



DARÍO J. GRAZIABILE
Director

DERECHO Concursal

PERSPECTIVAS ACTUALES



TOMO II: INSTITUCIONES CONCURSALES CONSERVATORIAS

XI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

IX CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Del 18 al 22 de Octubre del 2021 / UNS / Bahía Blanca / Argentina



Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur
Bahía Blanca, 2021

BIENVENIDOS AL EBOOK

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

EBOOK



TOMO II: INSTITUCIONES CONCURSALES CONSERVATORIAS

XI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

IX CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021



eBooks

Nuevos libros, Nuevos conocimientos.

 /edicionesdyd

 /edicionesdyd

Graziabile, Darío J.

Derecho concursal : perspectivas actuales / Darío J. Graziabile. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-8353-50-0

1. Derecho. I. Título.

CDD 346.078

ediciones
innovación jurídica

dyd

© 2021 - EDICIONES D&D S.R.L.

Av. Córdoba 1522, 3º Piso - Buenos Aires

Tel.: (011) 4519-8204

www.edicionesdyd.com.ar

info@edicionesdyd.com.ar

facebook.com/edicionesdyd

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en cualquier otro idioma.

Impreso en Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

Autoridades Institucionales UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Pamela Tolosa
(Directora Decana)

Sebastián Arruiz
(Sec. Académico)

Marcela Pons
(Sec. Coord. Doc. y Adm.)

Autoridades del Congreso

Darío J. Graziabile
(Presidente)

Mario A. Arruiz
(Vicepresidente)

Santiago Ramos
(Secretario)

Comité de Honor

Edgardo M. Alberti

Héctor Alegría

Julio Cesar Rivera

Daniel Roque Vítolo

Comité Ejecutivo

Marcelo G. Barreiro

Efraín Hugo Richard

Daniel Roque Vítolo

AUTORIDADES



Comité Académico

Ariel A. Dasso
(Presidente)

Francisco Junyent Bas
(Vicepresidente)

Javier A. Lorente
(Vicepresidente)

E. Daniel Truffat
(Vicepresidente)

Ana Alonso, Daniel F. Alonso, Juan A. Anich, Carlos Antoni Piosek, Martín Arecha, Mario A. Arruiz, Edgar J. Baracat, Marcelo G. Barreiro, Gabriel De Las Morenas, Patricia Inés D'Albano Torres, Dolly Bauza, Gabriela F. Boquin, Mauricio Boretto, Luisa I. Borgarello; Claudio A. Casadío Martínez, Eduardo N. Chiavassa, Héctor O. Chomer, Ariel G. Dasso, María Cristina De Césarís, Giovana Cristofaro, Nicolás J. Di Della, José A. Di Tullio, Diego A. Duprat, José Escandell, Gustavo Esparza, Eduardo M. Favier-Dubois, Fernando Games, Horacio Garaguso, Silvana García, Marcelo Gebhardt, Germán E. Gerbaudo, Ernesto I. J. Granados, Darío J. Graziabile, Jorge D. Grispo, Pablo D. Heredia, Mario D. Holand, Aida R. Kemelmajer de Carlucci, Arnoldo Kleidermacher, Ariel A. G. Macagno, Verónica F. Martínez, Héctor J. Miguens, Carlos Molina Sandoval, María Cristina Osso, Ricardo S. Prono, Claudia Raisberg, Miguel A. Raspall, Roberto Reggiardo, Carlos E. Ribera, Guillermo E. Ribichini, Efraín Hugo Richard, Horacio Roitman, Adolfo A. N. Rouillon, Miguel E. Rubín, Sergio Ruiz, Gustavo Salvatori Reviriego, Jorge Sícoli, Lucia Spagnolo, Martín A. Stolkiner, Gloria Torresi, Darío Tropeano, Lidia Vaiser, Juan Carlos Veiga, Julia Villanueva, Marcelo Villoldo.

(Vocales)

H. Osvaldo Chomer – Marina Meijide Castro (Buenos Aires), Adalberto Busetto (La Plata), Carlos A. Ribera (San Isidro) Nora Modolo (La Matanza) Marisol Martínez (Morón) Guillermo Garaguso (Mar del Plata) Indiana Micelli – Silvana García (Rosario) Paula Catelan (Santa Fe) Roberto S. Reggiardo – Flavia Pasqualini (Entre Ríos) María Fernanda Cocco – Carlota Palazo (Córdoba) Gabriel de las Morenas – Gladys Marsala (Mendoza) Nicolás Di Lella (Tucumán) Augusto H. L. Arduino (Corrientes) Patricia Fernández Andreani – Darío Tropeano (Neuquén) Adriana Carriquiriborde (Río Negro) Claudio A. Casadío Martínez (La Pampa) J. Marcelo Villoldo – Florencia Corrado (Sindicatura)

(Coordinadores Regionales)

Comisión Organizadora

Sebastián Almada

(Director)

Emiliano García Bambill

(Secretario)

Guillermo A. Marcos

(Secretario)

Ignacio Cenoz

(Prosecretario)

Gerardo Monzón

(Prosecretario)

DISERTANTES

Internacionales

ANA BELÉN CAMPUZANO - España

DIANA RIVERA - Colombia

DANIELE VATTERMOLI - Italia

GONZALO RUZ - Chile

Nacionales

HECTOR ALEGRIA

MARCELO BARREIRO

GABRIELA BOQUÍN

FLORENCIA CORRADO

EDUARDO N. CHIAVASSA

H. OSVALDO CHOMER

ARIEL Á. DASSO

MARIA CRISTINA DE CESARIS

GABRIEL DE LAS MORENAS

NICOLAS DI LELLA

DIEGO DUPRAT

EDUARDO FAVIER DUBOIS

SILVANA GARCÍA

MARCELO GEBHARDT

DARÍO J. GRAZIABILE

FRANCISCO JUNYENT BAS

JAVIER LORENTE

VERÓNICA F. MARTÍNEZ

MARÍA CRISTINA OSSO

MIGUEL A. RASPALL

EFRAIN HUGO RICHARD

JULIO CESAR RIVERA

SERGIO RUIZ

MARTÍN STOLKINER

E. DANIEL TRUFFAT

J. MARCELO VILLOLDO

DANIEL ROQUE VÍTOLO



Grupo Profesional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

Perfeccionamiento Continuo en la Práctica del Derecho

ÍNDICE

TOMO II

INSTITUCIONES CONCURSALES CONSERVATORIAS

a) Soluciones alternativas de preinsolvencia y prevención rehabilitatoria

CORRADO, Florencia “PAUTAS PARA FORTALECER EL APE”	16
GRAZIABILE, Darío J. - RAMOS, Santiago MEDIACIÓN. UNA HERRAMIENTA EXTRAJUDICIAL ALTERNATIVA PARA LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA HUMANA SIN ACTIVIDAD ECONÓMICA	23
RUIZ, Ricardo A. SOLUCIÓN ADMINISTRATIVA PARA EL SOBREENDEUDAMIENTO DE CONSUMIDORES Y NO COMERCIANTES	29
BARREIRO, Marcelo MECANISMOS ALTERNATIVOS Y CONCURSO DEL CONSUMIDOR	36
PEREYRA, Alicia S. UN PROCESO REORGANIZATIVO PARA EL CONSUMIDOR POR AFUERA DE LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS	43
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT, E, Daniel LA NECESIDAD DE REGULAR PROCEDIMIENTOS DIVERSOS SEGÚN LA MAGNITUD DEL SUJETO INSOLVENTE (OTRA VEZ “DEL TRAJE DE CONFECCION AL DE MEDIDA”)	49
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT E. Daniel LA TRABAJOSA REGULACIÓN DEL CONCURSO MINIMO VISTA SU CONFUSIÓN CON EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR Y LA NECESIDAD DE SEPARAR CAMINOS	54
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT E. Daniel LA DETERMINACIÓN DE ACTIVOS y PASIVOS EN CASO DE PEQUEÑOS CONCURSOS O CONCURSOS MINIMOS	57
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT, E, Daniel PARÁMETROS ESENCIALES PARA LOS EVENTUALES CONCURSOS PLURALES PROPUESTOS POR LOS SUSCRIPTOS	59
PEREYRA, Alicia S. COMO ADECUAR EL CONCURSO PREVENTIVO NORMADO EN LA LCQ PARA QUE RESULTE DE UTILIDAD PARA SUPERAR LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR	62
VANNEY, Carlos E. ¿ESTAMOS PREPARADOS PARA EL TSUNAMI?	67

CAMERINI, Marcelo A. CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y CONCURSO PREVENTIVO DEL CUENTACORRENTISTA. SOLUCION FINAL	73
--	----

b) Diversas opciones del concurso preventivo

GERBAUDO, Germán E. AMPLIACIÓN DE LOS LEGITIMADOS PARA INSTAR UN PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN	79
--	----

DE FALCO, Augusto PROYECCIÓN DE VIABILIDAD PARA UNA EFICAZ SUPERACIÓN DE LA CRISIS. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ART. 11 DE LA LEY 24.522	84
---	----

JURADO, M. Alejandra - CASELLA, Daniel A. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA FIGURA DEL SALVATAJE A LOS PEQUEÑOS CONCURSOS ...	90
--	----

c) Problemas en la conformación del acuerdo

CARRARA, Carlos P. LA RESOLUCIÓN DEL ART. 36 LCQ QUE DECLARA INADMISIBLE UN CRÉDITO: ¿ES DEFINITIVA A LOS FINES DEL CÓMPUTO EN LA EVALUACIÓN DE MAYORÍAS Y BASE DEL ACUERDO?	96
--	----

CELANO, Romina EL PRIVILEGIO OCULTO DE LOS ACREEDORES EN MONEDA EXTRANJERA	103
--	-----

MONZÓN, H. Gerardo EL JUEZ FRENTE AL PLAZO DEL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD EN TIEMPOS DE EMERGENCIA	111
---	-----

RICHARD, Efraín H. - VAISER, Lidia ORGANO SOCIETARIO LEGITIMADO A FORMALIZAR LA PROPUESTA EN CONCURSO DE SOCIEDADES	118
---	-----

CATTELÁN, Paula C. LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD COMO PROPUESTA DE ACUERDO EN ÉPOCAS PANDÉMICAS	123
--	-----

RICHARD. Efraín H. - FUSHIMI, Jorge F. QUITA EN EL CONCURSO DE SOCIEDAD: ¿SIEMPRE ILEGAL?	129
---	-----

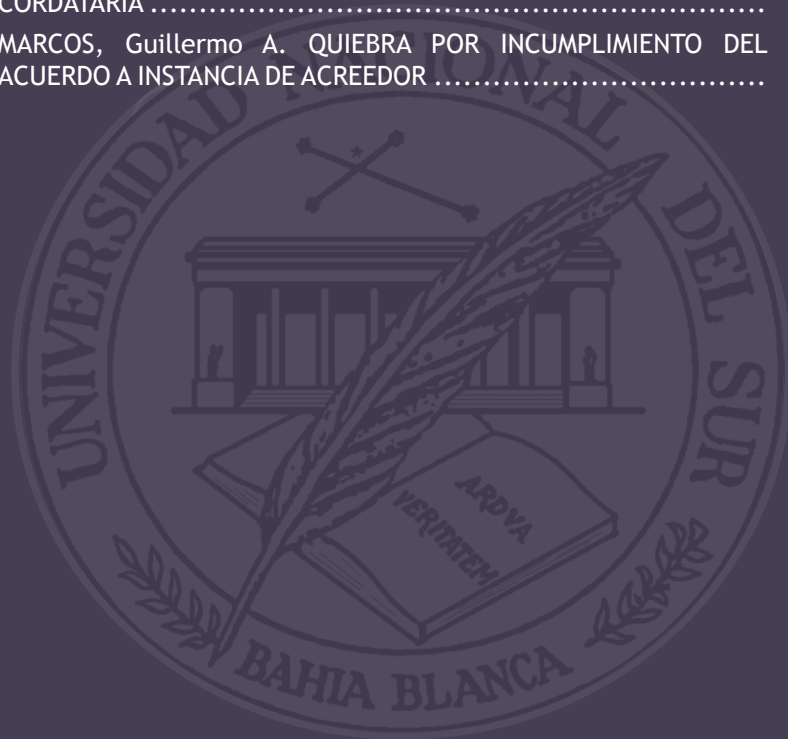
HOLAND, Mario D. RESULTA IMPOSTERGABLE EXIGIR LA INCLUSIÓN EN LAS PROPUESTAS DE ACUERDO PREVENTIVO PAUTAS DE ACTUALIZACIÓN DE LOS MONTOS COMPROMETIDOS A FIN DE CONSERVAR EL VALOR DE LOS MISMOS DURANTE EL TRANSCURSO DEL PLAZO DE PAGO	137
--	-----

HOLAND, Mario D. LA FINANCIACIÓN COMO BASE DE LA REORGANIZACIÓN CONCURSAL Y LA INCORPORACIÓN A LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO DE UN RÉGIMEN DE SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURRENTES A FAVOR DE QUIEN SUMINISTRE DINERO FRESCO COMO MEDIO PARA ALCANZARLA	144
--	-----

