

Universidad del Aconcagua

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Carrera: Contador Público Nacional

Alumna: Ximena Reynoso Bonetti

Año de cursado: 2007

Profesora: Dra. M. Cristina Cuartara

Tema: Régimen falencial de entidades
financieras

Asignatura: Metodología de la Investigación y
Seminario de Aplicación.

Lugar y fecha de presentación: Mendoza,
febrero 2013.

REGIMEN FALENCIAL DE ENTIDADES FINANCIERAS

Índice Analítico

Introducción

Capítulo I

El concurso preventivo y la quiebra en la legislación argentina

- 1- Consideraciones previas 5
- 2- El concurso preventivo y la quiebra 5
- 3- Sujetos concursables 6
- 4- Finalidad del concurso 6
- 5- Otros institutos 7

Capítulo II

La actividad bancaria

- 1- Naturaleza de la actividad bancaria 9
- 2- Objeto societario 9

Capítulo III

La norma que regula las entidades financieras

- 1- Ámbito de aplicación de la Ley 21.526 y autoridad de aplicación 20
- 2- Revocación de la autorización para funcionar 21
- 3- Regularización y saneamiento 22
- 4- La posibilidad de reestructuración 23
- 5- Quiebra de una entidad financiera 26
- 6- La liquidación judicial 27

Capítulo IV

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial

- 1- ¿De que se trata? 29
- 2- Naturaleza jurídica 29
- 3- Reestructuración parcial de deudas a través del Acuerdo Preventivo Extrajudicial 30
- 4- El requisito: ser sujeto concursable 31
- 5- La Ley de entidades financieras y el Acuerdo preventivo extrajudicial 32

Capítulo V

Un caso especial: El sector financiero no institucionalizado

- 1- Excepciones a los sujetos concursables 33
- 2- La "banca de hecho" 33
- 3- El concurso de las bancas de hecho según la jurisprudencia y la doctrina. 34

Capítulo VI

Jurisprudencia argentina

- 1- El caso del Banco Bisel S.A. y el surgimiento del Nuevo Banco Bisel S.A. 36
- 2- El pedido de homologación de Acuerdo Preventivo Extrajudicial del Banco Hipotecario S.A. 39
- 3- El Fideicomiso Suquia 43

Conclusión

47

Introducción

Las entidades financieras son aquellas que realizan en el sistema financiero argentino, la intermediación en forma habitual de recursos financieros. Dada la importancia que estas entidades revisten, son reguladas por la Ley de entidades financieras, que designa al Banco Central de la Republica Argentina como autoridad de contralor. Los requisitos a cumplimentar para poder operar en el mercado, así como los controles que se les realizan son muy intensivos, ya que se podría decir que están operando con los fondos de los ahorristas del país, lo que señala que hay un interés público en juego.

Por otro lado, la Ley de concursos y quiebras regula la situación falencial de los entes en general. Las entidades financieras encuentran las soluciones a sus problemas de liquidez y solvencia en la Ley de entidades financieras, aplicando sólo en algunos aspectos puntuales la Ley concursal.

Motiva la investigación plasmada en este trabajo, el poder conocer las formas que la ley prevé para que estos entes regularicen sus dificultades económico – financieras sin llegar a la quiebra; y además comprender las causas de negación de su acceso a ciertos institutos reglados en la Ley 24.522.

Capítulo I

El concurso preventivo y la quiebra en la legislación argentina

1 - Consideraciones previas

La Ley de Concursos y Quiebras vigente en Argentina constituye la herramienta jurídica que aporta el derecho privado procurando dar respuestas a la crítica situación socio – económica existente en el país. La Ley 24.522 produjo una sustancial reforma del sistema concursal nacional, incorporando institutos novedosos y fijando como centro de su preocupación a la empresa en dificultades.

Si bien es cierto que la legislación no tiene el cometido de resolver los problemas de los patrimonios en cesación de pagos, al menos establece el marco jurídico necesario para que los verdaderos protagonistas del procedimiento puedan encontrar, de acuerdo a sus intereses, las vías idóneas de superación de la crisis económica de la empresa.

2 - El concurso preventivo y la quiebra

El sistema concursal argentino es de orden federal, implica una legislación uniforme y de aplicación a todo el país.¹ Se estructura sobre la base de dos procedimientos claramente identificables, uno denominado "concurso preventivo" y otro procedimiento conocido como "quiebra".

El concurso preventivo es el remedio legal previsto para que los deudores en cesación de pagos, sea que se trate de personas físicas o jurídicas, sin resignar la administración de su patrimonio arriben a un acuerdo con sus acreedores². El mismo podrá consistir en reducciones de deuda, esperas en los plazos de pago y moratorias, suspensión de intereses, paralización de juicios y actos de ejecución forzada, etc. En virtud de los beneficios que resultan de la utilización de esta figura, se establecen una serie de requisitos de tipo formal (balances, registraciones contables, nomina de acreedores, etc.) para permitir el acceso al trámite concursal de acuerdo al art. 11 de la Ley de concursos y quiebras. El trámite es abierto a pedido del propio deudor.

La quiebra es un procedimiento únicamente liquidativo, es la ejecución colectiva de los bienes del deudor fallido para distribuirlos en forma prorrateada

¹ ROITMAN Horacio; Publicación Roitman Abogados sobre Ley de Concursos y quiebras N°24522 y sus modificatorias.

² "Ibídem"

entre sus acreedores³. Se declara por diferentes vías: a pedido del propio deudor, de un acreedor o como consecuencia del fracaso en la sustanciación de un concurso preventivo. También esta regulado el denominado trámite de extensión de quiebra que implica trasladarle a otro sujeto los efectos de la quiebra por una situación de vinculación.

3 - Sujetos concursables

Como dice el art. 2 de la Ley 24.522, pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible o ideal de carácter privado, las sociedades en las que el Estado sea parte, el patrimonio del fallecido y los deudores domiciliados en el extranjero⁴.

La tendencia de nuestra legislación de los últimos años se ha orientado hacia la apertura del catálogo de sujetos concursables. Entre la sanción de la Ley 11.719 y la 19.551 se han incorporado: el patrimonio del causante, los inhabilitados, las cooperativas y las sociedades en liquidación. Mientras que desde esta última a la Ley 24.522 se sumaron las sociedades en que el Estado Nacional, provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación, y a través de la Ley 25.374 las asociaciones mutuales. Esta tendencia es razonable ya que el concurso preventivo constituye un recurso para evitar la quiebra del deudor, que como es sabido repercute negativamente en la economía general, al provocar entre otros daños no menores, la pérdida de puestos de trabajo. La insatisfacción de los acreedores, la liquidación de activos y la eliminación de otras actividades comerciales que dependían del deudor.

4 - Finalidad del concurso

Debemos hacer una gran distinción entre los procesos concursales: el "concurso" y la "quiebra". Si lo analizamos a la luz de la anterior Ley de quiebras 19.551 concluimos que en la quiebra se podría llegar a una solución con los acreedores a través del "acuerdo resolutorio". En la nueva Ley 24.522 es más clara la distinción. El proceso de quiebra sólo es liquidativo, incluso imponiendo breves plazos para producir la liquidación y permitiendo la gran novedad de la "conversión de la quiebra en concurso".

La finalidad del concurso, en contrapartida a la finalidad liquidativa de la quiebra, es la de permitir la continuidad de la empresa, permitir redondear su pasivo

³ ROITMAN Horacio; "Op. Cit."

⁴ Ley de Concursos y quiebras 24522

para así poder cancelarlo ordenadamente y volver a actuar libremente una vez homologado el acuerdo preventivo, momento en que finalizaría el concurso. Es un medio para la restructuración empresarial y la quiebra es un proceso universal cuya finalidad es liquidar los bienes que integran el patrimonio del deudor común y distribuir el producido de esa liquidación entre los acreedores. Podría decirse que este proceso es la ley de sociedades, no es ni más ni menos que la sociedad disuelta y en estado de liquidación que recupera su pleno objeto a través de la reconducción societaria admitida por el art. 95 de la Ley 19.550.

5 - Otros institutos

El ordenamiento concursal prevé otras figuras de creciente importancia que están reguladas junto a los dos más importantes recién explicados. En todos estos institutos revela por parte del legislador la intención de incorporar alternativas de tipo preventivas, soluciones intermedias y por sobre todo posibilidades de conservación de la empresa como principio fundamental. Las opciones que ofrece la normativa concursal son amplias y tienen como finalidad evitar la liquidación por proceso de quiebra, que es el último recurso y el no querido por el titular de un patrimonio en crisis.

La primera alternativa es la “conversión de la quiebra en concurso preventivo”, prevista en el art 90 como otra medida preventiva. La conversión de un proceso de quiebra en concurso preventivo, es una forma de evitar los graves efectos de todo tipo que genera la quiebra. EL cambio de procedimiento debe ser articulado por el propio fallido, quien debe cumplir una serie de requisitos que marca la citada norma y luego declara el cambio de trámite o conversión, cesando definitivamente los efectos de la quiebra y comenzando a regir en plenitud el concurso preventivo, recuperando el deudor todas las facultades perdidas por el anterior estado de quiebra.

El instituto del “cramdown” o “salvataje por terceros” se encuentra actualmente previsto en el art. 48 de la Ley de concursos y quiebras 24.522 (según texto incorporado por la Ley 25.589) y está orientado a posibilitar un último intento de evitar la quiebra de ciertos deudores frente a determinadas hipótesis de fracaso del concurso preventivo⁵. En esos casos, el juez no debe declarar la quiebra, sino habilitar una nueva instancia tendiente a otorgar, esta vez a terceros, la posibilidad de obtener el acuerdo que no logró el deudor concursado durante el denominado “periodo de exclusividad”. Este novedoso mecanismo preventivo de la quiebra está dirigido a preservar la empresa en funcionamiento, sin que se proceda a su necesaria liquidación como consecuencia de la declaración falencial. Para ello, se posibilita que otras personas, distintas de la concursada, adquieran las cuotas, acciones o participaciones representativas del capital social, como consecuencia de

⁵ TORASSA Gustavo, GOMEZ BUQUERIN Gastón, CARASSAI Hernán; Cramdown; Síntesis Informativa 23/2002 – 06/06/2002

haber logrado un acuerdo con los acreedores de la concursada. Representa un procedimiento especial que autoriza a terceros a hacer propuestas de acuerdo preventivos a los acreedores, y que en caso de obtenerse la conformidad de estos, impone a los accionistas de la sociedad concursada la enajenación forzosa de esas acciones al tercero que ha hecho la oferta de acuerdo.

El “acuerdo preventivo extrajudicial” es de importante utilización práctica actual a partir de la reforma de la Ley 25.589, se ha convertido en el instituto protagonista de esta nueva realidad económica. Son numerosos los casos de restructuración de deuda encarados por empresas privadas de gran envergadura que están empleando las bondades de un instrumento jurídico que está demostrando en estos tiempos su viabilidad. Es el único caso en el cual no se requiere el presupuesto objetivo de la cesación de pagos como recaudo para acceder a esta solución preventiva. En realidad se trata de un arreglo que el deudor logra con sus acreedores por vía extrajudicial concurriendo luego al Tribunal al solo efecto de que convalide dicho acuerdo mediante la homologación judicial⁶. Basta que el deudor atraviese meras dificultades financieras de carácter general. La norma está pensada para que los distintos tipos de deudores financieros arriben a determinados acuerdos que le permitan oxigenar su situación económico – financiera y superar el estado crítico en el que se encontraban.

