión abierta. Apelando a una ficción, la persona del *bonorum emptor*, es quien sucede a los efectos de afrontar las deudas contraídas por el fallido o el causante, hasta el monto de la suma que entregaba como precio de la venta, debiendo satisfacer a los acreedores de igual derecho a prorrata, y al resto conforme la naturaleza de los privilegios señalados por el orden legal de preferencias. En el Cramdown el tercero adquiere la empresa logrando una propuesta que goce de las conformidades que la ley establece por parte de los acreedores, debiendo responder ante ellos, luego de pagar el monto establecido al deudor y sucederlo.

Bibliografía

- ALBA CRESPO, Juan José. *Derecho Romano II*. Tercera Edición. Ediciones Eudecor. Pág. 77.
- AULO GELIO, *Noctes Atticae* 20,1,46.
- C.7.72.10.2 y 3-Imp. Iust. A. Ioanni p. p. (a.532.).
- C.7.72.10pr.- Imp. Iust. A. Ioanni p. p. (a.532.).
- C.7.72.6-Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. *Agathemero*;
- Curso de Actualización Profesional "Concursos y Quiebras" coordinado por la Dra. Silvina Rapossi. Diario Judicial. F.A.C.A.
- D.17.1.22.10-Paul. 32 *ad ed.*
- D.17.1.22.10-Paul. 32 *ad ed.*
- D.17.1.44-Ulp. 62 *ad ed.*
- D.27.10.5-Gayo 9 *ad de. prov.*
- D.28.5.23.3 - Pomp. 1 *ad Sab.*

⁶ Definición según el Diccionario Jurídico Argentino.