HOLAND, Mario D. ALGUNAS SITUACIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A UNA PROPUESTA DE ACUERDO QUE INCLUYE UN RÉGIMEN DE SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURRENTES A FAVOR DE QUIEN SUMINISTRE DINERO FRESCO COMO MEDIO PARA ALCANZARLA	150
VAISER, Lidia, RICHARD, Efraín H. LA SUBSTITUTION SUBJETIVA DE ACREEDORES VERIFICADOS SE ENCUENTRA PROHIBIDA POR LA LEY CONCURSAL	157
GRAZIABILE, Darío J. - CHIAVASSA, Eduardo N. JUSTA INTERPRETACION DE LA UNANIMIDAD DE LOS ACUERDO PARA ACREEDORES PRIVILEGIADOS	164
RICHARD, Efraín H. - FUSHIMI, Jorge F. SOBRE EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y DE LIMITACIONES A ACTOS DE DISPOSICIÓN APLICABLE A LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DEL ART. 45 LCQ.	169
NAGEL, Emanuel VISIÓN DE LA EMPRESA EN MARCHA. LA IMPORTANCIA DEL PLAN DE EMPRESA Y ASPECTOS DE CONSIDERACIÓN IMPRESCINDIBLE EN LA PLANIFICACIÓN Y REALIZACIÓN DE PROPUESTAS	176
PEREYRA, Alicia S. POR QUÉ PRESENTAR UN PLAN EN EL CONCURSO -¿ES EL PLAN MISMO LA PROPUESTA DE ACUERDO A VOTAR?	181
VAISER, Lidia, RICHARD, Efraín H. EL PLAN DE EMPRESA –IMPERATIVAMENTE– FORMA PARTE INTEGRANTE DE LA PROPUESTA DE ACUERDO	188
MAREGA Alexis - LORENZINI Fabián HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO CONCURSAL Y PLAN DE EMPRESA: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?	194
d) Funcionamiento de la homologación y cumplimiento del acuerdo	
MIGUENS, Héctor J. EVALUACIÓN CRÍTICA DEL “CRAMDOWN” DEL CHAPTER ELEVEN DE ESTADOS UNIDOS. BREVE COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ARGENTINO. POSIBILIDAD DE SU TRASPLANTE NORMATIVO	200
MARCOS, Fernando J. LA AUSENCIA DE UN ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA ORGANIZACIÓN EN CRISIS. EL MEREcimiento DE LA TUTELA POS CONCURSAL. EL ESTÁNDAR DE VIABILIDAD	206
RICHARD, Efraín H. - FUSHIMI, Jorge F. ¿CÓMO DECIDE EL DEUDOR, FRENTE A LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO? EL COSTO DE LA INCERTIDUMBRE	215
MARTINEZ, Marisol NOVACION CONCURSAL Y FIANZA	222

PRONO, Javier R. - PRONO, Josefina I. FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ CONCURSAL MANIFESTADAS EN LOS INCS. 2° Y 4° DEL ART. 52 LCQ	229
VANNEY, Carlos E. SI QUEREMOS JUECES ACTIVOS, DÉMOSLE HERRAMIENTAS	236
COSENTINO, Javier NO HAY MOTIVO PARA OBLIGAR AL ACREEDOR A COBRAR MÁS DE LO QUE QUIERE	243
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. -TRUFFAT, E. Daniel IMPOSIBILIDAD DE IMPONER EL DEPOSITO OBLIGATORIO DE LAS CUOTAS CONCORDATARIAS SIN RECLAMO DE ACREEDOR	246
LAMBRECHT, Augusto ¿CUÁNDO ANALIZAR LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO? PRESUPUESTO ACTUAL DE LA LCQ, “TERCERA VÍA” Y PROPUESTAS DE CAMBIO	249
MARTÍN, Lidia R. MAYORIAS IRREALES EN EL PROCESO CONCURSAL ..	255
GIMÉNEZ, Sofía I., SÁNCHEZ, Noelia S. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	260
STOLKINER, Martín A. HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO. PROPUESTA ABUSIVA. INSUFICIENCIA DEL MERITO DE LA QUITA Y ESPERA COMO UNICO FACTOR DE ATRIBUCION. ACTUACIÓN DE LA SINDICATURA	267
ESPARZA, Gustavo A. - FIGUEROLA, Melchor E. ALGUNAS CUESTIONES DE LA RELACION ENTRE EL ABUSO DEL DERECHO Y LA PROPUESTA DE ACUERDO	276
VANNEY, Carlos E. ¿DEBEMOS REVISAR EL CONCEPTO DE ABUSO?	281
HOLAND, Mario D. NECESIDAD DE IMPLEMENTAR HERRAMIENTAS A PARTIR DEL DERECHO VIGENTE PARA OBTENER LA REPOTENCIACIÓN DE LAS CUOTAS CONCORDATARIAS EMERGENTES DE UN ACUERDO YA HOMOLOGADO AL COMPÁS DE APLICAR A SUS MONTOS ALGUNA PAUTA ACTUALIZADORA POR LA DESVALORIZACIÓN DEL SIGNO MONETARIO	287
BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. -TRUFFAT, E. Daniel LA INDEFENDIBLE VEDA DEL ART. 59 LCQ	291
RASPALL, Miguel Á. CONCURSO DE EMPRESAS. LA EMERGENCIA Y LA SUPRESIÓN DE LA INHIBICIÓN CONCURSAL	294
RASPALL, Miguel Á. CONCURSO DE EMPRESAS; RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO Y FACULTADES JURISDICCIONALES	301
GARCÍA BAMBILL, Emiliano A. RENEGOCIACIÓN DE LOS ACUERDOS EN ETAPA DE CUMPLIMIENTO	310

TORRESI, Gloria M. - MORICONI, Damián A. LA RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO UNA NUEVA SOLUCIÓN NO LIQUIDATIVA PARA EL CONCURSADO	317
MARTINEZ, Marisol LA FALTA DE PREVISIÓN LEGAL DE LA RENEGOCIACIÓN CONCURSAL DEL ACUERDO PREVENTIVO	323
ANTONI PIOSSEK, C. Roberto - ANTONIO, Ariel F. REINVENTARNOS. LA RENEGOCIACION DEL ACUERDO HOMOLOGADO Y EL APE CON LOS ACREEDORES POSTCONCURSALES	330
ANTONI PIOSSEK, C. Roberto PRESCRIPCION DE LA CUOTA CONCORDATARIA	337
MARCOS, Guillermo A. QUIEBRA POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO A INSTANCIA DE ACREEDOR	340



DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO II: INSTITUCIONES CONCURSALES CONSERVATORIAS



SOLUCIONES ALTERNATIVAS DE PREINSOLVENCIA Y PREVENCIÓN REHABILITATORIA



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

PAUTAS PARA FORTALECER EL APE

CORRADO, Florencia

I.- Introducción

El APE es un instituto concursal¹ previsto dentro de la ley 24.522 LQC, en su Capítulo VII. Este procedimiento sería una clara alternativa reabilitatoria contra la insolvencia que permitiría reestructurar rápidamente los pasivos si se realizan ciertas modificaciones al mismo y permitiría al deudor una rápida reinserción en el mercado para convertirse nuevamente en una persona jurídica/humana productiva que satisfaga las necesidades de bienes y/o servicios de la comunidad y permita conservar las fuentes de trabajo en beneficio de la misma.

Comienza como una negociación privada entre deudores y acreedores. Es un contrato bilateral de carácter transaccional, con libertad de contenido, que privilegia la autonomía de la voluntad y debe estar aprobado por la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total.

Luego se somete a homologación judicial y se convierte en un acto procesal con efecto *erga omnes*. Es oponible a los acreedores no concurrentes y no debe afectar el orden público. Por esto, flexibilizar las mayorías no sería una opción.

A continuación, se realizará un análisis FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas) que permitirá obtener un diagnóstico estratégico del instituto del APE con el objetivo de entender el proceso, ver cuáles son los puntos críticos que deben eliminarse con las reformas propuestas, qué cuestiones lo afectan desfavorablemente, qué puntos a favor lo benefician y optimizarlos para beneficio del país.

II.- Fortalezas

1. Presupuesto objetivo dual: se anticipa a la cesación de pagos previendo una instancia anterior con mayores posibilidades de

¹ Darío J. Graziabile (2007). Acuerdo Preventivo Extrajudicial. El llamado APE. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, tomo 222, página 3.

éxito ante “dificultades económicas o financieras de carácter general”.

2. Proceso más económico:
 - Gastos: aportes del letrado, edictos (alcanza con lo previsto en la ley, pero el juez podría ordenar al extranjero u otras jurisdicciones), los acreedores no pagan arancel, no existen honorarios del síndico porque la ley no prevé su intervención. Pero ante una oposición hay riesgo de apertura a prueba con altos costos de honorarios periciales que no cubren las necesidades del proceso.
 - Honorarios del letrado del deudor eventualmente se rigen por el convenio de cuota litis y habrá una regulación procesal sin tomar en cuenta el valor económico comprometido en el acuerdo ni el monto del crédito del impugnante. En caso de oposiciones, se calcularán teniendo en cuenta la importancia, la extensión, la complejidad del acuerdo y la entidad de los trabajos realizados por los profesionales.
 - Tasa de justicia al presentarse el pedido por un monto indeterminado, dado que el hecho imponible es instantáneo, pero al momento de su homologación deberá abonarse la diferencia sobre el monto definitivo y la AFIP concede plan de pago de hasta 10 años, pero no le es aplicable la tasa reducida.
3. Acreedores involucrados: en principio, solo quirografarios y laborales que ante el SECCLO renuncian a su privilegio. Podría, de querer el deudor, haber una propuesta para privilegiados.
4. Plan de pago de la AFIP: la RG 4.341/2018 les permite, una vez homologado el acuerdo, adherirse a un plan de facilidades de hasta 60 cuotas, mensuales, iguales y consecutivas, cumpliendo ciertos requisitos.
5. Plazo breve: en comparación al concurso preventivo, el APE demanda plazos menores, siempre y cuando no existan oposiciones y no sea necesario convocar a asamblea de bonistas (art. 45 bis LCQ). En un caso simple, el deudor presenta el pedido de homologación, el juez ordena publicar edictos por 5 días, los acreedores pueden oponerse dentro de los 10 días de la última publicación, el magistrado abrirá a prueba por 10 días y luego tendrá otros 10 días para dictar resolución homologando el acuerdo con los efectos del concurso (art. 56 LCQ). Los días

son hábiles judiciales, por lo que se calcula que el proceso normal, sin que haya que convocar asamblea de obligacionistas (art. 45 bis), dura aproximadamente 60 días. En cambio, los concursos preventivos llevan, entre periodo informativo y de exclusividad, un año calendario que, por la pandemia, fueron prorrogados por hasta 180 días *extra legem*.

6. Menores requisitos formales: los de una demanda (art. 330 CPCCN) más ciertos documentos certificados por contador público. El juez debería otorgar un plazo para reunirlos ante causa fundada (art. 11 LCQ).
 - Un estado de valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha (similar al inc. 3 del art. 11 LCQ).
 - Un listado de acreedores y documentar que no existen y un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena (similar al inc. 5 del art. 11 LCQ).
 - Enumerar los libros de comercio y de otra naturaleza (similar al inc. 6 del art. 11 LCQ).
 - El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados para determinar si se encuentran reunidas las mayorías que habiliten su homologación. Los acuerdos pueden celebrarse en un mismo acto o en varios actos sucesivos, incluso a distancia (art. 1.118 CC) con un contrato por correspondencia o ahora por algún medio telemático, y luego ser plasmado por escrito.
7. Contrato flexible: el contenido es flexible mientras se sujete a las condiciones de cualquier contrato, es decir, lícito y posible y no provoque un daño a terceros. ¿Podría el juez considerarla abusiva? Entiendo que no, porque aplica el principio de la autonomía de la voluntad. Art. 71 LCQ, las partes pueden pactar libremente el contenido de la propuesta, pero pudiendo beneficiar más a unos acreedores en perjuicio de otros, eludiendo *la par conditio creditorum* (igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones)².
8. Mayorías necesarias: doble, la mayoría absoluta de personas que

² Adela Prat (2013). La Sala B denegó la Homologación de un APE por ignorar el principio de la *pars conditio creditorum* al proponer la categorización de acreedores y por importar un ejercicio abusivo de sus derechos por parte del deudor al imponer una pérdida excesiva a algunos acreedores (CNCOM Sala B, Geprin S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial Expte. 61156/2008).

representen por lo menos las 2/3 partes de pasivo quirografario total registrado alcanzadas al presentarse, pero algunos fallos indicaron que no existe un plazo perentorio para su obtención, como en la causa de Cablevisión.