⁶ YAMUSS Inés de los Angeles; El fideicomiso como mecanismo de saneamiento de deudas, Universidad del Cema, Maestría en Finanzas; CABA 10 de diciembre 2009

Capítulo II La actividad bancaria

1 - Naturaleza de la actividad bancaria

Gran parte de la doctrina como Villegas y otros han indicado que esta actividad bancaria es de naturaleza privada y de interés público, se la define como un quehacer privado de interés público y , por tanto, cuenta con las garantías de libertad de comercio y de asociarse con fines lícitos y útiles consagrada por los art. 14 y 28 de la Constitución Nacional, pero sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio. En consecuencia, la actividad debe ser reglada para proteger el interés público comprometido.

La industria financiera se encuadra en un orden jurídico y se integra a un sistema normativo cuando es ejercida regular, profesional y habitualmente. El sistema financiero argentino tiene su columna vertebral en la Ley de entidades financieras, que establece las topologías financieras, y también en la regulación de las funciones y facultades del ente estatal que ejercerá el poder de policía financiero, por medio de la carta orgánica del banco central de la República Argentina. Estas dos leyes son las principales en la esfera bancaria nacional, sin perjuicio de la aplicación del ordenamiento jurídico público y privado existente, dado que el sistema funciona dentro del mundo jurídico que organiza el Estado para la convivencia y el ejercicio de los derechos privados y públicos. Las entidades o personas que desarrollan la actividad bancarias deben hacerlo dentro del sistema financiero que organiza la Nación.

Esta actividad requiere una autorización especial para funcionar, puesto que es la actividad más riesgosa que existe y en ella se confían los ahorros públicos, por ello existen tantas limitaciones que la ley establece para su accionar. Un solo rumor puede desencadenar una gran tragedia para la entidad financiera, pero es bueno que se la reglamente y se la acote, porque a través de los ahorros y de la confianza en el sistema se puede desarrollar un país, que necesita créditos para sus actividades empresarias.

2 - Objeto societario

Podríamos decir que el objeto social está constituido por los actos o categorías de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad para lograr su fin mediante su ejercicio o actividad.

El objeto es una exigencia de la Ley 19.550, el inc. 3 del art. 11 exige que en el contrato social se designe el objeto, o sea la concreta actividad lícita que la

sociedad se propone ejercitar para la obtención de los beneficios de los que serán partícipes los socios. El objeto debe ser preciso y determinado.

Pero sí hay que destacar que muchas veces este objeto, como cuando la sociedad realiza actividades bancarias o de seguros, es de mucha importancia, y debe pensarse para custodiar la fe pública, que debe primar en las mismas. La Ley especial de esta actividad, puede exigir que la sociedad tenga un objeto único y que para funcionar sea autorizada por alguna autoridad específica.

Capítulo III

La norma que regula las entidades financieras

1 - Ámbito de aplicación de la Ley 21.526 y autoridad de aplicación

Las entidades financieras están reguladas por la Ley 21.526, con las modificaciones de las leyes 24.144, 24.485 y 24.627.

Están comprometidas, según el art 1 de la Ley 21.526, las personas o entidades privadas o públicas, oficiales o mixtas que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros⁷. Y expresamente hace referencia a los bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y cajas de crédito⁸.

Los bancos comerciales deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima o cooperativa, su actuación natural esta prevista primariamente para el corto plazo (aunque también se admite el mediano y largo), integran el sistema monetario, al poder "crear" dinero bancario y son considerados "lazo" de unión entre la autoridad monetaria y el público.

Por su parte, los bancos de inversión deben constituirse bajo forma de sociedad anónima, su misión es facilitar a las empresas la obtención de capitales fijos y créditos a mediano y largo plazo e intermediar en el mercado de capitales, su actuación en el mercado ayuda a la consolidación y expansión de las empresas y a su capitalización.

Los bancos hipotecarios también deben constituirse bajo forma de sociedad anónima, su actuación abarca el otorgamiento de créditos hipotecarios urbanos y rurales, y la intermediación en el mercado de capitales.

Las sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda, bajo la forma de sociedades anónimas, organizan sistemas de ahorro con derecho a préstamo y administran los ahorros recibidos afectándolos a la adjudicación por sorteo licitación a los ahorristas conforme al contrato suscripto. Su finalidad es la financiación de proyectos de vivienda, y complementar la labor del Banco Hipotecario Nacional.

Las cajas de ahorro deben constituirse como sociedades anónimas, cooperativas o asociación civil. Su finalidad es manejar créditos de corto y mediano plazo destinado a pequeñas empresas, productores, artesanos, profesionales, empleados y entidades de bien público.

Todas estas actividades financieras no se pueden realizar sin previa autorización del Banco Central de la República Argentina y para poder actuar como entidad financiera privada se debe constituir como sociedad anónima o cooperativa y las acciones deben ser nominativas no endosables, para que la autoridad de control pueda conocer quienes son los titulares.

⁷ Ley 21526 Ley de entidades financieras, artículo 1, Sancionada el 14/II/1977 - Publicada en B.O. el 21/II/1977

⁸ "Ibídem"

No obstante el carácter discrecional de sus facultades en los márgenes de sus competencias técnicas, el Banco Central de la República Argentina no se encuentra relevado de la efectiva actuación de su función de fiscalización, la cual comporta para dicho banco una atribución de ejercicio obligatorio y permanente por estar adscripta a la vigilancia del funcionamiento del mercado financiero.

Todo esto es en custodia de la fe pública, por la seguridad que debe brindar el sistema financiero para su funcionamiento.

2 - Revocación de la autorización para funcionar

Todas las infracciones a la Ley de entidades financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades, serán sancionadas.

Las sanciones serán aplicadas por el presidente del Banco Central de la República Argentina o la autoridad competente, a las personas o entidades que sean responsables de las infracciones enunciadas precedentemente, previo sumario. Las sanciones pueden consistir en un llamado de atención, apercibimiento, multas, inhabilitación para uso de la cuenta corriente bancaria, inhabilitación para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la ley y por último, la revocación de la autorización para funcionar.

Centrándonos en la última de las sanciones mencionadas, el Banco Central de la República Argentina podrá revocar la autorización para funcionar a pedido de las autoridades de la entidad en los casos de disolución previstos en el Código de Comercio o en las leyes que rijan su existencia como persona jurídica, por afectación de la solvencia y liquidez de la entidad que, a juicio del Banco Central de la República Argentina, no pudiera resolverse por medio de un plan de regularización y saneamiento.

La “disolución” de las sociedades en general, esta prevista en el Código de Comercio, es desatar el vínculo que ligaba a los socios, no implica la inmediata cesación de la sociedad, sino que es el inicio de una nueva etapa que es la “liquidación”. La disolución implica el punto final de su vida activa y una profunda mutación del fin societario, porque como consecuencia del acaecimiento de una causal disolutoria, la sociedad deberá dejar de realizar como actividad específica la operatoria descrita en el objeto social para reempezarla por una actuación encaminada a la venta de los bienes sociales, la cancelación del pasivo y la eventual distribución del remanente entre los socios. La disolución es un momento que conduce a un estado jurídico, que es el de la liquidación, y que los socios pueden remover a través de la reconducción. La sociedad disuelta conserva la plena capacidad y personalidad durante la etapa liquidativa, pero hay que destacar que se ha restringido su objeto, la disolución no limita la capacidad del ente, sino lo que ocurre es una mutación de su objeto.

Si nos remitimos a las normas societarias, debemos analizar en primer lugar el art.94 del Código de Comercio que nos indica las causas de disolución y debemos destacar entre ellas el inc. 10, cuando dice: “por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieran en razón del objeto”⁹. Este inciso fue agregado por la Ley 22.903; no obstante, antes de ser agregado existía dispuesto por las legislaciones especiales como la bancaria o la de seguro.

Parece claro que si la actividad que constituye el objeto de la sociedad, por razones de interés público, es reglada por una ley específica y el requisito previo es la autorización para funcionar en el ramo; el retiro de la misma importa necesariamente la liquidación de la sociedad,

3 - Regularización y saneamiento

En el art. 34 de la Ley de entidades financieras se prevé la “regularización y saneamiento de la entidad”, que tiene lugar cuando ésta no cumpla con las disposiciones de la Ley 21.526 o con las respectivas normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina. Ante este hecho la entidad deberá dar las explicaciones pertinentes, dentro de los plazos establecidos por el BCRA.

Ante el hecho de encontrarse afectada su solvencia o liquidez, a juicio del Banco Central de la República Argentina, cuando se registraran deficiencias de efectivo mínimo, cuando la entidad financiera registrara reiterados incumplimientos a los distintos límites o relaciones técnicas establecidas, o cuando no mantuviere la responsabilidad patrimonial mínima exigida para su clase, ubicación o características determinadas, la entidad elaborará y presentará un plan de regularización y saneamiento.

El Banco Central de la República Argentina podrá designar veedores con facultad de veto cuyas resoluciones serán recurribles, en única instancia, ante el presidente del Banco Central de la República Argentina. Asimismo, podrá exigir la constitución de garantías y limitar o prohibir la distribución o remesas de utilidades.¹⁰

La falta de presentación, el rechazo o el incumplimiento de los planes de regularización y saneamiento facultará al Banco Central de la República Argentina para resolver, habiendo sido oída o emplazada la entidad y sin más trámite, la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera.¹¹

A fin de facilitar el cumplimiento de los planes de regularización y saneamiento o fusiones y absorciones, podrá admitir con carácter temporario excepciones a los límites y relaciones técnicas pertinentes, eximir o diferir el pago de

⁹ Código de Comercio de la República Argentina, Ley 19550 de Sociedades Comerciales, artículo 94, inciso 10, incorporado por Ley 22903 – Sancionada 27/VII/1983 - Publicada en BO 15/IX/1983

¹⁰ Ley 21526 Ley de entidades financieras, artículo 34, Sancionada el 14/II/1977 - Publicada en B.O. el 21/II/1977

¹¹ “*Ibidem*”

los cargos o multas previstos en la presente ley. Esto sin perjuicio de otras medidas que, sin afectar las restricciones que el cumplimiento de su Carta Orgánica le impone, propendan al cumplimiento de los fines señalados. Sobre estas decisiones el presidente del Banco Central deberá informar al Honorable Congreso de la Nación, en oportunidad de la emisión del informe anual.

4 - La posibilidad de reestructuración

Si una entidad financiera se encontrara en cualquiera de las situaciones previstas por el art. 44 de la Ley de entidades financieras, el Banco Central de la República Argentina podrá autorizar su reestructuración en defensa de los depositantes con carácter previo a la revocación de la autorización para funcionar. A tal fin, la entidad podrá optar por adoptar una serie de acciones previstas en la ley.

Una de ellas es la “reducción, aumento o enajenación del capital social”. La reducción consiste en que la entidad registre contablemente pérdida contra el provisionamiento parcial o total de activos cuyo estado de cobrabilidad, realización o liquidez así lo requiera, y la reducción de su capital o afectación de reservas con ellas. Para el aumento de capital, se otorga un plazo para que la entidad resuelva un aumento de capital social y reservas para cumplir con los requisitos establecidos por las normas, el que deberá ser suscripto e integrado dentro de dicho plazo. La transferencia de acciones hace referencia a que todos a algunos accionistas de una entidad financiera y del derecho de suscripción de aumento de capital.

Otra alternativa es la “exclusión de activos y pasivos y su transferencia”, pensada siempre en aras de encontrar herramientas para la defensa de los ahorristas y evitar una crisis sistémica. En el caso de las entidades financieras a las que se les haya retirado la autorización para funcionar y como medida previa a tal revocación, se faculta al Banco Central de la República Argentina para excluir de las mismas y autorizar la transferencia a otras entidades de los pasivos privilegiados provenientes de créditos de los depositantes y del propio Banco Central, y de activos a su elección y por un importe equivalente a aquellos.

Entonces, la entidad puede disponer la exclusión de activos a su elección, valuados de conformidad con las normas contables aplicables a los balances de las entidades financieras, ajustados a su valor neto de realización. Podrán excluirse activos sujetos a gravamen real de prenda e hipoteca por el valor neto que resulte de restar al valor del bien, estimado según precios de mercado, el valor nominal del crédito, asumiendo quien llegará a tener la disposición del bien gravado la obligación de satisfacer los derechos del acreedor hipotecario o prendario hasta el producido neto de su venta. Los bienes sujetos a embargo judicial podrán excluirse sin limitación de ninguna especie. Las normas de valuación de los activos son establecidas por el Banco Central de la República Argentina.

Con respecto a la exclusión de pasivos de la entidad financiera, las reformas introducidas por la Ley 25.780 a la Ley de entidades financieras asignan un orden de prelación de quienes tienen privilegio general para el cobro de sus

acreencias por sobre todos los demás créditos, con excepción de los créditos con privilegio especial de prenda e hipoteca y los acreedores laborales. En primer lugar se cancelan los depósitos de las personas físicas y jurídicas hasta la suma de cincuenta mil pesos, o su equivalente en moneda extranjera, gozando de este privilegio una sola persona por depósito. Habiendo más de un titular la suma se prorrateará entre los titulares de la imposición privilegiada. A los fines de la determinación del privilegio, se computará la totalidad de los depósitos que una misma persona registre en la entidad. En segundo lugar están los depósitos constituidos por importes mayores, por las sumas que excedan a los cincuenta mil pesos. Y finalmente, los pasivos originados en líneas comerciales otorgadas a la entidad y que afecten directamente al comercio intencional.

Toda esta normativa tiende a conservar la confianza del público, ya que la entidad está imposibilitada de afrontar un retiro masivo de depósitos y es lógico que se busque la salvaguarda del sistema a través del mantenimiento de tranquilidad de los ahorristas con respecto al mismo. Se brinda para ello unja solución que en forma rápida averse las consecuencias no deseadas de la crisis de una entidad financiera determinada antes de que las mismas se extiendan a las restantes.

También podrán constituirse fideicomisos financieros. Recordemos que según la Ley 24.441, habrá fideicomiso cuando una persona, llamada fiduciante, transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe beneficiario en el contrato, y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario¹². Esta posibilidad en un complemento muy adecuado de la exclusión de activos y pasivos. Este fideicomiso se puede constituir con todos o parte de los activos de la entidad, emitiéndose certificados de participación por valores nominales equivalentes a los pasivos que se excluyan. La entidad financiera asumirá el carácter de beneficiaria o fideicomisaria.

El tema de la exclusión de activos y pasivos, trajo además de muchas soluciones, varias críticas, donde los principales reproches se fundaban en la discriminación entre depositantes y otros acreedores, violación del derecho de propiedad de los acreedores quirografarios, arbitrariedad en la elección de activos y exclusión del control jurisdiccional.

La "intervención judicial" es otro instituto que es solicitado por el Banco Central de la Republica Argentina ante el juez de comercio, trayendo aparejado el desplazamiento de las autoridades estatutarias de administración. Ante esa solicitud, el magistrado deberá decretar de inmediato la intervención judicial de la entidad financiera, teniendo a las personas designadas por el Banco Central de la Republica Argentina como interventores judiciales, con todas las facultades, estas personas se mantendrán en sus respectivos cargos hasta que se verifique el cumplimiento total del cometido encomendado. La intervención judicial de una entidad producirá la radicación, ante el juez que intervenga, de todos los juicios de contenido patrimonial que afectaren a los activos excluidos o se refieran a los pasivos excluidos.

¹² Ley 24441 Financiamiento de la vivienda y la construcción, artículo 1, Sancionada el 22/XII/1994 - Publicada en B.O. el 9/I/1995.

Cuando hablamos de transferencias de activos y pasivos excluidos, nos referimos a aquellas que son encomendadas o dispuestas por el Banco Central de la Republica Argentina, así como cualquier otro acto que complemente a las anteriores o resulte necesario para concretar la restructuración de una entidad financiera. No podrán tener lugar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos cuya transferencia hubiere autorizado, salvo que tuvieren por objeto el cobro de un crédito hipotecario, prendario o derivado de una relación laboral. Tampoco podrán trabarse medidas cautelares sobre los activos excluidos.

La ultima reforma de la Ley de entidades financieras se inició con el espíritu de restablecer la estabilidad del sistema financiero y tratar de recuperar la confianza de los ahorristas en los bancos.

La primera reforma que se hace en el marco de los procesos de restructuración, se refiere a la exclusión de activos que permite el apartado II del art 35 bis, la valuación de los mismos se seguirá haciendo de conformidad con las normas contables que fija el Banco Central de la Republica Argentina, ajustándolos de acuerdo a su valor neto de realización. Se sustituyó la referencia a la necesidad de que exista equivalencia entre los activos y pasivos excluidos, por la que los activos no pueden tener un valor superior al de los pasivos privilegiados que se asuman.

La intención de la reforma es acotar esas dificultades, básicamente incorporando en forma expresa dos herramientas que el Banco Central de la Republica Argentina se vio obligado a utilizar en los últimos años¹³. Una de las herramientas es la aplicación de un criterio mas flexible para determinar la equivalencia del valor de los activos y pasivos excluidos y la otra herramienta es prever, ahora en forma expresa, la posibilidad de que a los fines de facilitar o permitir la concreción de un proceso de restructuración, se pueda construir previamente un fideicomiso con la totalidad o con la mayor parte de los activos con valor económico de las entidades financieras reestructuradas. El fideicomiso previo al que se refiere la Ley no debe ser separado del proceso de exclusión de activos y pasivos, porque aunque conste en distintas etapas se trata de un proceso único. Es un fideicomiso que se constituye con la única finalidad de permitir la aplicación de una solución que se considera adecuada, que es la exclusión de activos y pasivos en defensa de los depositantes.

Otra de las modificaciones que se introduce en la Ley de entidades financieras es la prever en forma expresa, de hecho se estaba haciendo con la aceptación de los jueces, la posibilidad de excluir activos sujetos a gravámenes reales de prenda e hipoteca. Esto se hará resguardando los derechos de los acreedores prendarios e hipotecarios, porque la exclusión de hace por el valor del activo que excede el crédito que esta garantizando y quien adquiere la propiedad fiduciaria o plena de los activos sujetos a gravámenes de hipoteca o prenda asume la obligación de desinteresarse al acreedor prendario e hipotecario. También se prevé ahora expresamente la posibilidad de excluir activos sujetos a embargos judiciales, que de acuerdo a la Ley también deben ser inmediatamente levantados cuando

¹³ MAZO Gabriel; ADEBA Seminario de entidades financieras; Auditorio del banco Regional de Cuyo, www.adeba.com.ar, fecha: 17/IX/2003.

afectan procesos de exclusión de activos y pasivos. La ley prevé que, por ejemplo, cuando se dictan para asegurar el cobro de créditos laborales, el embargo se traslada al producido de la venta de ese activo. La ley contempla también, ahora, la posibilidad de hacer una exclusión parcial de activos, lo que podría tener aplicación en dos casos: cuando los activos fuera insuficientes para hacer frente a la totalidad del os pasivos de una entidad financiera, o cuando no hubiera entidad financiera. También se prevé en esta norma, la posibilidad de transferir activos a personas distintas de entidades financieras. Además se elimina la referencia de la equivalencia exacta entre los valores de activos y pasivos asumidos.

Otra de las modificaciones de la Ley, está referida a las intervenciones judiciales que puede pedir el Banco Central de la Republica Argentina en el marco del art. 35 bis. La modificación que se hace es que, el Banco Central no puede optar, como hacía hasta ahora, entre pedir el desplazamiento o no de las autoridades estatutarias de administración de las entidades. Antes, en cada uno de los casos el Banco Central podía decidir si la designación de un interventor judicial implicaba el desplazamiento o no de las autoridades estatutarias o actuaba junto con ellas. Hoy la ley impide esa opción, ya que la intervención judicial de una entidad implica necesariamente el desplazamiento de las autoridades estatutarias de la administración.

Si centramos nuestro análisis en el concepto de reconducción societaria, debemos necesariamente remitirnos a la Ley de sociedades comerciales, que en su art. 95 dice “Reconducción. Con sujeción a los requisitos del primer párrafo puede acordarse la reconducción mientras no se haya inscripto el nombramiento del liquidador, sin perjuicio del mantenimiento de las responsabilidades dispuestas por el artículo 99”¹⁴.

La “reconducción” opera con la sociedad ya disuelta, y su función es reintegrarla a su actividad normal, pero siempre teniendo en cuenta que es la misma sociedad, cuyo objeto había quedado disminuido a la liquidación y esta recuperando de esta manera su objeto pleno original. Parece clara la improcedencia de la reconducción cuando la disolución se establece con nítido tinte sancionatorio, como por ejemplo, en los casos de retiro de la autorización para funcionar.

5 - Quiebra de una entidad financiera

La Ley de entidades financieras dice que estos entes no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra y pone como requisito esencial para decretar la quiebra que previo les sea revocada la autorización para funcionar por el Banco Central de la Republica Argentina, destacando expresamente que en ningún caso serán aplicables las normas sobre continuación de la explotación de la empresa.

¹⁴ Ley 19550 Sociedades Comerciales, artículo 95 – Publicada en B.O. 30/III/1984

Transcurridos sesenta días corridos a partir de la revocación de la autorización para funcionar, la quiebra podrá ser declarada a pedido de cualquier acreedor pero en ningún caso afectara los actos de transferencia de los activos y pasivos excluidos realizados o autorizados de acuerdo a las disposiciones del mencionado artículo, aun cuando estos estuvieren en trámite de instrumentación y perfeccionamiento.

6 - La liquidación judicial

La liquidación judicial prevista en los art. 45, 46 y 48 de la Ley de entidades financieras no puede sino referirse al proceso que culmina con la extinción del sujeto jurídico del que se trata. Ese específico proceso puede asumir, según expresas previsiones de la Ley de entidades financieras, distintos modos: la autoliquidación; la liquidación judicial propiamente dicha a través de un liquidador que designa el magistrado, y además, la quiebra.

El proceso liquidatorio está claramente establecido en el art. 45 de la Ley 21.526 a través de la liquidación administrada por las autoridades legales o estatutarias de la entidad o liquidación judicial y si correspondiere su quiebra.

EL liquidador judicial deberá ser designado por el juez competente, conforme a lo dispuesto por la Ley de concursos y quiebras para los síndicos. Desde la resolución de revocación de la autorización para funcionar y hasta tanto el juez competente resuelva el modo de la liquidación de la ex entidad, serán nulos cualquier tipo de compromisos que aumenten los pasivos de las ex entidades y casará la exigibilidad y devengamiento de sus intereses.

Desde la resolución de revocación de la autorización para funcionar, ningún acreedor por causa o título anterior a la revocación podrá iniciar o proseguir actos de ejecución forzada sobre los bienes de la ex entidad, salvo que tuvieren por objeto el cobro de un crédito hipotecario, prendario o derivado de una relación laboral.

La resolución que disponga la liquidación judicial tendrá la misma publicidad que la establecido por la Ley de concursos y quiebras para la declaración de quiebra.