9. El deudor conserva su imagen: hasta tanto no se homologue, no se registra en juicios universales, el deudor no es inhibido, mantiene la administración y disposición de los bienes y no se encuentra limitada ni vigilada por ningún funcionario, no genera desconfianza, no tiene riesgo a que los bancos le cierren las cuentas, puede continuar con su operatoria normal, por lo que le da tranquilidad al deudor y le permite mantenerse en el mercado. Pero la etapa de cumplimiento no estaría garantizada, riesgo que soportan los acreedores, salvo se pacte en alguna de las cláusulas del acuerdo y el juez ordene alguna medida al respecto.
10. Efectos:
 - Si no homologa (por falta de mayorías o la propuesta es abusiva o en fraude a la ley (art. 52 inc. 4 LCQ), el deudor puede concursarse, el acuerdo es válido entre partes, gana tiempo, aunque perjudicaría a los acreedores.
 - Si homologa, es oponible a acreedores no concurrentes (art. 56). Es recomendable una propuesta a esa categoría y tendría los efectos de la novación (art. 55) –incluirlo en cláusula– y, si incumple, quiebra por la remisión que realizan los arts. 76 al 63.
 - Suspensiones: ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones del artículo 21 LCQ.

III.- Oportunidades

1. Convalidación de EE. UU. de los efectos del APE: el Dr. Sergio Ruiz analizó la causa de Multicanal S.A. donde el tribunal americano otorga eficacia transfronteriza al APE porque resulta un procedimiento aceptable que protege el debido proceso y el derecho de los acreedores, y es muy similar al *prepackaged plan*, pero nuestra normativa no permitiría el reconocimiento de una sentencia de un *prepackaged plan*, dado que no existe

la reciprocidad que requiere el art. 4 LCQ³.

2. Necesidad del “instituto”: ante la crisis económica generada por la pandemia, el país necesita de un procedimiento rápido que permita a las empresas viables seguir adelante.
3. Posibilidad del juez de designar un síndico: el síndico es la persona más idónea porque tiene experticia en empresas insolventes, un posgrado que le brinda mayores conocimientos y facultades instructorias. El APE es un instituto concursal, inserto en la LCQ, que es una materia específica, y un perito puede no encontrarse familiarizado con procesos de insolvencia o de crisis de pasivos. La selección que hacen las cámaras para el listado de síndicos es más exigente que la de peritos. De hecho, para ser síndico se requiere una antigüedad mínima en la matrícula y determinada experiencia. Ante la magnitud de ciertos procesos, puede ser aconsejable designar un síndico A con cierta estructura que no tiene un perito. El perito solo se limita a ver documentación contable y no investiga más allá. Si los libros están mal llevados o directamente no tiene libros, difícilmente pueda certificar algo que le dé certeza al juez de que no existen más acreedores y que los que están no son ficticios. El perito, a diferencia del síndico, no está capacitado para verificar si se dan algunas situaciones encuadradas en el artículo 52 de la LCQ (fraude o abuso). La sanción al síndico es mucho más grave que la de un perito, por lo que la propia ley entiende la importancia de su labor y su nivel de responsabilidad.

IV. Debilidades

1. Aplica periodo de inhibición de los artículos 31 y 59 LCQ: no pueden pedir la homologación de un APE aquellos que están dentro del año en que se les ha rechazado o desistido un CP y existen pedidos de quiebra pendiente, y de declarado cumplido un acuerdo preventivo u otro APE (Dr. Graziabile).
2. No pueden pedir un APE los que se encuentren en quiebra (art. 10 LCQ) o en concurso preventivo, atento el principio de unidad procesal-concursal y el comprobado carácter concursal del APE (Dr. Graziabile).

³ Sergio Gabriel Ruiz (2005). El APE, la reestructuración de la deuda privada y su reconocimiento por los tribunales norteamericanos a propósito del caso “Board of Directors of Multicanal S.A”. Recuperado de <http://www.acader.unc.edu.ar>, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina).

3. Solo frena los juicios de ejecución patrimonial sin garantías reales.
4. No suspende intereses porque no aplica el art. 19 LCQ.
5. No es aplicable a cualquier tipo de sujeto concursable: la ley dice que debe: “Enumerar [...] los libros de comercio y de otra naturaleza”. La información contable es esencial, debe ser exacta precisa y completa, para el juez asegurarse que no existen otros acreedores. El APE no sería aplicable a quienes no lleven contabilidad por no poseer “una actividad económica organizada” y no configurar una empresa (art. 320 CCCN). Sin contabilidad no se puede aseverar la inexistencia de otros acreedores. Este recaudo impediría a una persona humana sin documentación contable respaldatoria solicitar un APE, por más que la LCQ lo habilite como sujeto. El APE no es una solución apropiada para todo tipo de sujetos, como los consumidores sobreendeudados, quienes deberían resolver sus conflictos ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) si ampliara sus facultades, o resolver los conflictos de contenido patrimonial ante el Tribunal Arbitral de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas de cada jurisdicción.
6. No existe pronto pago para el acreedor laboral o aquel que la jurisprudencia consideró hipervulnerable.

V.- Amenazas: cambios en la interpretación de la norma

Las amenazas del instituto surgen de la diferente interpretación de la norma que realizan los jueces y el análisis de los fallos que, a modo de ejemplo, se detallan a continuación.

Principalmente, lo que se destaca de ellos es que, tal como está previsto en la normativa, el APE es un instrumento para cometer fraude y no es aplicable a todo sujeto, porque requiere que el deudor lleve una contabilidad perfecta, clara y transparente, para que el tribunal, sin asistencia de un síndico, pueda homologarlo e imponer el acuerdo a los acreedores disidentes y no concurrentes.

1. Ministerio Público c/ Bs As. Tur S.R.L. s/ Otros - APE s/ Inc. de Nulidad, Expte. 15.171/2013 (ver Expte. 41.911/2003). Juzg. 12/23. CNCOM Sala B. 9/10/2019. Nulidad de la homologación del APE por utilizarse como instrumento para el fraude, ante la existencia de irregularidades y la utilización de acreedores ficticios para alcanzar las mayorías legales.

2. Entre Ríos 1221 S.R.L. s/ APE, Expte. 31.528/2018/CA1, Juzg. 29 Sec. 58. CNCOM Sala C. 9/5/2019. Se rechaza la homologación del APE porque la peticionante reconoce que su propuesta alcanza solo a cierto grupo de acreedores y no acompaña certificación contable que diera cuenta de la inexistencia de otros acreedores registrados, con respaldo contable y documental de esa afirmación.
3. Bugallo, Mario Hugo s/ APE, CNCOM Sala D. 6-4-10 El APE no es una salida viable para todo sujeto concursable.
4. Raiser S.A. s/ APE, Expte. 035851/2009. Juzg. 1/2. CNCOM Sala F. 10/8/2017. El APE es un subtipo concursal por sus efectos donde no existen controles de legalidad y legitimidad para la incorporación del crédito en el pasivo del deudor, sin limitaciones, por lo que es sumamente importante la suficiencia, claridad y transparencia de la información que brinde el apista.
5. Battistini, Gladys Noemí contra Tramanoni, Héctor Rubén. Incidente de nulidad. (Tramanoni, Héctor Rubén. APE) Expte. 30.157 y Expte. 27.278. Juzg. Civ. y Com. 2, Zárate. 15/7/2015. Nulidad del acuerdo homologado porque se encontraba probado que las irregularidades eran de tal entidad que de homologarlo se estaría convalidando una conducta reñida con la finalidad de la ley utilizando al APE como instrumento para el fraude.

VI.- Desarrollo de la propuesta

El nombre del proyecto de reforma de ley que propongo se denomina *remedio de emergencia contra la insolvencia* (REI). Lo propuse tras el análisis de otros proyectos de ley que fracasaron, de otras legislaciones que modificaron sus leyes de bancarrotas, como España, Colombia, México y Perú, y teniendo en cuenta la jurisprudencia mencionada *ut supra*.

El objetivo de las modificaciones al APE es convertirlo en un proceso efectivo, confiable, transparente, ágil y con bajos costos. Esto se logra estableciendo el principio de gratuidad para los gastos de edictos, una tasa de justicia mínima y planes de facilidades de pago de la AFIP para su cancelación, buscando que no sean los costos un impedimento para acceder a la justicia.

En cuanto al articulado del APE, se busca que el deudor sea responsable penalmente por la conservación de la documentación original, su alteración, ocultamiento o falsedad de su contenido; que acompañe un flujo de fondos proyectado junto con un plan de viabilidad que detalle los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en

su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Además, deberá presentar un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento con el fin de proporcionar seriedad. Permitir que se presente sin estar reunidas las mayorías, otorgando un plazo prudencial para su obtención, dar mayor publicidad al proceso (notificando a los acreedores a los domicilios reales y oficiando a los juzgados donde existan causas de contenido patrimonial). En caso de oposición, se designe un síndico según lo previsto en el artículo 253 LCQ con todas las facultades y deberes que le otorga la ley, a fin de dilucidar la verdad y resolver el planteo.

Y, por último, que el acuerdo homologado tenga efectos novatorios, oponible a disidentes y ausentes, sea inapelable y haga cosa juzgada formal y material, salvo dolo, y que el juez pueda disponer las medidas precautorias que considere pertinentes para asegurar el cumplimiento del acuerdo u ordenar el levantamiento de aquellas que impiden su efectivización.

VII.- Conclusión

Es imprescindible que nuestros legisladores cumplan con su deber y aprueben una nueva legislación o, al menos, modifiquen la existente, a fin de dar una respuesta eficiente y a medida de la insolvencia de las distintas clases de deudores. Una alternativa es la que se plantea en la presente ponencia, tras haber realizado un análisis FODA del instituto, con el que se observaron las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas que encontramos en el APE.

MEDIACIÓN. UNA HERRAMIENTA EXTRAJUDICIAL ALTERNATIVA PARA LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA HUMANA SIN ACTIVIDAD ECONÓMICA

GRAZIABILE, Darío J. y RAMOS, Santiago

Ponencia

El problema de la insolvencia de la persona humana sin actividad económica debe resolverse en forma rápida, con el menor costo posible y en el ámbito administrativo extrajudicial, que con el uso de la mediación como herramienta de solución del conflicto se presenta como el más adecuado. Tal procedimiento debe desarrollarse dentro del ámbito de los principios y directivas del derecho concursal, en interacción con el derecho de defensa del consumidor.

I.- Desarrollo

El supuesto que en doctrina se ha llamado *concurso del consumidor sobreendeudado* es técnicamente el concurso de una persona humana sin actividad económica, generalmente un asalariado apremiado patrimonialmente por deudas derivadas del consumo. La cuestión está dirigida a sujetos que no tienen actividad empresarial, personas en relación de dependencia, profesionales liberales, jubilados y cualquier otro tipo de los que por sus características se denominan *consumidores*.

No puede negarse la necesidad de que el régimen concursal sea modificado en estos puntos. La realidad nos indica que no puede postergarse por más tiempo la regulación de verdaderos trámites de los pequeños concursos y la creación de un sistema para los consumidores endeudados o la mediación administrativa extrajudicial.

Se trata de un concurso, patrimonialmente sencillo, aunque socialmente preocupante. El pasivo generalmente se conforma por deudas de consumo y/o financieras para solventar dicho consumo, y el activo se compone por algunos limitados bienes registrales (vivienda y automóvil) y los haberes en el caso de empleado en relación de dependencia o los ingresos “en negro” de los trabajadores informales.

La propuesta es determinar un procedimiento administrativo de mediación con asistencia judicial.

Rubín⁴ se ha ocupado de la medición en los concursos, trayéndonos noticias del derecho comparado. Nos cuenta que el sistema estadounidense es el más avanzado y el de mejores resultados, porque allí convergen una serie de factores que lo facilitan, como la limitación de los recursos judiciales, la afección financiera de los deudores y el pragmatismo de los acreedores. Por ello se busca la mediación, que es más económica y mejora las posibilidades de cobro de los acreedores. También se reducen las situaciones litigiosas que se someten a los tribunales, y se favorece la eficiencia judicial para los casos complejos.

Sostiene que existen tres modelos de mediación, que tienen diversos objetivos: “Si la eficiencia judicial y el costo/beneficio son los objetivos primarios de la mediación, entonces el modelo evaluativo es el más apropiado que parte de la base de un análisis profundo de los méritos de las posiciones de las partes. En efecto, en la mediación evaluativa el mediador, a través de un método similar al que emplean los jueces en las audiencias de conciliación, ayuda a las partes a llegar a un acuerdo destacando la fortaleza y las debilidades de las posiciones de cada una de ellas. En cambio los mediadores facilitadores tienden a crear un ambiente favorable para que las partes en conflicto puedan llegar a una solución. El mediador facilitador trata de poner en claro cuáles son los puntos fundamentales de las partes mientras explora los intereses subyacentes de cada una. En cambio el mediador transformador ayuda a las partes a llegar a un acuerdo a través del poder y el reconocimiento”.

Claramente, el problema de la persona humana sin actividad económica en insolvencia debe recaer en un sistema transformador, que podría asimilarse a la función judicial conciliatoria, para que rápidamente la persona humana quede liberada de sus deudas y reinsertado socialmente en desmedro de sus acreedores, quienes deben hacerse cargo de los riesgos corridos por otorgar créditos por sobre la capacidad económica de la persona.

Los mediadores deben ser verdaderos directores del desarrollo del acuerdo, valorando su conveniencia en resguardo de la persona humana.