Concluidas las operaciones de liquidación judicial, el liquidador presentará al juez interviniente el balance final con una memoria explicativa de sus resultados y con un proyecto de distribución de fondos, previa deducción de los importes necesarios para cancelar las deudas que no hubieren podido ser satisfechas. Distribuidos los fondos el juez declarará finalizada la liquidación.

Los acreedores de la ex entidad sólo podrán accionar contra ella en tanto no haya sido pronunciada la declaración de finalización de la liquidación y únicamente hasta la concurrencia de los bienes no realizados, fondos no distribuidos o importes no depositados, sin perjuicio de las acciones que les correspondiere contra los socios en forma individual.

En conclusión, en nuestro sistema actual de liquidación de entidades financieras habrá que destacar dos situaciones: la de autoliquidación o la liquidación judicial, en la que manejamos normas societarias; y la quiebra de la entidad en la que manejamos normas concursales.

Capítulo IV El Acuerdo Preventivo Extrajudicial

1 - ¿De que se trata?

Es un acuerdo privado que celebra el deudor con sus acreedores, de carácter principalmente preventivo, y con el fin de evitar el proceso concursal. Eran acuerdos válidos entre las partes y se regían por la normas del derecho común aún cuando existía la posibilidad de que fueran declarados ineficaces en la quiebra posterior del deudor.

Si bien desde siempre existieron los acuerdos preventivos extrajudiciales, recién en 1983 comenzaron a tener acogida legislativa, antes de esa fecha se concebían acuerdos que procuraban arreglar el pasivo de los principales acreedores, y la fundamental discusión se centraba en la eficacia o oponibilidad de estos pactos a los restantes. Luego de la reforma introducida por la Ley 22.917, el plexo concursal incorporó dichos acuerdos, aunque con serias deficiencias metodológicas y de técnica legislativa. Dicha reforma, si bien revolucionaria por haber incluido un instituto novedoso, no tuvo el auge esperado y en general fueron pocos los acuerdos preconcursales que se homologaron.

La Ley de concursos y quiebras 24.522 introdujo un régimen específico para el acuerdo preventivo extrajudicial tratando de mejorar las deficiencias de la normativa anterior y pretendiendo dar una solución preventiva extrajudicial a la crisis empresarial.

Sin embargo con fecha 15 de mayo de 2002, se publica en el Boletín Oficial, la Ley 25.589 modificatoria de la ley 24.522. La nueva norma si bien pretende fortalecer un procedimiento de restructuración de pasivos de base extrajudicial proporcionando a los deudores una herramienta útil, expeditiva y mas flexible, evitando el camino concursal judicial, omite considerar importantes aspectos que hacen a la utilidad practica del instituto.

2 - Naturaleza jurídica

En 2002, en plena crisis económica, con la sanción de la Ley 25.589 se procuró brindar nuevas herramientas jurídicas a las empresas para hacer frente a sus propios problemas financieros. En este sentido, se intentó ampliar el abanico de posibilidades, mejorando opciones ya existentes, ajustándolas a un esquema más dinámico, breve y económico.

Se podría definir el acuerdo preventivo extrajudicial como “una negociación privada de naturaleza contractual, que vincula al deudor con sus

acreedores”¹⁵. Es decir, una convención celebrada entre las partes dentro de la mas absoluta libertad, sin estar constreñido en el acuerdo a requisitos formales tan exigentes como otros institutos. Se celebra sin intervención judicial, el menos en la primera parte, y sus efectos resultan en principio oponibles a partir de la homologación, aún para quienes no han prestado su conformidad. De no lograrse la homologación, salvo pacto en contrario, conservan su validez. EL acuerdo preventivo extrajudicial, entonces, se presenta como una figura mas flexible que el concurso preventivo, otorgándole al deudor mayor libertad de actuación y autonomía en la negociación con el acreedor.

EL instituto tradicional para este tipo de contingencias, el concurso preventivo, es un instrumento mas rígido, el cual se encuentra sujeto a muchos requisitos formales, amén de intervención judicial permanente. Podía celebrarse con todos o con solo algunos de los acreedores pero los efectos se aplicaban solamente a los participantes en el acuerdo.

No existe acuerdo doctrinario respecto de la naturaleza jurídica del Acuerdo preventivo extrajudicial. Pudiéndose percibir dos grandes corrientes de pensamiento que no han logrado establecer un punto de convergencia. Por un lado encontramos aquellos que califican a este instituto como una subespecie del concurso preventivo, mientras que los otros lo encuadran en una perspectiva netamente contractualista, considerando que este instituto se circunscribe dentro de los denominados acuerdos plurilaterales complejos. Los jueces deben expedirse respecto de la naturtaleza juridica del Acuerdo preventivo extrajudicial, como condicion necesaria para poder resolver si corresponde o no la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial calebrado por una entidad financiera. La decision mayormente se inclina en el sentido de considerarlo una subespecie del concurso preventivo propiamente dicho.

3 - Reestructuración parcial de deudas a través del Acuerdo Preventivo Extrajudicial

Refiere a la posibilidad de que el deudor, a través del acuerdo preventivo extrajudicial, reestructure una parte de su pasivo, o sea, formule propuestas de acuerdo a un sector de sus acreedores y respecto del resto no altere la situación originaria.

Esta opción estaba expresamente en la normativa modificada por la Ley 25.589. En tal orden, el art. 69 de la Ley 24.522, disponía que el deudor que se encontrare en cesación de pago pudiera celebrar un acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Conforme a ello, la posibilidad

¹⁵ GOMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO María Lilia; “Características especiales del APE, sus lagunas y la labor de la jurisprudencia”, Acuerdo Preventivo Extrajudicial, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, Publicada XI/2004, p. 36.

estaba expresada directamente en la Ley, debiendo recordar que en aquella versión del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, los efectos se producían sólo respecto de esos acreedores comprendidos en el acuerdo y que el resto conservaba la libertad plena de su facultad de acción contra el patrimonio del deudor. Como sabemos, esta redacción fue modificada por la Ley 25.589, la cual en el mismo artículo dispone que puede celebrar un acuerdo con sus acreedores, sin individualizar la posibilidad de que sea con parte de los mismos, pero además, produciendo efectos respecto de todos.

En la actualidad y con la Ley vigente, se han presentado a homologación acuerdos preventivos extrajudiciales donde la reestructuración de la deuda está dirigida a un sector de los acreedores, sin modificar para nada las obligaciones que tiene para con los otros quirografarios. Así por ejemplo, en algunos casos se han dividido los acreedores quirografarios en dos sectores o categorías podríamos decir; los financieros y el resto. Las propuestas de reestructuración de deuda es dirigida sólo a los acreedores financieros y respecto de los acreedores, se informa o propone que se les pagarán las obligaciones sin alteración alguna, o sea, según sus títulos, en los tiempos y especie convenida. De este modo el deudor dirige su esfuerzo a alcanzar las conformidades suficientes en el sector al cual dirige las propuestas, y respecto del resto directamente no se les consulta y se computan como si votaran afirmativamente y sigue cumpliendo regularmente.

4 - El requisito: ser sujeto concursable

Con prescindencia del enfoque que se tenga respecto de la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial, los distintos autores excluyen como sujetos habilitados a recurrir a tal vía a quienes estén imposibilitados de hacerlo, tal como lo indica el art. 2 del régimen concursal, es decir que aquellos que no revistan el carácter de sujeto concursable están impedidos de recurrir al acuerdo preventivo extrajudicial. Entonces, éste es una subespecie del concurso preventivo propiamente dicho y solo pueden solicitar su concurso los denominados "sujetos concursables", sólo pueden solicitar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial aquellos que integran el grupo de los designados "sujetos concursables".

Si llevamos este análisis puntualmente a las entidades financieras, se puede distinguir entre aquellas que solicitan un acuerdo preventivo extrajudicial mediando la revocación de la autorización para funcionar, y aquellas que continúan operando en el mercado porque no se les ha retirado la autorización par operar. Con respecto a las primeras, es claro que al haberse retirado la utilización del BCRA para su funcionamiento sólo queda concluir con su liquidación, imposibilitando la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial para seguir operando en el mercado. En la segunda situación, cabe citar el caso del Banco Hipotecario, que ha petitionado en una oportunidad la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial que celebro con su acreedores quirografarios, habiendo obtenido el 95% de conformidad respecto a la propuesta realizada. En este caso, argumentando

que en virtud de lo expuesto por el artículo 50 de la Ley de entidades financieras, en consecuencia con el artículo 5 de la Ley de concursos y quiebras que califica a las entidades financieras como sujetos excluidos de la solución preventiva, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 14 rechazó la solicitud.

5 - La Ley de entidades financieras y el Acuerdo preventivo extrajudicial

Debemos partir de la interpretación que toda Ley posterior deroga o modifica en lo pertinente toda Ley anterior de igual rango. La Ley de entidades financieras es reformada por la Ley 25.780 (BO 08/09/2003) la cual no incluye al Acuerdo preventivo extrajudicial dentro de las prohibiciones expresas como ser la de presentarse en concurso preventivo o quiebra, con el aditamento “mientras se encuentre vigente su autorización”.

Interpretando el artículo 50 de la Ley de entidades financieras la falta de prohibición de recurrir al Acuerdo preventivo extrajudicial podría interpretarse como una permisión, más aún dado que en el derecho generalmente lo que no se encuentra prohibido se encuentra permitido. No cabe olvidar tampoco que la Ley de concursos y quiebras fue modificada el 16 de mayo de 2003 y la Ley de entidades financieras el 8 de septiembre de 2003 por lo que esta última modificación podrías haber excluido, si esa hubiera sido la intención del legislador, que las entidades financieras recurran al Acuerdo preventivo extrajudicial.

La Ley de entidades financieras en sus artículos 44 y 35 bis prevén un plan de regularización y saneamiento de de la entidad financiera, si bien con características diferentes al Acuerdo preventivo extrajudicial, puesto que se da la intervención del Banco Central de la República Argentina. El instituto del Acuerdo preventivo extrajudicial es el único que posibilita en determinados supuestos evitar la cesación de pagos ya que permite su implementación en circunstancias que tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general.

El artículo 69 de la Ley de concursos y quiebras determina que el sujeto pasivo es el deudor en general, no da mayores precisiones como el concurso preventivo a la quiebra. A su vez extiende los presupuesto objetivos más allá de la cesación de pagos, los ubica también dentro de las dificultades económicas o financieras de carácter general, por lo cual una entidad financiera que no estuviese en cesación de pagos, pero sí en dificultades económicas o financieras de carácter general, podría recurrir a este instituto.

No habría inconveniente si cuenta con la autorización del ente de contralor, el Banco Central de la República Argentina, tampoco si las dificultades económicas y financieras no se ubican dentro de la esfera de su actividad, puesto que este tipo de dificultades de carácter general no imponen la necesaria revocación de su autorización para funcionar (artículo 44 Ley de entidades financieras).

Capítulo V

Un caso especial: El sector financiero no institucionalizado.

1 - Excepciones a los sujetos concursables

El concurso preventivo constituye un recurso para evitar la quiebra del deudor, por lo tanto la regla, lógicamente, debe ser la concursabilidad mientras que la no concursabilidad constituye una excepción. Claro, que siempre deberá cumplirse requisitos básicos que condicionan la participación en este instituto.

Las leyes han excluido a ciertos sujetos de la posibilidad de presentarse en concurso preventivo. Estas exclusiones responden a distintos fundamentos relacionados generalmente con la naturaleza del sujeto o con el tipo de actividad que realiza. Entre las excepciones mas importantes se encuentran las referidas a las personas de carácter público mencionadas en el artículo 33 del Código Civil, es decir, el Estado nacional, provincial y municipal, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, y las que expresamente se señalan en el ultimo párrafo del artículo 2 de la Ley 24.522: las compañías de seguros (reguladas por la Ley 20.091, las asociaciones mutuales (regidas por la Ley 20.321) y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (Ley 24.241). También están excluidas de promover un concurso preventivo las aseguradoras de riesgo de trabajo (Ley 24.557) y las entidades financieras.

Respecto de estas ultimas, la prohibición de concursarse tiene directa vinculación con la función económica que desempeñan. En efecto, al consistir su objeto en la intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros y ser depositarios del ahorro publico, poseen una trascendencia significativa en el desenvolvimiento de la economía, lo que hace necesario que todos los aspectos vinculados a su actividad se encuentren intensamente regulados por el Estado.

Es la Ley 21.526 de Entidades financieras y su modificatorias, la que regula todo lo atinente a la autorización de estas entidades para operar como tales, los requisitos que deben cumplir, el control que sobre las mismas ejerce el Banco Central de la Republica Argentina, y por ultimo, lo concerniente a las consecuencias de su falta de liquidez o solvencia.

2 - La “banca de hecho”

En la práctica, no toda la actividad de intermediación de recursos financieros se lleva a cabo a través de entidades financieras autorizadas por el Banco Central. Existen numerosos particulares y empresas que intermedian especulativamente con el crédito a tasas generalmente elevadas, cuyas operaciones se realizan en forma habitual y con reiteración, pero sin autorización estatal. Este

fenómeno se denomina generalmente “banca de hecho” o “sector financiero no institucionalizado”.

Según estimaciones de Deloitte & Touche, en julio de 2000 operaban en el sector informal unas 10.000 mesas de dinero con un volumen de prestamos de \$30.000 millones, mientras que el sistema financiero institucionalizado movilizaba \$75.000 millones.

No debe dejar de reconocerse que la banca de hecho cumple cierta función social, pues muchas veces llena el espacio vacío que dejan los bancos a la hora de financiar a individuos y a empresas que por distintas razones no llegan a calificar para obtener créditos en el sistema financiero institucionalizado. En tal sentido puede decirse que cuanto mayores son las restricciones bancarias para obtener créditos, mayor es la proliferación de las mesas de dinero.

Lo cierto es que aun cuando las operaciones desarrolladas por las mesas de dinero constituyen técnicamente operaciones bancarias, su licitud no se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico. Esto ocurre porque el artículo 7 de la Ley de entidades financieras requiere para ejercer la actividad de intermediación de recursos financieros la previa autorización del Banco Central de la Republica Argentina, por tanto, la realización de tal actividad sin la necesaria autorización, es decir, en contravención a lo establecido por la ley, la vuelve ilícita.

3 - El concurso de las bancas de hecho según la jurisprudencia y la doctrina.

La justicia generalmente se ha volcado por no admitir la concursabilidad de las mesas de dinero, aunque los fundamentos no siempre fueron los mismos.

En el año 1978 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Neuquén rechazo un pedido de convocatoria presentado por una entidad financiera no autorizada. Este tribunal sostuvo que si se trata de una entidad financiera no autorizada, y por tanto excluida del régimen de la Ley 21.526, resulta evidente que se trata de una sociedad que desarrolla una actividad ilícita y no puede ser beneficiaria de la solución concursal preventiva.

Diez años después, la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal rechazo otra presentación en concurso preventivo efectuada por una mesa de dinero por no ser posible pedir la apertura de concurso preventivo para mantener una actividad ilegal. Las personas que deseen dedicarse a intermediar habitualmente entre la oferta y la demanda de recursos financieros, deben obtener la autorización del banco Central de la Republica Argentina. Los recurrentes reconocen expresamente en su pedido de concurso preventivo que realizaron operaciones de esta índole y que los hechos reveladores de la cesación de pagos que invocan son incumplimientos generados a raíz de las mismas. De manera que al efectuar la presentación, se sabe que se esta pidiendo al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal.

En el año 1990 otro caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, quien consideró que la actividad realizada por la banca de hecho estaba expresamente incluida en la prohibición prevista por el artículo 49 de la Ley 21.526. En su artículo 1, esta ley dispone que quedan comprendidas en el régimen de entidades financieras las personas o entidades privadas o públicas que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, sin distinguir entre las que hubiesen sido autorizadas por el Banco Central de la República Argentina y las que no, para operar. Por otro lado, la enumeración de las entidades comprendidas en el artículo 2 de la Ley 21.526 no es taxativa, según lo dispone expresamente dicha norma. Así concluyo en que si bien el recurrente no tenía autorización del Banco Central para operar, resulta alcanzado por la prohibición legal contenida en el artículo 49 de la Ley 21.526 para solicitar la formación de concurso preventivo.

La doctrina también se ha inclinado por el rechazo de la concursabilidad de la mesa de dinero. C. Villegas, por ejemplo, sostiene que este tipo de sociedades actúa en el mercado financiero nacional sin previa autorización del Banco Central de la República Argentina, es decir, en contra de lo establecido por el artículo 7 de la Ley 21.526. Constituye una sociedad de objeto lícito con actividad ilícita (artículo 19 de la Ley 19.550), por lo corresponde directamente su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, por esto es que no cabe acceder al concurso preventivo.

En sentido concordante, J. Labanca sostiene que “no cabe abrir las vías que conducen al beneficio concursal a quien cesa en sus pagos en ejercicio de actividades prohibidas y para, presumiblemente, seguir desarrollándola”¹⁶.

También en la misma línea, E. Teplizchi niega la posibilidad de que la mesa de dinero pueda concursarse, ya que “la Ley no puede consentir la actividad ilegal del mercado inter empresario”¹⁷.

Por su parte, G. Mata y Trejo, sostiene en cambio que “las entidades financieras no autorizadas se encuentran alcanzadas por el régimen de la Ley 21.526, ya que en el enunciado del artículo 1 de la misma no distingue entre entidades autorizadas y no autorizadas”¹⁸. Además existen otras normas de la ley que refieren a ellas tácita o expresamente, como las de los artículos 19, 38 y 56, por lo que no cabe considerarlas exceptuadas de la prohibición establecida por el artículo 49 de dicha ley. Agrega además que “la liquidación de entidades financieras es un instituto dispuesto para la satisfacción del orden público-económico. Es decir que frente a la insolvencia de la entidad financiera, la ley prefiere su liquidación, no existiendo lugar para la aplicación del principio de la conservación de la empresa en los casos de cesación de pagos o desarreglo económico de estos tipos de entidades, hayan estado autorizadas o no”¹⁹.

¹⁶ LABANCA, J., “La actividad financiera no autorizada ante el concurso preventivo”, ED, t. 129, p. 427

¹⁷ TEPLITZCHI, E., “Sobre la no concursabilidad de las mesas de dinero”, LL, t. 1990-A, p. 785.

¹⁸ MATA Y TREJO, G., “Quiebra de entidad financiera no autorizada”, ED, t. 75, p. 581.

¹⁹ “*ibidem*”

Capítulo VI Jurisprudencia argentina

1 - El caso del Banco Bisel S.A. y el surgimiento del Nuevo Banco Bisel S.A.

En el año 1992 se inicia un expediente en el juzgado de Primera instancia de Distrito Civil y comercial de la ciudad de Rosario caratulado "Banco Bisel S.A. s/ Concurso Preventivo" Expte. N° 1255/02, solicitando la apertura de concurso preventivo, que formulara el Banco Bisel SA., representado por el Presidente de su directorio, Sr. Guillermo Harteneck, en base a la decisión adoptada por su directorio.

Según se manifestaba en la presentación del día 4 de abril de 2002, mediante resolución numero 215 del Banco Central de la Republica Argentina encuadró al Banco Bisel en el artículo 34 de la Ley de entidades financieras y le solicitó la presentación de un plan de regularización y saneamiento que contemplara las medidas necesarias para recomponer la posición de liquidez de la entidad. En fecha 6 de mayo de 2002 la sociedad presentó dicho plan.

Posteriormente, el día 17 de mayo de 2002, el Banco Bisel S.A. informó a la Superintendencia de entidades financieras y cambiarias, que se encontraba en situación de iliquidez, debido al continuo retiro de depósitos por parte de los ahorristas. Finalmente el día 19 de mayo de 2002, el Banco Central de la Republica Argentina dedico, por resolución numero 94, suspender las operaciones del banco, en los términos del artículo 49 de la Carta orgánica del Banco Central.

Mediante resolución N°305 del 19 de mayo de 2002 el Banco Central dispuso la designación de veedores con facultad de veto en los términos del artículo 34 de la Ley de entidades financieras. Y luego, el 20 de mayo de 2002, mediante resolución N°308, el Banco Central de la Republica Argentina dispuso rechazar el plan de regularización y saneamiento presentado por el Banco Bisel S.A., disponiendo la reestructuración de la entidad bancaria, conforme al artículo 35 bis de la Ley de entidades financieras. Esto suponía la suspensión total de las actividades regladas por la Ley del Banco Bisel, por un plazo de treinta días, sucesivamente prorrogado.

El 21 de mayo de 2002, ante la oferta presentada por el Banco de la Nación Argentina, dentro del marco del artículo 35 bis, se celebró entre el Banco Bisel S.A. y el Banco de la Nación Argentina, un contrato de fideicomiso financiero, mediante el cual el Banco Bisel S.A. transfirió al Banco de la Nación, en su calidad de fiduciario, los activos de valor económico y el Banco de la Nación asumió los pasivos privilegiados del Banco Bisel S.A. ad referendum del Banco Central. Bajo los términos y condiciones del contrato de fideicomiso, el Banco de la Nación procedió a emitir dos certificados de participación en beneficio del Banco Bisel S.A. y se obligó a administrar y realizar los bienes fideicomitados.

El Banco Central dicto la Resolución N°314 por la cual autorizo, en los términos del artículo 7 de la Ley de entidades financieras, a "Nuevo Banco Bisel S.A." a funcionar como banco comercial minorista , autorizando la transferencia de

los activos y pasivos excluidos anteriormente a favor del Nuevo Banco Bisel S.A. Finalmente, con fecha 16 de septiembre de 2002, el Banco Central de la República Argentina dictó la resolución N°584, por la cual revocó la autorización para funcionar del Banco Bisel S.A.

El Banco Central de la República Argentina manifestó que en su juicio, las entidades financieras no son susceptibles de ser declaradas en concurso preventivo, sustentando la postura que ha sido analizada en profundidad, en el fallo del DR. Guillermo Mosso, ex titular del Tercer Juzgado de Procesos Concursales de Mendoza, en el caso.-"Banco de Mendoza S.A."

Entonces, considerando que se trata de una ex entidad financiera cuya autorización para funcionar ha sido revocada por resolución del Banco Central, se encuentra habilitada para presentarse en concurso preventivo.

EL texto específico que regula la materia, conforme lo afirma el propio Banco Central, es el artículo 50 de la Ley de entidades financieras, que luego de la reforma de la Ley 24.627, textualmente dice: "Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, hasta la revocación de su autorización para funcionar, salvo lo dispuesto en el artículo 52 de la presente Ley"²⁰.

La interpretación de esta norma debe comenzar por su sentido literal. La Ley de entidades financieras es clara a partir de su reforma introducida por el artículo 1 de la Ley 24.627 en el sentido de la prohibición de solicitar el concurso preventivo, su propia quiebra y ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, rige sólo hasta la revocación de su autorización para funcionar. Por este motivo es procedente desde el punto de vista legal lo peticionado, ya que no puede entenderse que el legislador al dictar la Ley 24.627 haya agregado "hasta la revocación de la autorización para funcionar" para darle al nuevo texto el mismo sentido que tenía el anterior.