Cabe mencionar el proyecto de reformas presentado el 13 de julio de 2011 por la senadora Negre de Alonso, que propone la incorporación para el régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores, entre uno de sus procedimientos la conciliación extrajudicial entre deudor, acreedor y síndico. Lo mismo el proyecto de Vítolo de 2015. También

⁴ “Mediación en los procesos concursales. La experiencia en el derecho comparado y la posibilidad de su aplicación en nuestro derecho”, LL, 2006-E-1283.

existe un proyecto con trámite parlamentario actual que prevé el sistema de mediación administrativa para el supuesto de sobreendeudamiento del consumidor.

La mediación tiene propensión a la autocomposición de intereses, que es lo que debe primar en todo proceso colectivo de insolvencia, y mucho más en el supuesto de personas humanas sin actividad económica. Debe estar signada por el principio protectorio del consumidor y su situación de vulnerabilidad.

El ámbito administrativo de la mediación concursal extrajudicial debiera ser la Oficina de Defensa del Consumidor o similares, en adecuación con las normas de la ley 24.240 y las respectivas provinciales, pues sería antieconómico tener que crear una institución solo para ello. La sede administrativa resulta menos estructurada y con menos impacto psicológico sobre la persona humana, además de ser más económica y mucho más rápida, atento que existe menos burocratización que en la justicia.

El procedimiento debe regularse para el instituto concursal, es decir que debe estar dirigido por los principios concursales, los cuales deben interrelacionarse con las cuestiones dispuestas como directivas de defensa del consumidor, ello, en principio, porque estamos ante supuestos de insolvencia que atraviesa un patrimonio, y por otro lado porque no se trata de endeudamientos derivados de una actividad económica, ya que generalmente tiene origen en relaciones de consumo.

Debe iniciarse un proceso único de mediación conservatorio, a los fines de lograr la homologación de un acuerdo preventivo, y como última opción debe recurrirse al sistema liquidativo limitadísimo, que debe primero centrarse en aquellos bienes que excedan la vida digna del deudor y su familia. La liquidación podrá ser con declaración de quiebra o no.

Como el procedimiento se constituye como único, podrá ser iniciado por el deudor, denunciando a sus acreedores o por algún acreedor, intimándose a la presentación del deudor, quien deberá denunciar al resto de sus acreedores.

Más allá de las peculiaridades que puedan determinarse en relación a las reglas rituales aplicables, puede optarse en determinar que los acreedores no concurrentes perderán sus acciones individuales y el deudor quedará liberado de las deudas respecto a estos, o que ellos quedarán sometidos al acuerdo que se homologue, y su silencio será considerado como respuesta afirmativa dentro de la mediación y la propuesta que surja de ella.

Por supuesto que el acuerdo homologado tendrá efectos de impenibilidad y oponibilidad *erga omnes*.

A los fines de llegar a un acuerdo homologable, como en todo proceso de mediación, el mediador tratará, en un primer momento, de acercar a los acreedores con su deudor, haciéndoles saber la consecuencia por no llegarse al acuerdo a los acreedores y especialmente a ellos, les hará saber la posibilidad de cumplimiento que tenga el deudor; pero el mediador, en estos casos, también deberá tener participación activa para —además de acercar a las partes— poder instarlos a que lleguen al acuerdo tratando de proponer una verdadera autocomposición a los fines de lograr la conciliación entre los involucrados, y siempre haciendo saber la primacía de la protección de la persona humana.

Será pilar fundamental de la mediación el riesgo corrido por los acreedores por la inadecuación del crédito otorgado sin considerar la capacidad patrimonial y de los ingresos del deudor. Para ello, deberá tener en cuenta la capacidad razonable de cumplimiento del deudor, considerando sus ingresos, sin que afecte el nivel de vida digno cubriéndose sus necesidades y en un período determinado, en particular se tendrá en cuenta la capacidad de pago que tenga en relación a sus ingresos.

El acuerdo podría ser modificado a instancia de cualquiera de los interesados, especialmente por el deudor —cuando vea dificultoso su cumplimiento— y por los acreedores —cuando el deudor hubiese mejorado de fortuna—.

En caso de homologación del acuerdo o en el supuesto de que se decida la liquidación, la persona humana debe obtener un rápido *discharge* o liberación de deudas del concursado, perfectamente regulado, determinado concretamente en relación a las deudas incluidas y en referencia a la posibilidad de volver a usar el trámite de mediación para no caer en abuso del derecho. En la liquidación, el concursado no debe ser inhabilitado, sino que —en el momento que pasa del estatus de deudor común al de concursado— se sella su radiografía patrimonial y se impone un *fresh start* inmediatamente luego de iniciado el proceso, ya sea que el mismo se canalice a partir de un acuerdo o produzca la liquidación de sus bienes o eventualmente —por no existir bienes sometidos a liquidación—, se dé por concluido el procedimiento, con una rápida reinserción social y económica de la persona humana. La rehabilitación debe ser inmediata su capacidad de créditos y financiamiento ser reestablecida.

Ese tipo de mediación transformadora eminentemente jurídica debe ser llevada a cabo por un abogado. Pareciera que en este tipo de economía doméstica no existen elementos contables que ameriten la actuación de un contador como mediador en reemplazo del clásico síndico concursal. Por supuesto que —en estos casos— no existe contabilidad, ni actividad económica o empresarial, no hay flujo de fondos ni ninguna administración de relevancia. Las relaciones jurídicas involucradas son sencillas, de la

misma manera que las cuestiones impositivas y financieras. Y todo esto queda subsumido en cuestiones jurídicas, que deben ser solventadas con conocimientos propios de la profesión del abogado, como aquellas referidas al derecho obligacional, contractual, incluso puede haber situaciones que involucren la materia familiar, laboral (como operario) e incluso penal. Sumado a ello, la cuestión estrictamente procesal en la que se desarrolla el concurso. Se trata claramente de una maraña de cuestiones, más o menos complejas, que involucran claramente a todo el derecho patrimonial, con algunos coletazos del derecho extrapatrimonial. Y además, ante la mediación, los abogados son los profesionales formados para este tipo de menesteres.

En estos supuestos, la mediación o el concurso administrativo extrajudicial deberán ser auxiliados judicialmente cuando se requiera el *imperium* del juez y, en ese tópicico, la aplicación de la mediación con la final resolución judicial de homologación del acuerdo logrado ante el mediador no afecta el orden público concursal, o también el requerimiento para que en el supuesto se determine la liquidación, con o sin quiebra, y se proceda a la subasta judicial de los bienes sometidos a ese proceso.

Los diversos efectos que produce cada etapa del procedimiento deben ser claramente estipulados por la ley para disminuir la intervención judicial lo máximo posible y así mantener la economía procesal del trámite administrativo: una mezcla de acuerdo preventivo extrajudicial con un trámite de mediación.

Claramente, con la construcción de un procedimiento sencillo y rápido se logrará una forma de abaratar costos, primando la gratuidad para la persona humana deudora y acelerar tiempos, en estos concursos menores, donde es más importante la persona que el problema patrimonial y concursal.

A los fines de que este procedimiento para la superación del sobreendeudamiento reglado por la protección de la persona humana se desvirtúe y se produzca algún abuso, deben determinarse reglas claras para que un mismo deudor pueda volver a someterse al régimen concursal de mediación administrativa, luego de haber transitado uno anterior concluido.

II.- Conclusión

La reforma en este punto es necesaria. La de los pequeños concursos desde hace ya varias leyes concursales que no los han tratado como realmente corresponde. La de los concursos de las personas humanas sin actividad económica, bajo el mote de *consumidores*, ha sido reclamada por la doctrina y necesita un rápido tratamiento legislativo.

Más allá de la orientación que quiera darse a la reforma, debe ser adecuada para el mejor aprovechamiento de sus buenas intenciones y debe tener como pilar la economía y celeridad procesal, lo que por un lado otorga el trámite de mediación y, por otro, el procedimiento administrativo extrajudicial.

SOLUCIÓN ADMINISTRATIVA PARA EL SOBREENDEUDAMIENTO DE CONSUMIDORES Y NO COMERCIANTES

RUIZ, Ricardo A.

Ponencia

La insolvencia y el sobreendeudamiento, si bien no son sinónimos, suelen ser utilizados como conceptos similares equivalentes, tratando de evidenciar la situación patrimonial a la que se ve sometida una persona cuando no puede afrontar, con cierta normalidad, sus obligaciones. Técnicamente, la diferencia entre estas dos nociones es bastante clara. Mientras que la insolvencia denota la imposibilidad de cumplir con medios regulares de pago, las obligaciones exigibles, lo que supone la existencia de una actividad comercial subyacente generadora tanto de los medios de pago como de las obligaciones que deben ser soportadas con dichos recursos; el sobreendeudamiento es quizás un concepto más específico, pues se traduce en una situación donde la sumatoria de deudas que gravan un patrimonio, generalmente originadas por relaciones de consumo, exceden largamente la capacidad de pago del deudor que no ejerce una actividad comercial, y cuya única fuente de ingreso es un salario o remuneración proveniente de una relación laboral. En este supuesto, se da la paradoja de que el deudor sigue cumpliendo sus obligaciones, o por lo menos no hay un incumplimiento generalizado, pero la carga que importa atender todas las obligaciones hace que los ingresos se vean seriamente disminuidos. Esta problemática presenta ribetes particulares que terminan potenciándola, puesto que parte de una seria afectación a un sector de la población generalmente más débil, tanto económica como socioculturalmente, a la que debe adicionársele la falta de mecanismos legales simplificados que gestionen adecuadamente los efectos adversos de tal situación. En el contexto actual de una marcada constitucionalización del derecho privado, donde los principios y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales resultan prioritariamente aplicables, la gestión del sobreendeudamiento del consumidor mediante un procedimiento ágil y eficaz, que evite el desgaste, la burocratización y los altos costos que suponen las soluciones concursales tradicionales resulta insoslayable.

La normativa legal que impone a la autoridad administrativa arbitrar diversos medios destinados a atender prioritariamente la problemática del consumidor hipervulnerable se convierte en un mecanismo adecuado para dar cumplimiento a tal premisa.

Contexto actual

El contexto actual es sumamente complejo, fundamentalmente a partir de la crisis generada por la pandemia del COVID-19. Particularmente en nuestro país, las expectativas de superar las serias dificultades de índole económica, productiva, sanitaria, fiscal y laboral se ven cada vez más remotas. Las variables económicas se van deteriorando día a día, diluyendo cualquier atisbo de recuperación.

Ante una situación de sobreendeudamiento de una persona que no realiza actividad comercial en forma organizada, ya sea porque trabaja en relación de dependencia o por desarrollar su oficio o profesión como cuentapropista, las dificultades se multiplican, pues se convierten en impedimentos que afectan la subsistencia misma, y no solo del sujeto afectado, sino también de su entorno familiar, llegando al extremo de resultarle imposible satisfacer las necesidades básicas. En este estado, el afectado tiene muy poca capacidad de respuesta, atento a que su posibilidad de recuperación está atada a la suerte del proveedor de trabajo.

En estos últimos meses, el índice de desocupación ha mostrado un considerable aumento y ha llegado a representar más de un 13% de la población económicamente activa (PEA).

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) publicó un informe sobre la cartera morosa de otros proveedores no financieros de créditos (OPNFC), en el cual incluye a aquellas empresas que, sin ser entidades financieras o empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito, se dedican, como actividad principal o secundaria, a ofrecer créditos; y advierte que la cantidad de deudores únicos se sitúa en alrededor de 4 millones de personas. De este total, 2,3 millones de personas también poseen deudas con el sistema financiero. La cartera en situación irregular fue elevada y llegó, en el conjunto de los OPNFC, a alrededor de 36% en el primer trimestre, aunque se verificaron diferencias entre proveedores (ratios más bajos en el caso de las cooperativas y mutuales, y más elevados en el caso de las empresas de venta de electrodomésticos y *fintechs*).

Las tasas de interés promedio del primer trimestre estuvieron entre 113% y 125% para el conjunto de OPNFC. Las cooperativas y mutuales mostraron las menores tasas de interés promedio entre los subgrupos de OPNFC en el primer trimestre de 2020, mientras que las *fintech* presentaron los valores más elevados.

Ciertamente, los datos aportados reflejan una realidad incontrastable y dan cuenta de que los sectores con mayor grado de compromiso patrimonial es el de las personas de medios/bajos y escasos recursos, cuya deuda se origina en el consumo de bienes y/o servicios como destinatarios finales, generalmente mediante operaciones de créditos de alto costo.

Soluciones disponibles

Sin lugar a dudas, el incumplimiento generalizado de las obligaciones o, como en la situación precedentemente descrita, la sobrecarga de obligaciones que afectan los ingresos de una persona al punto de comprometer seriamente su subsistencia con cierta dignidad generan a su vez una distorsión en la economía suficientemente importante como para ser abordada de manera especial.

Es ahí donde deben entrar en juego los mecanismos legales que permitan superar la crisis, atendiendo de la mejor manera los distintos intereses comprometidos.

1. En la Ley de Concursos y Quiebras

La ley concursal vigente dispone de mecanismos concursales clásicos, entre los cuales encontramos el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y la quiebra.

Todos ellos, pensados para la gestión de la insolvencia empresarial, se apartan del objetivo de brindar una solución práctica y eficaz al consumidor sobreendeudado.