Pese a su claridad, dicha interpretación ha sido cuestionada, por lo cual corresponde analizar los argumentos vertidos en contrario, realizando una interpretación sistemática de la norma.

A partir de la sanción de la Ley 24.485, se introduce en la legislación argentina el instituto de la "exclusión de activos y pasivos", (artículo 35 bis) que si bien reconoce como antecedente la Ley 22.529, presenta particularidades propias.

Este proceso ha sido fundamentalmente orientado a la defensa de los depositantes, y no cabe duda, atento los resultados que hoy están a la vista, que esta resolución ha sido exitosa, para los depositantes, interesados fundamentales, para el personal del Banco que ha salvado su fuente de trabajo, y para la región en general, donde el Banco Bisel S.A. tenía una fuerte inserción.

Como consecuencia de la mentada reestructuración los activos y pasivos excluidos han pasado a integrar el patrimonio de un nuevo sujeto de derecho "Nuevo Banco Bisel S.A.", que ha sido autorizado a operar como entidad financiera, y que de hecho está operando en plaza. El Banco Bisel S.A. a partir de la citada reestructuración no tiene en su patrimonio ni los pasivos de los depositantes ni los

²⁰ Ley 24627, introduce reformas a Ley 24526 de entidades financieras – Sancionada 21/II/1996 – Publicada B.O. 18/III/1996

activos equivalentes que lo respaldaban, y por lo tanto a partir de ese momento el banco está imposibilitado de cumplir su objeto social. El Banco Central de la Republica Argentina había revocado la autorización para funcionar como entidad financiera conforme resolución de fecha 16 de septiembre de 2002, cesando en consecuencia a partir de ese momento el carácter de entidad financiera del Banco Bisel S.A. Además, ello configura una causal de disolución en los términos de la Ley de sociedades comerciales (artículo 94 inciso 10, Ley 19.550)

Así entonces, el Banco Bisel S.A. ex entidad financiera, e titular sólo de un patrimonio residual integrado por bienes que en forma alguna permiten el ejercicio de la actividad financiera.

La ex entidad financiera ha solicitado la apertura del concurso preventivo, denunciando como patrimonio el mencionado "residual" ya que los pasivos adeudados a los depositantes y su valor equivalente de activos han sido transferidos a una entidad que es quien hoy esta desarrollando la actividad financiera que antes cumplía el Banco Bisel S.A. Esta reestructuración de la entidad, admitida ahora por la Ley específica (artículo 35 bis) impone una nueva interpretación del sistema de liquidación de entidades financieras, si bien la doctrina hasta la sanción de la Ley 21.526 desechaba la posibilidad del concurso preventivo de una persona que hubiera actuado como entidad financiera, ya que su quiebra estaba prohibida, a partir del año 1977 tal doctrina como fuera formulada he perdido consistencia.

Modificado el régimen de liquidación por la incorporación del artículo 35 bis, exitoso como antes se ha dicho en este caso, también cabe una nueva interpretación, del citado sistema, ya que en virtud de ese proceso de reorganización la actividad financiera antes desarrollada por el Banco Bisel S.A. es cumplida hoy, por otro sujeto de derecho autorizado a funcionar como tal. Claramente el Banco Bisel S.A. ha pasado a ser, irrevocablemente, una ex entidad financiera. Siendo así, existiendo una norma permisiva en el régimen especial a favor de las ex entidades financieras y habiendo sido modificado tan profundamente el régimen de liquidación de entidades financieras por sucesivas reformas, corresponde derivar la solución de esta petición al régimen general sobre concursos y quiebras de la Ley 24.522.

El derecho concursal argentino afirma una tendencia muy nítida a favor de la mayor amplitud de los sujetos concursables y no excluye expresamente entre los sujetos no susceptibles de ser declarados en concurso a las ex entidades financieras (artículo 2, Ley 24.522). en la doctrina se ha defendido la posibilidad de presentación en concurso preventivo de una ex entidad financiera y mas recientemente, el Señor Juez titular del Juzgado N°13 Civil y comercial, Concursos y sociedades N°1 de la ciudad de Córdoba, Dr. Carlos Tale, ha resuelto en el mismo sentido, en fundada sentencia que lleva el numero 660 del 23 de octubre de 2002, en autos: "Banco Suquia S.A., s/concurso preventivo".

El proceso concursal preventivo de una ex entidad financiera, posee muchas garantías para los acreedores y terceros, lo que resulta acentuado aún mas cuando ha sido aplicado en forma exitosa la reestructuración en resguardo del crédito y los depósitos bancarios (artículo 35 bis).

En consecuencia, en base a las consideraciones que anteceden, el Dr. Ricardo Walter Heitz, Juez del Juzgado de Primera instancia de distrito civil y

comercial de la 9ª nominación de la ciudad de Rosario, decide hacer lugar a la petición de concursamiento de la ex entidad financiera Banco Bisel S.A.

2 - El pedido de homologación de Acuerdo Preventivo Extrajudicial del Banco Hipotecario S.A.

El presidente del directorio del Banco Hipotecario S.A., solicitó en el año 2004 la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial arribado con sus acreedores quirografarios financieros. Recordemos que quien lo solicita es una institución financiera regida por la Ley de entidades financieras 21.526 y sus modificaciones.

Por ello pone de relieve que el Acuerdo preventivo extrajudicial no es un tipo de concurso preventivo que se rige por las reglas propias a las cuales, en forma complementaria y supletoria, se le aplican algunas normas concursales. En segundo lugar que la utilización del acuerdo preventivo extrajudicial por una entidad financiera no es incompatible con las prescripciones contenidas en la Ley de entidades financieras.

En los fundamentos del pedido, se expone que según la doctrina, el Acuerdo preventivo extrajudicial es un contrato o conjunto de contratos que el deudor celebra con parte o la totalidad de sus acreedores, que puede ser sometido a homologación judicial con el objetivo de proyectar los efectos al resto de los acreedores comprendidos en la reestructuración de la deuda. No se trata de un proceso sino, en caso de ser sometido a homologación, de un procedimiento tendiente a hacer oponible el acuerdo respecto de los acreedores que no lo suscribieron. La característica contractual del Acuerdo preventivo extrajudicial, dentro de un proceso "no universal", es su proyección a los terceros no participantes.

Explicita claramente que el Concurso preventivo y el Acuerdo preventivo extrajudicial son dos institutos diferentes, expone que el legislador quiso diferenciarlos claramente a pesar de encontrarse ambos dentro del Título II de la Ley de Concursos y quiebras. Asimismo del propio texto de la Ley de concursos y quiebras surge que el Acuerdo preventivo extrajudicial no estaba limitado a los sujetos concursables. Manifiesta que un criterio amplio debe imponerse en la interpretación del Acuerdo preventivo extrajudicial, ya que la finalidad perseguida fue facilitar la superación de las crisis económicas.

El Banco Hipotecario reestructuró la totalidad del pasivo financiero quirografario y celebró un acuerdo con sus acreedores titulares de obligaciones negociables y bancarias que obtuvo un amplio consenso. El objeto de esta presentación de pedido de homologación es obtener la declaración de oponibilidad del acuerdo a la minoría de acreedores comprendidos que no participaron en él a través de su homologación judicial.

El Acuerdo preventivo extrajudicial al ser incorporado a la Ley de concursos y quiebras presentó dudas con respecto al tema de su coherencia con la Ley de entidades financieras, cita en el artículo 50, así el Acuerdo preventivo

extrajudicial de una entidad financiera debe sujetarse en su ejecución a las disposiciones de la Ley de entidades financieras. Explicita los motivos y finaliza exponiendo que de la sustancial e insoslayable diferencia entre el concurso preventivo y el Acuerdo preventivo extrajudicial podemos concluir que este último no resulta alcanzado por la prohibición contenida en el artículo 50 de la Ley 21.526.

Expresa que al procederse a la reforma de la Ley de entidades financieras se mantuvo la limitación original del artículo 50 (que sólo habla de concurso preventivo y quiebra). Esta sanción ya vigente en el acuerdo preventivo extrajudicial creado por la Ley de concursos y quiebras según versión de la Ley 25.589, debe ser interpretada en el sentido que el legislador no quiso comprender el citado instituto dentro de las prohibiciones.

Cita jurisprudencia y modos de interpretación de la ley, expone antecedentes, cita que existe pago, explicita coherencia contractual e imposibilidad de quiebra por nulidad o incumplimiento. Deja aclarado en varias oportunidades que los depósitos no se ven afectados por el acuerdo preventivo extrajudicial.

Se describen los antecedentes del Banco Hipotecario, reestructuración y privatización, objetivos, servicios prestados, estrategia de negocios a corto y largo plazo, estado patrimonial, composición accionaria, etc. También hace referencia al desarrollo de la actividad financiera en la Argentina y la situación económica del país y su incidencia en el banco. Se desarrolla la propuesta de reestructuración y se expone el procedimiento para la obtención de las conformidades.

El pedido encuentra sostén en la inaplicabilidad de ciertas normas de la Ley de concursos y quiebras a los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial homologado dado que la entidad que solicita la homologación es un banco encuadrado en la Ley de entidades financieras, ley que incluye disposiciones expresas derogatorias del derecho común para el supuesto en que se de una situación concursal. Entre ellas los artículos 50, 51, 52 y 53 de la Ley de entidades financieras, que establecen una clara derogación de las normas concursales, tornando específicamente inaplicables las previsiones de los artículos 61 y 63 de la Ley de concursos y quiebras con relación a las entidades financieras. Por último, requiere la homologación del Acuerdo preventivo extrajudicial celebrado por el Banco Hipotecario S.A. con sus acreedores quirografarios financieros.

Con ulterioridad se presentan sujetos que invocan su calidad de acreedores objetando la presentación en acuerdo preventivo extrajudicial del Banco Hipotecario S.A.

Resumiendo, el cuestionamiento se basa en decidir si una entidad financiera sometida a la Ley 21.526 puede recurrir al acuerdo preventivo extrajudicial regulado en los artículos 69 a 76 de la Ley 24.522. el Dr. Ángel O. Sala, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N°14 Sec. 028, se pronunció negativamente, acorde con las consideraciones que se explican a continuación.

Con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial, al margen de algunas consideraciones previas que pudieran formularse lo cierto es que el instituto ha adquirido un perfil particular desde la sanción de la Ley 25.589 que estableció en su artículo 18 la obligatoriedad del acuerdo homologado para todos los acreedores (artículo 76 y su remisión al artículo 56 del ordenamiento falencial). Esta disposición que no existía con antelación a la sanción de dicha reforma positiva, y sin dudas dotó al instituto de un perfil netamente concursal.

Caracterizada doctrina ha señalado al respecto que un nuevo acuerdo preventivo extrajudicial surge de mezclar la base residual de la Ley 24.522 con los nuevos preceptos de la Ley 25.589. En definitiva, sobre el viejo acuerdo preventivo extrajudicial se edificó el nuevo; un verdadero mix que ha causado un fuerte debate en la doctrina en la configuración de este instituto.

Desde tal reforma no parece convincente sostener que se está en presencia de un contrato que produciría efectos respecto de terceros no participantes. Puede concluirse que más allá de sutilezas formales, lo que la ley llamó “acuerdo preventivo extrajudicial” podría también denominarse “concurso preventivo extrajudicial”. Ello al menos en tanto y en cuanto se comparta la tesis primordial de este estudio en el sentido de que la figura regulada por los artículos 69 y siguientes es una subespecie del concurso preventivo propiamente dicho.