Lamentablemente, nuestra ley 24.522 es un instrumento legal vetusto y obsoleto, absolutamente inconveniente para abordar adecuadamente la problemática de la insolvencia y las necesidades que esta actual coyuntura demanda. Si bien no es el fin de este artículo hacer una pormenorizada crítica de sus deficiencias, puede destacarse que el principal punto de conflicto que presenta la legislación concursal vigente radica en el procedimiento previsto, único para todas las personas que demanden su aplicación, sin distinguir la diferente problemática que representa la cesación de pagos de una persona humana no comerciante de aquella que ejerce la actividad comercial profesionalmente, ya sea en forma individual u organizadamente bajo una figura societaria. La experiencia judicial ha demostrado que ello supone una desgastante burocratización del proceso y se transforma en un laberinto legal insuperable para el deudor, ineficaz para el acreedor y ralentizador del sistema; todo ello con un tremendo costo, en dinero y en tiempo, que en nada beneficia a los actores involucrados.

La quiebra fue siempre una cuestión muy sensible, donde se entremezclan deberes jurídicos y morales con el mismo grado de importancia. Últimamente, los procesos liquidativos fueron perdiendo aceptación, no solo debido a su falta de efectividad como método distribuidor de las pérdidas que la insolvencia presume, sino además porque atenta directamente contra la probabilidad de recuperación económica del deudor. De ahí que ha pasado a ser la última alternativa a la cual recurrirse. Por ello, es sumamente necesario contar un procedimiento legal moderno, ágil y —fundamentalmente— eficaz, que mantenga un razonable equilibrio de los intereses comprometidos y le permita al deudor superar el estado de cesación de pagos de una manera ordenada, sin que ello implique transformar en ilusorias las chances de los acreedores de percibir sus acreencias.

Nuestra propuesta

La tutela del consumidor ha recibido un tratamiento legislativo particular, fundamentalmente a partir de su incorporación como derecho individual protegido constitucionalmente. Evidentemente, la impronta de la reforma constitucional del año 1994 hizo que el derecho privado fuera reconociendo la supremacía de los derechos fundamentales en cuestiones que antes no se ponderaban. La doctrina ha denominado este proceso como de *constitucionalización del derecho privado*.

Reforzando esta idea, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dispuso expresamente que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1).

Siguiendo esta línea de pensamiento, ha regulado medulosamente los contratos de consumo con una marcada defensa de los derechos de los consumidores. Consecuentemente, dispuso que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable; y en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (art. 1.094).

En lo que respecta al trato que debe recibir el consumidor, dispone que los proveedores (entendido en sentido amplio y abarcativo de todos aquellos que intervienen en la cadena de comercialización de productos y servicios) deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. Y remarca especialmente la influencia de los derechos fundamentales cuando dispone que la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de

los tratados de derechos humanos. Destaca que los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (art. 1.097).

“Lo que interesa mostrar es cómo se produce un acercamiento del derecho privado hacia los derechos humanos, su teoría y sobre todo su peso retórico, en el campo de los conflictos de consumo, y las transformaciones que para el derecho del consumidor importa este fenómeno”⁵.

Con este plexo normativo de contexto, el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, a través de la Secretaría de Comercio Interior, dictó la resolución 139/2020, de enorme trascendencia, puesto que definió con meridiana claridad la categoría de *consumidores hipervulnerables*.

La noción de vulnerabilidad ha sido cuidadosamente delimitada en las 100 reglas de Brasilia, documento aprobado en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a cabo en la ciudad de Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, y actualizado posteriormente en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Quito en el mes de abril de 2018. En esencia, abogan por una justicia más cercana e inclusiva para los millones de personas iberoamericanas que se encuentran en dicha situación.

En dicho documento, se establece: *“Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los derechos humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales, recomendando a su vez la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”*.

De tal manera, establece: *“Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales

⁵ Sozzo, Gonzalo. El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor argentino, *Revista de Derecho Daños* 2016-1, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 238.

dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Y a renglón seguido, agrega: *"Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad"*.

A los fines de avanzar en el análisis de la problemática que aquí nos ocupa, no hay duda de que ante *circunstancias económicas* adversas se dificulta el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y que la *pobreza* es un factor condicionante y, en la generalidad de los casos, propicia la situación de vulnerabilidad. Tanto las circunstancias económicas adversas como la pobreza son circunstancias que tipifican y caracterizan el sobreendeudamiento del consumidor.

A través de la mencionada resolución 139/2020, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación definió al consumidor hipervulnerable como aquella persona que *"se encuentre en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores"*; considerando expresamente como causas de hipervulnerabilidad socioeconómicas, entre otras:

- 1) ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos (2) salarios mínimos vitales y móviles;
- 2) ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil;
- 3) ser beneficiario/a de una pensión no contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil;
- 4) ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social;
- 5) estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social;
- 6) estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (ley 26.844);
- 7) estar percibiendo el seguro de desempleo; y
- 8) ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (ley 23.848).

Obsérvese que todas las personas descriptas son quienes se identifican con el perfil común de consumidores sobreendeudados.

Y en virtud del reconocimiento legal de la categoría de consumidor hipervulnerable, se encomienda a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo a fin de que arbitre las medidas que crea necesarias para la implementación de la referida resolución; teniendo en consideración, entre otros tantos, los siguientes objetivos y funciones:

- 1) promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables;
- 2) implementar medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables;
- 3) orientar, asesorar, brindar asistencia y acompañar a las y los consumidores hipervulnerables en la interposición de reclamos en el marco de las relaciones de consumo;
- 4) articular la intervención del Servicio de Patrocinio Jurídico Gratuito creado por la resolución 50 de fecha 30 de marzo de 2015 de la ex Secretaría de Comercio del ex Ministerio de Economía y Finanzas;
- 5) realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables.

En esta ambiciosa norma, no podemos descartar la inclusión expresa del tratamiento y la gestión del sobreendeudamiento del consumidor. No vemos en ella ninguna limitación para que, a través de la autoridad administrativa, se tomen medidas que tiendan a tratar la problemática descripta y, a su vez, se dispongan mecanismo de negociación, conciliación o mediación para arribar a una solución que le permita al consumidor sobreendeudado superar esa situación.

Sin lugar a dudas, ello implicará un procedimiento ágil y efectivo que redundará en beneficio de todas las partes involucradas, evitará los altos costos que en dinero y en tiempo implica acudir a las soluciones concursales tradicionales, y permitirá de esa manera el cumplimiento de los objetivos señalados por el legislador que abogan por un derecho privado más humano, en donde se reconozca la primacía de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos por el país.

MECANISMOS ALTERNATIVOS Y CONCURSO DEL CONSUMIDOR

BARREIRO, Marcelo

Ponencia

En los procesos concursales de personas humanas no empresarias, entendemos posible disponer que una vez dictada la resolución del artículo 36 LCQ, el trámite del proceso se suspenderá por un plazo, al solo efecto de instar a las partes (que deberán ser requeridas al efecto), para obtener un acuerdo amigable, dándole forma al procedimiento concursal negocial de manera netamente consensual, con la intervención del síndico como “facilitador”. En estos pleitos el juez debe utilizar el instituto del abuso de derecho a los fines de imponer un acuerdo (exclusión de voto mediante) para el caso de un ejercicio irregular de su derecho por parte de un acreedor⁶.

I.- Introducción

La necesidad de regular un procedimiento especial para el tratamiento de la insolvencia de la persona humana o del consumidor según el alcance o nominación que al fenómeno pretenda dársele es un reclamo a voces de la doctrina desde hace largos años⁷. Asimismo, esta cuestión no

6 Atento la falta de una solución legislativa, volvemos a insistir sobre un planteo realizado hace más de una década en “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado” en el libro de homenaje al Dr. Francisco Junyent Bas, editado por FIdECEC y el Instituto Argentino de Derecho Comercial, pág. 51, Lerner Editora S.R.L., año 2010.

7 En nuestro caso, desde el año 2005 (Comunicación “Concurso mínimo” con un anteproyecto de ley que regulaba el instituto en el “Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal”, organizado por la Universidad Corporación Universitaria de la Costa C.U.C., en Barranquilla, Colombia, 12; 13 y 14 de octubre de 2005, en coautoría con los Dres. Javier A. Lorente y E. Daniel Truffat, y que plantemos como ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de setiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe: a.- “Una propuesta de regulación del concurso mínimo”, Tomo I, pág. 99, Edit. Ad Hoc., entre muchos otros. Ver también *El concurso preventivo del consumidor*, primera y segunda parte. Alicia Susana Pereyra. Ponencia presentada en el VI Congreso argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, *El nuevo sujeto concursal* Hugo Albeto Anchaval, La Ley T. 2010-F, *Los llamados pequeños concursos. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*. Héctor Alegría. La Ley T 2005-E Morcecian, Rubén; La persona humana sobreendeudada:

solo discurre en la doctrina, sino en varios anteproyectos y proyectos de ley que regulaban un procedimiento específico (dentro o fuera de la ley concursal, según el caso). A pesar de lo expuesto, lo cierto es que nuestros legisladores no han considerado necesario tratar la cuestión, más allá de que entendemos que ello “clama al cielo”.

Asimismo, también puede observarse en diversas legislaciones extranjeras⁸, así como en los reclamos de la doctrina nacional⁹ e internacional¹⁰, la

derechos urgentes y deberes pendientes hacia el hombre común, en el libro del X Congreso Argentino de Derecho concursal, VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe, 2018, Tomo 1, págs. 315 y 321 y sgtes., 84. Vitolo, Daniel Roque. Sobre la necesidad de regular de un modo específico un régimen legal que contemple la insolvencia del hombre común. Libro de ponencias del X Congreso Argentino y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Santa Fe 2018. Libro I, pág. 321; Truffat, E. Daniel y Mallo, Rafael “Un proyecto de reforma de emergencia a la ley de concursos y quiebras”, DSCCE, Errepar, Septiembre 2020 que da cuenta del proyecto de “El Arca”.

8 España con su mecanismo de “Segunda Oportunidad” (Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero de 2015), que vino a convalidar la figura del “mediador concursal” (Ley de Mediación Real Decreto Ley 5/2012 de 6 de julio de 2012) como un articulador de las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, Colombia con su Decreto Legislativo 560 de 2020 creo procedimientos en los que se facultó a las Cámaras de Comercio por sí o a través de los Centro de Conciliación mecanismos de mediación para los deudores afectados por la crisis generada por la pandemia. En Brasil la ley 14.112 (del 20 de diciembre de 2020) modificatoria de la ley 11.101 dispone que el administrador judicial deberá en todo proceso “estimar, siempre que sea posible la conciliación, la mediación u otros métodos alternativos de solución de conflictos relacionados con la recuperación judicial y la falencia, respetando los derechos de terceros, en la forma del § 3º do art. 3º de la ley 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Proceso Civil).

9 Ver Lorente, Javier en el libro *Resoluciones Alternativas de Conflictos en la Crisis de la Empresa y el Consumidor*, Reconocimiento a la trayectoria del Dr. Francisco Junyent Bas, Dir. Carlos Roberto Antoni Piossek, Colegio de Abogados de Tucumán, págs. 255 y sigtes., Regueira, Norberto, Truffat, E. Daniel, *Mediación: hipótesis concursales*, Rev. L.L., ejemplar del 8.08.95.

10 True, Roy Bertram, *Brushing up on bankruptcy. What changed in '94?*, Business Law Today, Sept/Oct 1995, ABA Section of Business Law, pág. 13, “Reflexiones desde la perspectiva judicial sobre resolución alternativa de conflictos en procesos concursales de empresas”, Hon. Elizabeth S. Stong. El trabajo original “Some Reflections from the Bench on Alternative Dispute Resolution in Business Bankruptcy Cases”, fue publicado originariamente en el Law Review del American Bankruptcy Institute (ABI). citado por Lorente en “¿Es acaso un delirio reclamar la aplicación de la mediación a la materia concursal?”, en *Revista Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR*, N° 382, Septiembre 2019, págs. 803 a 816. Ver también trabajo del “Grupo de investigación 6: “Funcionamiento de organismos no judiciales con facultades jurisdiccionales en el orden concursal. Mecanismos de mediación concursal” Director: Prof. Dr. Eduardo Jequier Lehuende (Chile), en Estudio de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404 (en Chile la ley 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas “El Superintendente, o quien este designe, actuará en la audiencia de determinación del pasivo como facilitador, ayudando a las partes a adoptar una solución satisfactoria” (artículo 265. II LRLPEP). El caso aplica a la “persona deudora” en oposición a la “empresa deudora”, y el nombre que adopta el texto normativo para caracterizar la función del superintendente en el caso es el de “facilitador” que es el que propusimos en el proyecto de ley de “concurso mínimo” de 2006 ya referido, María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil Cibils, Florencia Rychtenberg Milans en “El innovador rol del mediador en el proceso concursal. La gestión cooperativa de la insolvencia”, *Revista de Derecho* n.º 22 (julio-diciembre 2020) ISSN 1510-

necesidad —o la decisión— de incorporar legislativamente la posibilidad de recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los procesos concursales como modo de atender más adecuadamente los principios de celeridad, economía de costos y de tiempos y propensión a la autocomposición de intereses, que debe primar en todo proceso colectivo de insolvencia. La pandemia puso aún más en claro la necesidad de regular mecanismos que facilitarían la negociación y evitarían un tsunami, reclamo compartido por buena parte de la doctrina que tampoco tuvo consagración legislativa¹¹.