Jurisprudencialmente se ha dicho que el acuerdo preventivo extrajudicial es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo.

Pero aun cuando no se compartiera la tesis referida y se inscribiera al acuerdo preventivo extrajudicial en una perspectiva contractualista el resultado final no se alteraría. El acuerdo preventivo extrajudicial, al ser una figura tendiente a evitar un concurso, no es una institución concursal, estando marginado del elenco de los procedimientos concursales. Después de todo, es un mero acuerdo de base contractual celebrado para evitar el procedimiento de concurso preventivo o de quiebra. Y si así fuera, podría ser pensado también que al no implicar el acuerdo preventivo extrajudicial el concursamiento del sujeto deudor las limitaciones subjetivas resultantes del citado artículo 2 de la Ley de concursos y quiebras no le serían aplicables, ya que ellas están concebidas para funcionar en situación de concurso. No es esa sin embargo, una inteligencia correcta del asunto. Si bien el acuerdo preventivo extrajudicial no es uno de los “concursos regulados en esta Ley” a que alude el artículo 1 de la Ley de concursos y quiebras, ni con su virtud el deudor puede ser considerado “en concurso”, conforme la expresión del artículo 2 de la Ley de concursos y quiebras, sin dudas dicho acuerdo responde a la categoría de institución complementaria del proceso concursal, el cual debe ser concebido como único a consecuencia de la unidad jurídica y económica de la situación que le da origen.

El acuerdo preventivo extrajudicial homologado ha mutado su naturaleza contractual en función del acuerdo entre el deudor y los acreedores, la homologación judicial le otorga efectos similares a los de los del concurso preventivo.

Desde esta perspectiva, hemos dicho que el instituto resurge con una nueva fisonomía jurídica. Las modificaciones lo elevan a la categoría de un “contrato judicial”, una variante del concurso preventivo, un subtipo concursal, un mecanismo alternativo para la prevención o saneamiento de la insolvencia, que tiene como característica peculiar la gestación privada de los acuerdos y un procedimiento reglado tendiente a su homologación.

Con prescindencia del enfoque que se tenga respecto de la naturaleza jurídica del instituto, los distintos autores que en general adhieren a una u otra postura excluyen como sujetos habilitados a recurrir a tal vía a quienes estén imposibilitados de hacerlo en consonancia con la regla que emana del artículo 2 del

régimen concursal. Visto de este modo, sólo podrá recurrir a él quien pueda presentarse en convocatoria.

El acuerdo preventivo extrajudicial no puede considerarse extraño a los procedimientos de concurso preventivo o quiebra. No está fuera de esos procedimientos concursales, sino en el mismo terreno. De ahí que ciertos aspectos propios de aquellos, sean también los propios de todo acuerdo preconcursal.

Y, en tal sentido, uno de tales aspectos propios que se interrelacionan es precisamente el atinente al sujeto deudor que puede celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial, que lo será únicamente aquel que también pueda ser sujeto deudor de un concurso judicial. Dicho ello con otras palabras, no puede acudir al acuerdo preventivo extrajudicial todo deudor que no pueda ser concursado preventivamente o declarado en quiebra.

Entonces se lo someta a no ulterior homologación, únicamente puede ser parte de un acuerdo preventivo extrajudicial el deudor que también pueda ser sujeto de un concurso judicial. La doctrina, en general, está de acuerdo con esto último.

De tal manera, no pueden ser "parte" de un acuerdo preventivo extrajudicial los deudores que se encuentren sujetos a un procedimiento de concurso preventivo judicial, tampoco los deudores cuyo concurso judicial no es admitido por la Ley, por ejemplo, las entidades financieras. Estas entidades pueden ser sujeto de quiebra y aún de liquidación extrajudicial o judicial, pero no pueden recurrir al concurso preventivo y por tanto, tampoco al acuerdo preventivo extrajudicial.

Al margen de lo expuesto es conveniente destacar que por las calidades particulares que tiene la actividad bancaria, está sometida al control del Banco Central de la República Argentina. La existencia de dificultades patrimoniales deben resolverse con apego a las directivas previstas en la Ley 21.526 Ley de entidades financieras. La misma veda la posibilidad de recurrir al concurso preventivo o quiebra (artículo 50). Se ha sostenido que la actividad bancaria es un servicio público, como también se le ha negado aquella calidad y considerado una actividad privada de interés público. Pero más allá de estos enfoques debemos recordar que la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de esencia comercial, hallándose sometida a un régimen jurídico que establece un margen de actuación particularmente limitado. Sólo puede ser ejercida por personas jurídicas que, además, se diferencian de las restantes sociedades comerciales en que requieren autorización para el ejercicio de sus actividades y están sometidas al control del Banco Central durante su existencia. La característica más importante es que se trata de un sistema regulado por el Estado, en el cual no se puede participar empresarialmente de modo libre. En razón de los vastos intereses económicos y sociales involucrados se ha instituido un sistema de control permanente que comprende desde la autorización para operar hasta la cancelación de la misma, y producida ésta, el carácter de orden público inspira el procedimiento liquidatorio de los bancos. La actividad bancaria avanza más allá del derecho comercial y éste resulta insuficiente como continente regulatorio del funcionamiento y de la operatoria de las entidades financieras y de la autoridad de aplicación. En virtud de los intereses públicos y privados comprometidos, ella configura un "sistema" en el que siempre se encuentra como finalidad última la tutela del bienestar general. En razón de ello, la normativa regulatoria de la actividad bancaria reviste en toda su dimensión

ontológica un intenso interés público en atención a que las entidades financieras tienen una singular importancia en la economía moderna por cuanto son depositarias del crédito público y a la vez prestadoras de los recursos acumulados para contribuir al desarrollo económico.

Aún cuando para la presentación en acuerdo preventivo extrajudicial no sea necesario estar en cesación de pagos, la cuestión no se ve modificada, será el Banco Central, mediante los mecanismos previstos en la Ley, quien evaluará la cuestión supervisando y controlando las posibles alternativas para superar esa situación.

Siendo el Acuerdo Preventivo Extrajudicial una subespecie del concurso preventivo no hay dudas de que no puede recurrir al mecanismo las entidades financieras. Por tal razón, tampoco es óbice para esta postura que el artículo 50 de la Ley de entidades financieras no mencione al acuerdo preventivo extrajudicial, dado que dicho acuerdo responde a la categoría de institución complementaria del proceso concursal el cual debe ser concebido como único a consecuencia de la unidad jurídica y económica de la situación que le da origen.

La entidad peticionante justamente sostiene que la actual legislación no prevé la posibilidad de que un banco recurra a una subespecie de concurso preventivo, como lo es el extrajudicial. Se consideró que no es método recomendable, en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional que avenge el riesgo de un formalismo paralizante. Lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente han querido decir, porque encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar en lo que ellas dicen jurídicamente. En esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la Ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación sistemática así lo requiere.

Por todo ello, el 29 de octubre de 2004, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 14 Sec. 028, resolvió rechazar la presentación de acuerdo preventivo extrajudicial del Banco Hipotecario S.A.

3 - El Fideicomiso Suquia

Mediante nota de fecha 17 de mayo de 2002, los representantes del Banco Suquia S.A. se dirigen a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina, informando que dicha entidad se encontraba en una situación de iliquidez que no le permitía cumplir con sus obligaciones.

En razón de lo precedentemente expuesto, solicitaron la implementación del procedimiento previsto en el artículo 35 bis de la Ley de entidades financieras 21.526 y sus modificatorias. En consecuencia, el Banco de la República Argentina procedió a sugerir al Banco de la Nación Argentina que considere la posibilidad de intervenir en un proceso de reestructuración en el marco del artículo mencionado.

De esto, surgieron tres nuevas sociedades anónimas, cuyo capital social sería suscrito en un 99% por el Banco de la Nación Argentina y en un 1% por la Fundación Banco de la Nación Argentina.

Por medio de la resolución N°315/02 del Directorio del Banco Central de la República Argentina, se dispuso la exclusión de determinados activos y pasivos del Banco Suquia S.A. En la misma resolución, se autorizó el funcionamiento de una nueva entidad, denominada "Nuevo Banco Suquia S.A.", la cual fue creada mediante decreto 838/02 del Poder Ejecutivo Nacional. El Banco Central de la República Argentina no formuló observaciones a la constitución del Fideicomiso Suquia, cuyo fiduciario es el Banco de la Nación Argentina y beneficiarios Nuevo Cuyo Suquia S.A. este último es el titular del Certificado de Participación Clase "A", por un monto equivalente a los pasivos privilegiados de Banco Suquia asumidos por la nueva entidad, y Banco Suquia S.A. es titular del Certificado de participación Clase "B", por el equivalente a los activos remanentes, y subordinado a la cancelación del Bono "A".

El 12 de septiembre de 2002, el Directorio del Banco Central de la República Argentina emitió la resolución N° 581/02, mediante la cual tomó conocimiento del estado patrimonial del Banco Suquia S.A. al 21 de mayo de 2002. Dispuso a partir del mismo los activos y pasivos excluidos de dicha entidad y los montos definitivos de los certificados de participación. Los activos y pasivos excluidos, de acuerdo a la resolución mencionada fueron los fideicomitidos, títulos de deuda y otros pasivos.

Con fecha 21 de mayo de 2002, entre Banco Suquia S.A. en su carácter de fiduciante y el Banco de la Nación Argentina, en su carácter de fiduciario, se celebró un contrato en los términos de la Ley 24.441 por el que se constituyó un fideicomiso financiero denominado Fideicomiso Suquia. Posteriormente fue objeto de algunos cambios realizados mediante la firma, el 21 de mayo de 2002, de un Acuerdo Modificadorio y el 18 de junio de 2002, del Segundo Acuerdo Modificadorio. Conforme a los términos de la Ley, el fiduciario deberá ejercer el dominio o la titularidad fiduciaria, administrar y realizar los bienes fideicomitidos a los fines de atender al pago de los Certificados de Participación. A través del contrato de fideicomiso Suquia, el fideicomiso asume a su costo, entre otros, los siguientes pagos:

a) Las indemnizaciones del personal que fuere contratado por el Nuevo Banco Suquia S.A. (con reconocimiento de su antigüedad) y que fuere desvinculado por dicho Banco dentro de los 18 meses siguientes a la fecha del contrato, por la parte devengada con anterioridad a la fecha de transferencia.

b) Todo pago o gastos de causa o título anterior a la fecha de transferencia, que se devengue dentro de los 18 meses siguientes a la fecha del contrato, cuyo pago el fiduciario considere necesario a efectos de mantener el valor de la unidad de negocios o la continuidad de las operaciones necesarias de Nuevo Banco Suquia S.A.

c) Todos los impuestos, tasas y contribuciones que corresponda pagar sobre los bienes fideicomitidos, incluidos los acuerdos con anterioridad a la fecha del fideicomiso, o los que puedan recibirse en pago, como así

también los gastos de conservación y mantenimiento que resulten indispensables efectuar para preservar su valor.

Este fideicomiso tuvo en principio una duración de tres años contados a partir de la fecha de transferencia, los que podían ser prorrogados por dos años más de común acuerdo entre las partes firmantes de este acuerdo y se liquidará cuando ocurra el primero de los siguientes hechos: haya transcurrido el plazo de duración fijado en el contrato de fideicomiso Suquia, se lleve a cabo la realización de la totalidad de los bienes fideicomitados, se concluya con la cancelación total de los Certificados de Participación.