En una clara conjunción entre ambos ítems de la agenda concursal del siglo XXI¹² es evidente que dichos mecanismos alternativos¹³ serían más fácilmente aplicables y de mayor utilidad en los pequeñísimos concursos o “concursos mínimos”.

Nuestro viejo proyecto de regulación del concurso mínimo postulaba la posibilidad¹⁴ —con ventaja de economía de recursos— de unificar todo el andamiaje informativo y negocial, en derredor del accionar de un delegado del Tribunal, al que podría denominarse “mediador”, “conciliador” o “facilitador” (rol que, sosteníamos, bien podría ser encarado por los mismos contadores que integran la lista de Sindicaturas “B” —es decir, síndicos individuales y no integrantes de estudios—).

II. La cuestión

Planteado largamente el escenario de nuestra postura favorable a la admisión de los mecanismos alternativos en los procesos concursales, en especial en los de persona humana (nuestros concursos “mínimos”), no habiendo previsión legal esto sería solo una postulación de reforma legislativa: ¿no existe alguna chance de poder atender estas cuestiones —aunque más nos sea mínimamente— con el texto legal vigente?

Claramente, y así lo postulamos, entendemos que en los procesos pequeñísimos de consumidores sobreendeudados o personas humanas sin actividad empresarial con poco pasivo y pocos acreedores indudablemente sí.

3714 ISSN en línea 2393-6193 DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.vi22.2289>,

11 Más allá de ello, diversos proyectos o anteproyectos fueron en esta sintonía (el proyecto 1924-D-2020 de los diputados Ritondo, Laspina, Tonelli entre otros, propone crear un **procedimiento de reestructuración empresarial simplificada** voluntario, con la participación de un mediador privado, que prevé el *stay* por un plazo de 120 días en su art. 12.

12 La creación y facilitación de mecanismos extrajudiciales o sencillos para negociar es uno de los puntos referidos en la INSOL Global Guide: Measures adopted to support distressed businesses through the COVID-19 crisis.

13 Los que se conocen como ADRs (*Alternative Dispute Resolution*).

14 En sintonía similar lo hace el proyecto Ritondo/Laspina mencionado más arriba.

¿Cuáles son los fundamentos para ello? En nuestro criterio, en el derecho del siglo XXI, a la luz de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) en sus tres primeros artículos, es no solo necesario sino obligatorio realizar una interpretación y aplicación de la ley razonable y adecuada para que el juez “construya” la mejor solución para atender el caso puesto a su consideración.

En dichos tres artículos del título preliminar el CCC determina más claro que nunca que el derecho es un sistema donde el juez construye la solución “razonablemente fundada”¹⁵. Ello, en el marco hoy más vigente que nunca¹⁶ de constitucionalización del derecho privado y en esta suerte de neoconstitucionalismo (el “Estado constitucional de derecho”) con su carga inexorable de **convencionalización** del mismo.

En el marco antedicho y con las circunstancias que nos propuso la pandemia (y las innumerables medidas restrictivas dispuestas a los fines de morigerar sus consecuencias de salud), una nueva realidad alumbró que permitió, en muchos casos, reinterpretar normas preexistentes sin modificar las mismas. En tal sentido, por qué no pensar que lo mismo puede hacerse en el caso propuesto.

Así, si pudimos:

- a) Aplicar derechos de preferencia a favor de los vulnerables (ej. involuntario) por aplicación del CCC, del diálogo de fuentes y de la convencionalización del sistema jurídico nacional;
- b) si digitalizamos los procesos judiciales sin norma legal que lo admita, dando por válidos actos (notificaciones, firma electrónica, oficios vía correo electrónico) que en tiempos de normalidad darían lugar a planteos de nulidades, atento que no contamos más que con firma electrónica (no digital) a esos fines;
- c) si creamos procedimientos verifcatorios no físicos (virtuales) en la pandemia¹⁷;
- d) si dimos valor de presencialidad (por parte de la Inspección General de Justicia y otros registradores) a los actos telemáticos societarios (reuniones de administradores o socios) en la pandemia cuando antes exigíamos presencialidad física so pena de nulidad, sin que hubiera cambio normativo (art. 237 LGS)¹⁸;

15 Mediante la aplicación del “diálogo de fuentes”.

16 Pero planteado claramente desde la sanción de la reforma constitucional de 1994.

17 A partir del caso “Vicentin S.A.”, a lo largo y a lo ancho del país.

18 RG 11 de 2020 de IGJ del 26 de marzo de 2020.

¿no podríamos sostener entonces que uno de los temas esenciales de la agenda concursal del siglo XXI, el sobreendeudamiento del consumidor, pudiera ser atendido con una interpretación superadora de la ley 24.522 (y del pequeño concurso en ella regulado) tal y como la hemos interpretado? Creemos que sí.

En nuestra consideración, están dadas las condiciones para que el juez concursal pueda modalizar el proceso concursal, cuando se trata de uno de una persona humana. El juez en tanto director del proceso (art. 274 LCQ) y en aras de tutelar la dignidad del deudor persona humana¹⁹ (hoy contenida en nuestro art. 743 CCC), debe hacerlo. Este principio no es ni más ni menos que una derivación del principio *pro homine* que Boquin²⁰ sintetiza: “Todo lo expuesto se reduce a una sola afirmación: la persona humana es el centro de protección del sistema jurídico. Este debe ser el punto de partida para cualquier conclusión a la que arribe el intérprete, más aun ante la colisión de normas o principios. Así los criterios de prelación normativos existentes en los arts. 150, 1.709 o el 2.579 CCCN”. Y en ese marco postula un modelo interpretativo amplio que involucre también los principios y valores jurídicos.

Entonces, en nuestro criterio, resulta razonable pensar que los magistrados intervinientes en ejercicio de sus potestades oficiosas inquisitorias e instructorias de dirección del proceso (art. 274 LCQ), con la posibilidad de la aplicación del 278 LCQ y del artículo 36, incisos 2 y 3 del CPCC, podrían disponer dentro del marco de un proceso concursal de persona humana no empresaria la aplicación de mecanismos que intenten la creación de un ámbito que habilite el intento de obtener una solución acordada y consensuada²¹.

- a) Para ello entendemos posible disponer (en el propio auto de apertura del concurso para evitar sorpresas) que una vez dictada la resolución del artículo 36 LCQ, el trámite del proceso se

19 Que viene derivado desde el derecho humano a una vida digna consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Ver asimismo Sanguino Sánchez, J. M. (2003). Por la dignidad del deudor. *Derecho PUCP*, (56), 701-732. (<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.017>), quien nos sorprendió en el Congreso concursal de La Cumbre, año 2000 trayendonos la cuestión. También sobre la dignidad del deudor como derecho humano puede verse: RAS-PALL, Miguel: El derecho concursal argentino en su estado actual, RDCO, Nro.292, Edic.50 aniversario, Abeledo Perrot, Bs.As, set-oct. 2018, pág. 3 y sgte.El propio derecho al olvido regulado en la ley 25.536 es aplicación practica de dicho principio.

20 Gabriela F., en DECONOMI, AÑO III - NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL) 1 “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19”.

21 La resolución dictada el 10 de junio de 2021 en el concurso de “Vicentin S.A.) que dispuso la apertura de un “espacio informativo de participación voluntaria” en dichos autos, con el objeto de acercar a las partes a un acuerdo sin constituir formalmente una mediación.

suspenderá por un plazo²², al solo efecto de instar a las partes (que deberán ser requeridas al efecto) a obtener un acuerdo amigable, y darle forma al procedimiento concursal negocial de manera netamente consensual, con la intervención del síndico como “facilitador”.

- b) En caso de que se entienda que tal circunstancia produciría una demora en los procedimientos, puede subsanarse ello disponiendo que los períodos de exclusividad duren el mínimo de ley, para utilizar el lapso excedente en conceder ese plazo de negociación o conciliación previo en busca de un acuerdo amigable o que dicho plazo de negociación obligada se compute como parte del periodo de exclusividad.

No creemos que tal determinación afecte derecho alguno. En procesos con cuatro o cinco acreedores, con valores de pasivo en juego que no superan más que un par de millones de pesos, y donde muchas veces está en juego la vivienda familiar del deudor, resulta de toda razonabilidad intentar —hasta tanto una reforma legislativa regule un procedimiento propio para el concurso mínimo que responda a las características que hemos referido más arriba— una solución consensuada que permita la construcción de una salida a la situación de insolvencia en la que todos los involucrados se hallen comprometidos. La instancia sugerida (negociación con una conciliación orientada), no causa estado ni agravio alguno.

- c) Y, en tal caso, la conducta de cada uno de los intervinientes expuesta en dicho proceso e informada al Tribunal por el facilitador podrá ser considerada por el mismo para el eventual ejercicio del *cramdown power* o de la **exclusión del cómputo de votos por abuso de derecho** (art. 10 LCQ).

Conforme el Teorema de Coase (aplicado a la insolvencia²³), para el análisis económico del derecho nos permitiría establecer: “siempre que los costes de transacción de la renegociación extrajudicial de la deuda sean inferiores a los mayores costes relativos estimados, directos e indirectos, de la solución concursal, cualquier acreedor racional preferiría eludir la entrada en el concurso judicial”²⁴.

22 Podría ser de 30 días hábiles judiciales.

23 Goldemberg, Juan, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n. 42 Valparaíso jul. 2014 - <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100006> - ESTUDIOS - Derecho privado “Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal”.

24 La recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 refiere: “Clara op-

- d) Si se entendiera que ello importa un exceso en las atribuciones del magistrado —lo que no consideramos que sea así, como se ha visto—, podría instarse a las partes a prestar su conformidad con tal procedimiento de inicio (para el propio deudor al notificarse del auto de apertura) y al momento de insinuarse en el caso de los acreedores, solo haciendo operativo el sistema en caso de ser conformada su participación por todos los intervinientes.

Es en estos procesos menores (*mínimos*, como nos gusta llamarlos) donde entendemos que mejor podrán articularse estos mecanismos consensuales. Resulta de toda utilidad la intervención de un tercero facilitador, con facultades dispuestas al efecto, a los fines de obtener una solución que intente resolver el conflicto plurisubjetivo del modo más equitativo posible. Es en este ámbito de menor cuantía, pero de gran significación social, donde mejor pueden utilizarse mecanismos alternativos de negociación (atento la poca cantidad de acreedores involucrados) y el texto legal actual no creemos sea óbice para intentar lo antes expuesto.

ción por las soluciones prejudiciales, puesto que la Recomendación dice (Considerando 17) que para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas” (la versión oficial en castellano pueden verla en www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf).

UN PROCESO REORGANIZATIVO PARA EL CONSUMIDOR POR FUERA DE LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

PEREYRA, Alicia S.

1. Introducción

A partir de 1995, la ley 24.522 y sus reformas posteriores no alteraron el régimen unificador impuesto por la ley 22.917, manteniendo, en general, la estructura del presupuesto subjetivo. Su régimen se aplica a comerciantes y no comerciantes. La regla general es que pueden ser declaradas en concurso “*las personas de existencia ideal de carácter privado*” –hoy personas jurídicas C.C.C.N., las sociedades en que fuera socio el Estado, cualquiera fuese el porcentaje de su participación en estas sociedades–, el patrimonio del fallecido, los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes radicados en el país y “*las personas de existencia visible*”, hoy personas humanas en el C.C.C.N.²⁵. Respecto de estas últimas, la ley no hace ninguna diferencia. Nótese que antes de la vigencia de la 22.917, la ley refería a “*comerciante*” y “*no comerciante*”. Recién a partir de la unificación introducida en el año 1983, se establecen como sujetos comprendidos a las personas de existencia visible, hoy personas humanas. En cuanto a las personas humanas, la ley no distingue entre comerciante, no comerciante, empleado, desempleado y/o retirado, profesional, banquero, estudiante, docente, etc. Estas cualidades, o cualesquiera otras, no crean en las personas humanas condiciones especiales que pudieran merecer por parte del legislador un trato especial. **Sin embargo, la realidad nos fue mostrando –poco a poco–, que sí existe una *condición de persona cuyos derechos merecen ser especialmente tutelados: el consumidor.*** La modernidad y la revolución industrial, primero y la postmodernidad con la extensión del tráfico comercial y la publicidad, han creado una nueva categoría de sujetos de derecho: los consumidores.

En ocasiones, consciente o inconscientemente, los operadores del derecho sublimamos el derecho objetivo, enalteciendo las normas y los textos, desentendiéndonos de su utilidad práctica, de su vigencia efectiva, de la tutela concreta. Es hora de girar nuestra mirada hacia del derecho subjetivo –de los consumidores y usuarios–, escudriñando

25 Junyent Bas - Molina Sandoval, op cit, pág 49 “Personas humanas según el Proyecto de Código Civil Unificado / 1998.

no solamente si los mecanismos diseñados por las normas son idóneos a fin de lograr los objetivos anhelados por el legislador, sino también si las figuras consagradas en ellas son **instrumentos idóneos para lograr una efectiva y real tutela de los derechos de los consumidores y usuarios**. La efectividad de esa tutela, su fuerza y su potencia depende de todos²⁶. Depende del legislador establecer un marco normativo apto para la protección efectiva de los usuarios, logrando superar las deficiencias y lagunas que acusan diversos textos obviamente perfectibles, y aún derogar y reemplazar aquellos que resultan ineficaces o inidóneos para alcanzar la tan anhelada tutela. Mientras tanto, y cuando el legislador tarda en dar solución a la realidad, depende también de los jueces, dentro de los límites de su propia competencia, crear la jurisprudencia que satisfaga las necesidades de los individuos y vaya mostrando, iluminando y trazando el camino certero que el legislador debe recorrer para lograr una norma eficaz.

2. ¿Quién es el consumidor?

Debemos precisar a quiénes nos referiremos. El artículo 1.092 C.C.C.:

“considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Y agrega:

“queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Por lo que, **consumidor es quien realiza el acto de consumo**. Sus derechos no nacen en esta época; son derechos fundamentales del hombre, inherentes a la persona humana. Ahora que se ven vulnerados, la ley se ocupa expresamente de tutelarlos. La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, ha incluido en el artículo 42, la tutela de los derechos de los consumidores. La protección se aplica al ámbito de las relaciones con los productores de bienes y servicios con la finalidad de la satisfacción de necesidades domésticas o familiares. Las directrices de

26 Andrada, A.D., “Como lograr mayor eficacia, cumplimiento y respeto de la ley 24.240: la acción del estado”, Rubinzal Culzoni Editores en Revista de Derecho privado y comunitario, Sta. Fe, junio 2012, p. 257 y ss.

la ONU de 1985 consagran el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, a la seguridad, a la libre elección, a ser escuchado, a recibir una reparación o indemnización ante reclamos justos, a defenderse y reclamar por cualquier injusticia, al medio ambiente saludable, al compromiso ambiental, a una participación activa.

¿Y por qué es diferente el deudor consumidor? Porque este deudor llega a la situación de insolvencia, no por su actividad empresarial y/o comercial y/o artesanal, sino que sus deudas tienen origen en el consumo. Debe porque ha gastado más de lo que sus haberes le permiten; sus egresos superan sus ingresos, por lo que se ha visto en la necesidad de contraer deudas, que han sido respaldadas por el único bien que compone su patrimonio: su sueldo, o sus ingresos regulares. Las situaciones ordinarias que llevan –por lo general– a este *deudor consumidor* a la situación de insolvencia las podemos focalizar en el uso del crédito, favorecido e incentivado por la publicidad persuasiva, que los estimulan a consumir más, a solicitar créditos para consumo²⁷ a entidades financieras, garantizando los préstamos con el único bien de su patrimonio: el sueldo y la estabilidad de su empleo; lo que les permite pagar –en la mayoría de las veces– mediante el sistema de descuento de haberes: tienen ingresos regulares –haberes laborales o jubilatorios–, con los que pagan los consumos necesarios para asegurar la propia subsistencia y la de su grupo familiar.

3. El consumidor es diferente del pequeño comerciante

El consumidor no es un “pequeño comerciante”. Es una persona humana, no comerciante, ni empresario, ni artesano, con ingresos regulares, que goza de estabilidad en el empleo, cuyo pasivo está formado por deudas que tienen su origen en el consumo, que a la fecha de solicitar su propia quiebra no ha cesado en sus pagos, sino que atraviesa serias dificultades económicas, que no tiene activo que liquidar, solo ingresos regulares y constantes.

4. Soluciones en la Ley de Concursos y Quiebras

Como lo vengo diciendo desde hace el año 2001, *“La normativa concursal no ha establecido un procedimiento especial que permita transitar en forma abreviada el trámite de la falencia, permitiendo que los deudores –en general con escaso o nulo patrimonio–, puedan ejercer el derecho de terminar con una etapa de su vida, rehabilitarse y volver a empezar”*²⁸.

²⁷ Créditos para pagar teléfonos celulares, consumos de tarjetas de créditos, compra de electrodomésticos, préstamos para viajes, son algunos de los detectados en estos procesos.
²⁸ Pereyra, A.S., *“Jornadas Rosarinas de Derecho Concursal”*.

5. ¿Por qué reorganización y no liquidación?

Concurso es una voz genérica que, en nuestro actual sistema jurídico positivo, tiene dos especies: **la quiebra**, que es el proceso enderezado a la liquidación de los bienes del deudor y **el concurso preventivo**, que es el proceso de prevención o reorganización. Y, aunque la quiebra es un proceso cuya finalidad es la liquidación de los bienes del deudor, la **Sección II de la LCQ** (arts. 232 y 233) contempla la posibilidad de “clausurar el procedimiento de liquidación al constatar la inexistencia de un mínimo de bienes desapoderables”; estableciendo que esta clausura importa la presunción de fraude, ordenándole al juez de la quiebra que debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente.

Vemos, entonces, que en la actual legislación un consumidor puede pedir su propia quiebra, que se verá clausurada por falta de activo. Y, como consecuencia de ello, se le instruirá el sumario penal pertinente. A todas luces, esta no puede ser la solución. Es por ello que considero que, **para un consumidor endeudado, la solución debe ser reorganizativa y no liquidativa.**

6. ¿Dentro o fuera de la Ley de Concursos y Quiebras?

Tal como lo dije antes, la normativa concursal no ha establecido un procedimiento especial que permita transitar de forma abreviada el trámite de la insolvencia, permitiendo que los deudores —en general con escaso o nulo patrimonio—, puedan ejercer el derecho de terminar con una etapa de su vida, rehabilitarse y volver a empezar.

En alguna ponencia analicé la posibilidad de transitar el concurso preventivo ideado en la norma respetando estrictamente los tiempos allí establecidos. Sin embargo, vale la pena analizar otra solución por fuera de la LCQ. Porque parece más ventajoso encontrar la solución en un procedimiento especialmente diseñado para el consumidor: un proceso reorganizativo, sencillo, con reducción de costos y gastos, y que le permita al deudor una rápida reinserción para volver a consumir de acuerdo a sus reales posibilidades. **Además, sobre todo**, este procedimiento ayudaría a proteger el **crédito**, porque el deudor pagaría de acuerdo a sus reales posibilidades.

7. Mi propuesta

- Proceso reorganizativo y no liquidativo;
- Establecer —de acuerdo a los ingresos del deudor— cuál es la porción

disponible para satisfacer las deudas. El deudor solo cuenta con la porción disponible para satisfacer a los acreedores.

Cómo se instrumenta:

- Una presentación instrumentada en un formulario en la que el deudor manifiesta que no puede pagar sus deudas con sus ingresos regulares; en la que informe cuáles son un ingresos regulares, cuál es la porción disponible de su haber para pagar esas deudas y en la que denuncie cuáles son sus acreedores;
- Apertura del proceso a simple petición;
- Suspensión de todas las ejecuciones existentes al momento de la presentación y prohibición de iniciar nuevos juicios de cualquier índole;
- Suspensión de intereses;
- Designación de un síndico, quien deberá verificar acerca de la porción disponible que denuncia el deudor y los créditos insinuados;
- Proceso de verificación;
- Determinación de un plan de pagos en base al activo disponible y los créditos admitidos al pasivo concursal. El plazo dependerá del activo disponible y el monto del pasivo. El plan de pago será dictaminado por el síndico, quien deberá presentar una planilla donde expondrá las cuotas mensuales que establecerá en base a una prorrata.
- Homologación judicial de la propuesta de pago, imponiéndola a los acreedores;
- Podría arbitrarse el pago por el sistema de débito automático, asegurando de esa manera los pagos.

8. Costas del proceso

Las costas del proceso deben ser pagadas por el consumidor o el acreedor, según el caso, de las siguientes maneras: homologado el acuerdo, el juez regulará los honorarios de la sindicatura teniendo en cuenta como base regulatoria el pasivo, en un porcentaje del 10%. **El porcentaje parece razonable atento la cantidad del trabajo realizado por la sindicatura, ya que estamos frente a un proceso sencillo y relativamente corto en el tiempo.**

Antes del primer pago, el deudor deberá satisfacer las costas. Y, a partir de ello, comenzará a pagar las cuotas establecidas para cada uno de los acreedores. En el caso de que el deudor no tenga ninguna posibilidad de

pago de los créditos admitidos y se declare la exoneración de las deudas, los honorarios de la sindicatura serán pagados por todos los acreedores admitidos en la proporción de cada uno de los créditos. Esta propuesta respecto de los honorarios a cargo del acreedor no es para nada dislocada. Ya que, si cada uno de los acreedores hubiera optado por ejecutar la deuda, en el caso de que el ejecutado fuera insolvente, deberá cargar con las costas y gastos del proceso.

9. Fundamentos de la propuesta

El *deudor consumidor* que, por diversas razones —que pueden ir desde una equivocada planificación en cuanto a sus gastos a un hecho sobreviniente como un divorcio, una muerte familiar, una enfermedad, intereses excesivos en el financiamiento—, advierte que sus ingresos regulares son insuficientes para satisfacer sus deudas, **debe** poder solucionar su situación sin ser castigado con las penalidades que establece la LCQ para el caso de la quiebra sin activo. **El consumidor necesita un proceso simple y rápido que le permita refinanciar sus deudas de acuerdo a sus posibilidades de pago y superar la insolvencia.** El crédito es uno de los agentes movilizados de la economía y la ley debe propiciar conductas adecuadas que permitan un uso responsable del mismo.

10. Conclusiones

Mi propuesta es la instrumentación de un procedimiento sencillo, no costoso, ágil y efectivo, que permita al deudor consumidor revertir la insolvencia, permitiendo una adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales se pueda alcanzar —también— la satisfacción de los acreedores²⁹. Hace mucho tiempo que esto viene siendo materia de grandes discusiones. Legisladores, jueces, operadores del derecho, economistas, políticos, cada uno de ellos desde su perspectiva, han hecho su aporte. Lo cierto es que —hasta el día de la fecha— un deudor consumidor insolvente tiene un solo camino para superar su situación: la ley de concurso y quiebras.

Es hora de ponernos a trabajar en serio —sin vanidades ni mezquindades— para lograr **la implementación de un servicio de justicia no costoso, ágil y efectivo.**

²⁹ En el “Primer Seminario Argentino - Estadounidense” organizado por la Fundación Justicia y Mercado y la Universidad Notarial Argentina, la Dra. Cecilia G. Morris - Juez de quiebras del Distrito de Nueva York (USA), en una parte de su disertación, claramente remarcó la necesidad de encontrar procedimientos que contemplen ambos intereses: los del deudor y los de los acreedores, remarcando la letra “Y”.

LA NECESIDAD DE REGULAR PROCEDIMIENTOS DIVERSOS SEGÚN LA MAGNITUD DEL SUJETO INSOLVENTE (OTRA VEZ “DEL TRAJE DE CONFECCIÓN AL DE MEDIDA”)

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT, E. Daniel

I.- Introducción

Como se viene advirtiendo desde hace ya mucho tiempo, el derecho concursal se encuentra en crisis, en tanto y en cuanto se ve obligado a modificarse permanentemente para tratar de adecuarse y dar soluciones a una realidad (la del fenómeno de la crisis económica) que se ha transformado en moneda corriente en el mundo³⁰. Dicha dinámica cambiante del fenómeno establecido en el mundo como una constante pone en “crisis” los principios, presupuestos y normas formales y sustanciales del derecho de la crisis y lo abliga a reformularse constantemente para intentar resolver aquel presupuesto fáctico, una vez desatado e incluso detectar su inminencia antes de que se produzca para llegar a evitarlo.

Las importantes crisis económico-financieras que se han instalado en el orbe en las últimas décadas (sobremana a partir de la gran crisis 2008/2009 de las *subprimes* en Norteamérica) han sometido a la materia de nuestro estudio a una suerte de permanente mutación que ha dado origen a una agenda propia sobre la que se viene trabajando fuertemente. Ni hablar con la crisis provocada a nivel mundial por las medidas restrictivas dispuestas para atender la pandemia desatada en marzo de 2020, que han profundizado la crisis económica en los países que ya la tenían y la ha generado en aquellos que gozaban de bonanza económica. Nadie quedó a salvo; ha caído el PBI de más de un dígito promedio en 2020 y se espera algo similar para este 2021. Ello ha originado una serie de modificaciones legislativas en Europa, América y Asia que pretenden dotar de instrumentos adecuados a los mercados para atenuar aquellas consecuencias, y permitir ganar tiempo y condiciones razonables para

30 Como nos gusta recordar, el maestro español Angel Rojo sostiene desde hace décadas que nuestra disciplina se encuentra “en obras”. Ver Barreiro, Marcelo y Lorente, Javier “¿Qué ley de quiebras necesita el país hoy? (La reforma permanente de la ley de concursos y quiebras)”, publicado en la revista *Plenario* de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año I, N° . I, (nueva serie, noviembre de 2002), pp. 48 y ss., Barreiro, Marcelo “La crisis del derecho de la crisis”, en *Libro homenaje a Emilio Beltrán Sánchez del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Edit. Legis, Colombia, 2014, pp. 593 y ss.

dar sobrevida a la mayor parte posible de los actores económicos³¹.