El contrato de fideicomiso Suquia dispone que el fiduciario deberá emitir dos Certificados de Participación, denominados Bono "A" y Bono "B". El Bono "A", cuyo beneficiario es el Nuevo Banco Suquia S.A., será equivalente al monto nominal de los pasivos privilegiados que asuma el Nueva Banco Suquia S.A. por aplicación del artículo 35 bis de la Ley 21.525, más los que se generen posteriormente a Nuevo Banco Suquia S.A. por dediciones judiciales que tengan el efecto de incrementar el monto de los depósitos transferidos. El Bono "A" tendrá una prelación con respecto al Bono "B". La prelación implica no abonar suma alguna al Beneficiario.

La prelación implica no abonar suma alguna al beneficiario del Bono "B" hasta que no se pague la totalidad del Bono "A" (capital mas su renta devengada). Este Bono "B" cuyo beneficiario es el fiduciante, se emitirá por un monto equivalente al remanente de los bienes fideicomitados, una vez registrado el Bono "A". Dicho valor nominal será disminuido en una cantidad igual al incremento del Bono "A" por decisiones judiciales que tengan por efecto incrementar el monto de los depósitos transferidos. El monto nominal de ambos bonos será actualizado a partir de la fecha del contrato de fideicomiso según el CER mas una tasa del 5% nominal, o la tasa de redescuento del banco Central de la República Argentina, la mayor de ambas.

Con respecto a la administración del fideicomiso, a partir de su designación como fiduciario del Fideicomiso Suquia, el Directorio del Banco de la Nación Argentina definió la estructura necesaria para administrar y realizar los bienes incluidos en el activo del citado fideicomiso, respecto de lo cual recibe la colaboración del Nuevo Banco Suquia S.A. Las principales tareas consisten en adecuar los procedimientos operativos y contables, a fin de llevar una administración separada de los activos fideicomitados, preparar y presentar la información a los distintos organismos de control y beneficiarios vinculada con la rendición de cuentas, información contable, régimen informativo exigido por en Banco Central, entre otras, y redactar normas y establecer controles internos que reglamenten y aseguren procedimientos operativos, contables y de autorización adecuados.

Con fecha 15 de julio de 2002, se suscribió entre el Banco de la Nación Argentina, en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Suquia, y el Nuevo Banco Suquia S.A. un convenio de mandato para la administración, gestión y cobranza de la cartera de créditos del fideicomiso por dos años, con opción del Banco de la Nación Argentina de renovarlo por un año mas. Mediante este convenio se le otorga al Nuevo Banco Suquia S.A. mandato para realizar todas las gestiones, actos judiciales o extrajudiciales necesarios para conservar,

mantener, recuperar, defender, obtener o perseguir el cobro y la realización de la cartera de créditos y sus accesorios. El Nuevo Banco Suquia S.A., deberá enviar al fiduciario el detalle de cobros efectuados en forma diaria, y con la misma frecuencia deberá transferir los fondos líquidos que surjan del producido de la cartera de créditos. A partir del 23 de julio de 2002, el Nuevo Banco Suquia S.A., ha rendido diariamente al fiduciario las cobranzas realizadas de bienes fideicomitidos de conformidad al Convenio de mandato para la administración, gestión y cobranza de la cartera de créditos del Fideicomiso Suquia.

La Republica Argentina se encuentra inmersa en un delicado contexto económico, cuyos principales indicadores son un alto nivel de endeudamiento externo, un sistema financiero en crisis y una recesión económica que ha generado principalmente hasta fines del año 2002 una importante caída en la demanda de productos y servicio y un incremento significativo en el nivel de desempleo. En este contexto los poderes del estado adoptaron durante 2002 una serie de medidas que significaron un profundo cambio del modelo económico vigente hasta ese momento. Entre las medidas adoptadas se destacan la devaluación del peso, la conversión a pesos de activos y pasivos nominados en moneda extranjera, restricciones al retiro de fondos del sistema financiero y a las transferencias al exterior y la suspensión en el pago de la deuda publica.

Dichas circunstancias fueron significativamente la liquidez, solvencia y rentabilidad del sistema financiero en su conjunto. Esto ha requerido en consecuencia, la adopción de medidas por parte del Gobierno Nacional y del banco Central de la República Argentina con el objetivo de morigerar los efectos antes mencionados y propender a la restructuración de dicho sistema financiero. Algunas se encuentran en proceso de emisión e instrumentación, especialmente en relación con las eventuales compensaciones por diferencias del pago de depósitos por amparos judiciales y actualización asimétrica de créditos y deudas. Además existe una importante cantidad de demandas ante la justicia contra el Estado Nacional o las entidades financieras cuestionando algunas de las medidas ya adoptadas.

Aun a la fecha, no es posible prever la evolución futura de la economía nacional ni los efectos de la resolución final de las incertidumbres mencionadas precedentemente, por lo que la situación patrimonial y financiera de los deudores del fideicomiso, como así también el valor recuperable del resto de los activos y de la suficiencia del importe de los pasivos, podrían continuar siendo afectados.

Conclusión

Es claro que las entidades financieras que funcionan como sociedades anónimas tienen un objeto único e incluso aunque el objeto se integre con otras actividades independientes de aquellas que requieren autorización para funcionar, el retiro de esta autorización determinara la disolución de la sociedad porque la causal se fundamenta en razones que hacen a la tutela de la fe pública.

Las normas concursales dividen claramente dos procesos distintos: el concurso y la quiebra. El concurso preventivo tiene como objetivo principal el de salvar a la empresa en dificultad y que pueda seguir funcionando nuevamente después de otorgarles por parte de los acreedores plazos o quitas en sus deudas o alguna otra solución concursal de las previstas en la propuesta. No es así en la quiebra que es eminentemente liquidatoria de los activos concursales, incluso indicando breves plazos al síndico concursal para lograr su objetivo, con sanciones para el caso de no cumplirlos.

También las leyes prevén institutos intermedios, ideados con el fin de no llegar a la liquidación de la entidad financiera. Estas incorporaciones a la Ley de entidades financieras han sido un gran aporte, ya que dotan a estos entes de mayores posibilidades en aras de solucionar sus inconvenientes de solvencia o liquidez y continuar funcionando. Además no debe perderse de vista la importancia de accionar en el sistema financiero del país, siendo las depositarias del ahorro público, donde los depositantes han volcado toda su confianza.

El planteo de este trabajo se centra fundamentalmente en analizar estos institutos alternativos a la quiebra. Además, se busca comprender cuales son las causas por las que se genera esta diferencia de criterios de la doctrina e incluso de la jurisprudencia nacional, al referirse al acceso de las entidades financieras a otros institutos previstos en la Ley de concursos y quiebras.

Como se ha explicado, se considera que el concurso preventivo es sólo para la reactivación y posterior funcionamiento de la empresa, entonces no tendría objeto un concurso para reactivar una empresa que no va a poder ser conducida societariamente. Asimismo ocurre con el acuerdo preventivo extrajudicial, que muchos consideran un subtipo de concurso preventivo, y por ello se les niega a las entidades financieras la posibilidad de acceder a sus beneficios.

La mayor parte de la doctrina e inclusive la jurisprudencia sostienen que las entidades en cuestión no pueden acceder a ningún instituto concursal para evitar su quiebra inminente una vez revocada la autorización para operar. Sin embargo existen casos en los que se las ha considerado como cualquier sociedad anónima objeto de un proceso concursal, en vistas a procurarles mayores medios para evitar la quiebra y sobre todas las cosas en defensa del interés público.

Según mi criterio y luego de analizar varios casos que plantea la jurisprudencia, creo que en ciertos casos debería permitirse el acceso de las entidades financieras a otro tipo de soluciones, de esa manera se evitaría el malestar social generalizado que provoca la quiebra de un ente de estas

características. Como se puede ver, en los casos del Banco bisel y Banco Suquia se pudo encontrar alternativas que permitieron asegurar la conservación de los depósitos de los ahorristas sin liquidar el ente. Sostengo que de una manera correctamente reglada y con severos controles por parte de las autoridades se puede brindar estas posibilidades a las entidades financieras, pensando siempre en el resguardo del bien público.

Índice bibliográfico

- **Ley 24522, Concursos y quiebras**, en: InfoLeg Información Legislativa, www.infoleg.gov.ar , sancionada 20 de julio de 1995. Promulgada 7 de agosto de 1995, Buenos Aires.
- **Ley 21526, Entidades financieras**, en: InfoLeg Información Legislativa, www.infoleg.gov.ar , sancionada 14 de febrero de 1977, Buenos Aires.
- **Ley 19550, Sociedades comerciales**, en: InfoLeg Información Legislativa, www.infoleg.gov.ar , texto ordenado por el Anexo del decreto N°841/84 B.O. 30 de marzo de 1984 con las modificaciones introducidas por normas posteriores al mismo, Buenos Aires.
- **Ley 24441, Financiamiento de la vivienda y la construcción**, en: InfoLeg Información Legislativa, www.infoleg.gov.ar , sancionada 22 de diciembre de 1994, promulgada 9 de enero de 1995, Buenos Aires.
- GIATTI, Gustavo J. , “**El concurso de la mesa de dinero**”, en: Rivera, Julio César, Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Concursal, Buenos Aires: La Ley, 234 págs., 2006, p 45-51.
- RIVERA, Julio César , “**La homologación del acuerdo preventivo de “Sasetru” a “Línea Vanguard”**”, en: Rivera, Julio César, Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Concursal, Buenos Aires: La Ley, 234 págs., 2006, p 161.
- ALONSO, Juan Ignacio , “**Pedidos de quiebras pendientes. Interpretación del art. 31 “in fine” de la ley 24.522**”, en: Rivera, Julio César, Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Concursal, Buenos Aires: La Ley, 234 págs., 2006, p 101-111.
- GIATTI, Gustavo J.; ; Alonso, Juan Ignacio, “**La “pars conditio creditorum” y el abuso de la mayoría en el acuerdo preventivo extrajudicial**”, en: Rivera, Julio César, Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Concursal, Buenos Aires: La Ley, 234 págs., 2006, p 201
- RIZICMAN, Leandro J., “**¿Puede el fallido que solicitó su propia quiebra acceder al instituto de la conversión?**”, en: Rivera, Julio César, Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Concursal, Buenos Aires: La Ley, 234 págs., 2006, p 229.
- RIVERA, Julio César, “**El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino.**” *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año L, no. 43, 2005, p. 233.
- RIVERA, Julio César, **Derecho Concursal** en coautoría con Darío J. Graziabile, Carlos Enrique Ribera, Claudio A. Casadío Martínez, José A. Di Tullio, La Ley, Buenos Aires, 2010, 3 tomos, 1600 ps
- ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel. **Ley de concursos y quiebras**. Bs. As. – Sta. Fe., 2.000, 3 tomos, aprox. 1.500 ps.
- HIGHTON Elena I., MOSSET ITURRASPE Jorge, PAOLANTONIO Martín, **Reformas al derecho privado**. Ley 24441, Buenos Aires, 1995, un volumen de 560 ps.

- TORASSA Gustavo, GOMEZ BUQUERIN Gastón, CARASSAI Hernán; **Cramdown**; en: Síntesis Informativa 23/2002 , www.ebullo.com.ar , 6 de junio de 2002
- MAZO Gabriel; **ADEBA Seminario de entidades financieras**; Auditorio del banco Regional de Cuyo, www.adeba.com.ar, fecha: 17de octubre de 2003.
- GOMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO María Lilia; “**Características especiales del APE, sus lagunas y la labor de la jurisprudencia**”, Acuerdo Preventivo Extrajudicial, en: Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, Publicada en noviembre de 2004, p. 36.