El derecho concursal (único remedio para atender el fenómeno de las crisis de patrimonios —empresarios o de personas humanas—) no ha sido todavía eficaz en cuanto a lograr la medicina para llegar tempestivamente a la crisis ni mucho menos aun de lograr determinar los signos que permiten avizorarla lo más tempranamente posible, a fin de evitarla³². Ese intento de eficacia frente a una realidad en parte frustrante es la que ha generado una directa consecuencia: permanentes modificaciones legislativas que buscan una solución para atender las crisis empresarias o, incluso, para prevenirlas.

Si bien esa búsqueda es necesaria (en realidad indispensable), tanto como profundizar el estudio y el análisis del fenómeno “crisis”, parece claro que las soluciones legislativas vigentes han sido, en mayor o menor medida, insuficientes tanto para prevenir las crisis empresarias cuanto para solucionarlas del mejor modo cuando estas se desatan.

II.- La necesidad permanente de hacer ajustes al sistema concursal

Cual si fuera un organismo viviente, todo sistema jurídico tiene un proceso de desarrollo o evolutivo. Nuestro sistema jurídico concursal ciertamente no es la excepción. Hay dos eventos significativos en nuestra historia concursal más que centenaria.

El primero de ellos, y por cierto el más significativo, fue el que trajo la ley 19.551 al unificar el tratamiento de la insolvencia “civil” junto con el de la insolvencia “comercial”³³. Con indubitable acierto, aquella ley de 1972 (y con alguna mejora incorporada en 1983) estableció que el tratamiento de la crisis de un patrimonio no podía ser diferente cuando el titular de dicho patrimonio fuera o no un comerciante, y tornó así obsoletas las regulaciones del “concurso civil” contenidas en los ordenamientos adjetivos.

El segundo acierto puede atribuirse a la ley 24.522 que, al modificar el artículo 2 del régimen concursal precedente, amplió el espectro de sujetos concursales o concursables, sumando a las personas jurídicas en las que el Estado (nacional, provincial o municipal) formara parte, cualquiera fuera su porcentaje de participación.

31 La guía INSOL ilustra mes a mes sobre cuáles son los principales temas de la agenda para la crisis que los diversos países han generado.

32 El problema de la “tempestividad” o “*timing problem*” sigue siendo una de las búsquedas más profundas y necesarias de la especialidad.

33 Así, el legislador concursal de 1972 logró algo que en otras materias (obligaciones, contratos y sociedades) demandaría otros cincuenta años, hasta el dictado de la ley 26.994 de 2015, con la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación y las modificaciones a la ahora denominada Ley General de Sociedades.

Pero si bien nuestro país estuvo a la vanguardia del derecho concursal comparado (especialmente dentro de Latinoamérica) con aquella ley 24.522 y con las pocas pero muy significativas reformas sancionadas en el año 2002 al calor de una de las peores crisis de nuestra historia³⁴, entró luego en un estancamiento normativo muy claro, que se contrapone no solo con las experiencias legislativas concursales comparadas (especialmente en Latinoamérica), sino con la profusa tarea de la doctrina argentina que siempre se encuentra –quizás motivado ello porque el fenómeno de la crisis es para nuestro país una realidad permanente e incontrastable– a la vanguardia.

Nuestra ley hoy ha quedado antigua, no da soluciones para muchas de las situaciones que la realidad plantea como imprescindibles para una salida de la insolvencia. La temática de la crisis no es –llamativamente para un país que ha hecho de ella una realidad permanente– motivo de interés para los poderes públicos.

Hoy, más allá de que el derecho concursal está abocado a la definición de **nuevos paradigmas**, resulta paradójal que la cuestión no interese al legislador. Entre las indiscutibles necesidades que la reforma integral de la ley 24.522 exige³⁵, una es la de la desaparición de la “unidad de proceso” referida. Sobre esta cuestión venimos bregando desde hace mucho³⁶, y hoy en día casi la doctrina *in totum* ha adoptado el postulado como un dogma imprescindible.

Como dijimos en aquella vieja ponencia³⁷: “Por ello, sostener un único proceso (entender que el denominado ‘pequeño concurso’ constituye en la ley 24.522 un verdadero proceso autónomo que facilita el trámite de la solución concursal es idílico) para resolver todas las situaciones de insolvencia resulta uno de los principales, y graves, problemas que afronta hoy nuestro derecho concursal”. Así, más de 15 años después nos parece útil y necesario volver sobre aquella idea y la consecuente

34 El “nuevo” APE y el pseudo *cramdown power* entre ellas.

35 Hemos agotado ríos de tinta y auditorios diversos con la necesidad de regular el concurso del consumidor o la persona humana, el financiamiento postconcurzal, la verificación electrónica, la posibilidad de plantear concursos para universos pasivos determinados (no todo el pasivo), la modificación del régimen de exclusión de voto, la significación del mantenimiento del actual sistema de privilegios y el reconocimiento de la nueva categoría de los vulnerables (con el acreedor involuntario en ella), la posibilidad de liquidar bienes durante el proceso concursal preventivo como mecanismos de allegar capital para la salida concursal convenida, el impacto de la remediación en el valor de los bienes a liquidar en la quiebra, y un largo etc.

36 Ver de los autores de la presente “Del traje de confección al de medida. Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud”, Tomo I, p. 103, Edit. Ad Hoc, ponencia presentada en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de septiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe.

37 *Ibidem*.

propuesta readecuada a la realidad actual.

III.- Propuesta

Seguimos creyendo que aquel proceso único³⁸ que fue pionero en la legislación concursal en el mundo es hoy un lastre inadmisibles que funciona como un corset y conspira contra una real solución.

Entendemos que debe tener la ley —reforma mediante— un abanico posible de instancias procesales (procesos) a través de las cuales intentar la superación de la crisis, poniendo en cabeza del Tribunal la admisión y encuadre del mismo:

1. Deben darse al juez facultades con pautas flexibles de ejercicios para encuadrar el intento de superación de la crisis en alguno de los procesos previstos por la ley, e incluso por adaptar en cada caso las instancias procesales³⁹.

2. Por ello será el Tribunal interviniente el que, sobre la base de algunas condiciones preestablecidas en la ley⁴⁰, determine cuál procedimiento dentro de alguno de los que debería prever la ley se aplicará.

3. En tal sentido, debe facultarse al juez para:

a) encuadrar en otro de los procesos definidos por la ley a un sujeto en crisis *a priori* destinado a algún procedimiento específico, cuando se advierta que dicho cambio ayuda a los efectos de cumplir el **interés concursal**;

b) o, aun cuando se establezca la aplicación de un tipo de procedimiento incorporando a este —en reemplazo de las propias— algunas de las pautas aplicables en otro de ellos, si resultara favorable para cumplir el mejor fin.

4. El derecho de hoy exige soluciones “**a medida**”⁴¹ de acuerdo a lo que aquí se postula⁴².

Reformulamos lo postulado hace más de 15 años. Así debería regularse:

38 Aquello que fue un blasón en los 80 es hoy un baldón inadmisibles (en dichos de Aida Kermelmajer de Carlucci en su conferencia sobre la insolvencia del consumidor el 5.5.2009 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, en panel compartido con el Dr. Daniel Vitolo y el Dr. Javier A. Lorente).

39 Plazos, utilización de medios alternativos, designación de funcionarios, etc.

40 *V. gr.*: montos involucrados, cantidad de acreedores, cantidad de establecimientos, cantidad de personal.

41 De la deducción a la inducción con la solución del caso mediante el diálogo de fuentes.

42 Allí sostuvimos que ese mundo posmoderno del siglo XXI: “No podía sino suscitar un sujeto (*rectius*: una sociedad) enfermizamente quisquilloso respecto de la justicia ‘en el caso concreto’ —al punto de que la vieja certeza queda siempre descalificada como ritualismo o formalismo y lo que se busca es una solución puntual justa—”.

- a. Concurso básico (en la reformulación del inexistente pequeño concurso de la ley actual).** Este debe ser la regulación *standard* para atender la insolvencia de la mayoría de los emprendimientos (las pymes) de nuestro país. Creemos que deben fijarse como pautas de aplicación de este procedimiento empresas en crisis que no tengan más de 50 empleados y no más de 30 créditos denunciados (una de ambas)⁴³. En él, los plazos e instancias impugnatorias deben reducirse, no habrá comités, la sindicatura será unipersonal, admisión de instancias mediatorias y conciliatorias.
- b. Gran concurso.** Se considerara tal aquel que exceda las pautas fijadas en a.
- c. Mega concurso.** Aquellos a los que por su magnitud no pueden ser apprehendidos ni abarcados por los procedimientos habituales⁴⁴.
- d. Concurso mínimo (hoy concurso de la “persona humana”).** Es básicamente aquel de personas físicas⁴⁵. Es la noción del concurso del consumidor en boga en el derecho concursal de algunos países europeos hoy en día.

43 Entendemos que estas pautas deben ser aplicadas o autorizado el juez para aplicarlas conforme la realidad de cada jurisdicción.

44 En algún caso, en nuestra experiencia tribunalicia argentina, los juzgados intervinientes se han visto obligados a abrir secretarías *ad hoc* con personal asignado al efecto para hacerse cargo del volumen que una causa de este tipo irroga. En la Argentina han sido pocos por la propia realidad económica.

45 El que atiende el fenómeno del consumidor sobreindeudado, que generalmente no tiene ninguna solución en nuestros tribunales y que termina, en la mayoría de los casos, en una quiebra por falta de activo. Sobre una posible propuesta que lo regule, los autores del presente vienen batallando desde el 2005.

LA TRABAJOSA REGULACIÓN DEL CONCURSO MÍNIMO ANTE SU CONFUSIÓN CON EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR Y LA NECESIDAD DE SEPARAR CAMINOS

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT E. Daniel

Ponencia

Es necesario distinguir entre el concurso del consumidor y el “concurso mínimo” (de los pequeños emprendimientos económicos, las asociaciones civiles de mínima magnitud, etc.), a los efectos de articular una adecuada regulación de ambos.

Desarrollo

Hace muchos años que bregamos por un “concurso a medida”⁴⁶ y volvemos sobre el punto con una ponencia simultánea en este mismo Congreso que fija los grandes lineamientos conceptuales que informan la presente⁴⁷.

Esa brega se completó con la necesidad de dar un tratamiento al “concurso mínimo”⁴⁸ —tema donde tenemos el orgullo de haber estado entre los primeros que prestaron atención al tópico—. Es evidente que, si se piensa en normas específicas para un cierto concurso *standard* y la posibilidad de formular regulaciones —o al menos autorizaciones al juez para disponer reglas adaptadas al caso—, tal enfoque se referirá a los concursos de mega empresas globales, de grandes empresas y también de pequeñísimos emprendimientos.

La circunstancia de que ya hace más de un siglo que las empresas de cierta magnitud⁴⁹ ya no se realicen a nombre propio sino a través de sociedades, hace que, por lo general, el tema de los pequeños concursos

46 Estos autores, “Del traje de confección al de medida. Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud”, Tomo I, pág. 103, Edit. Ad Hoc, ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por la Universidad Nacional de Rosario, del 26 al 29 de setiembre de 2006, Rosario, Provincia de Santa Fe.

47 “La necesidad de regular procedimientos diversos según la magnitud del sujeto insolvente (otra vez Del traje de confección al de medida)”.

48 Ver estos autores: “Una propuesta de regulación del concurso mínimo”, Tomo I, pág. 99, Edit. Ad Hoc, ponencia presentada en el mismo Congreso de Rosario, 2006.

49 En realidad, podríamos encontrar el antecedente de ello en las Compañías de Indias.

se solape con el concurso de las personas humanas. De hecho, acaece que cuando conversamos del t3pico con juristas latinoamericanos, ellos por “pequeño concurso” pasan, sin escala, a “concurso de persona de existencia real”.

Tal vez sea menester, entonces, hacer una diferenciación adicional. Porque cuando se trata de persona humana ajena al comercio (el viejo concurso civil de una persona de existencia f3sica), entramos en este siglo XXI en el terreno del derecho del consumidor. En una tuici3n particular y, en especial, todo lo atinente a la concesi3n abusiva de cr3dito y la circunstancia de que, m3s que un fen3meno econ3mico, se est3 frente a un escenario sociocultural que exige medidas muchas veces meta patrimoniales y, como no nos cansamos de decir, una educaci3n para el consumo⁵⁰.

Parece obvio que, si se admite la “descarga” de pasivos de estos deudores m3nimos, en el caso del consumidor sobreendeudado debe pensarse que, del mismo modo, el juez est3 habilitado para imponer alg3n curso de educaci3n para el consumo. O volveremos a repetir el error previo sin haber aprendido nada de la triste experiencia falsamente superada.

Ser3a bueno, entonces, y aqu3 lo proponemos, que el “pequeño concurso” (en realidad, el “concurso m3nimo”)⁵¹ se refiriera dogm3ticamente a sociedades que explotan negocios de magra significaci3n econ3mica, o clubes de barrios –las “Lunas de Avellaneda” de nuestros lejanos textos– o negocios personales de m3nimos emprendedores (a quienes hasta es dificultoso encuadrar como comerciantes porque la t3cnica usual, ante la supresi3n del Estatuto del comerciante en la legislaci3n de 2015, es tener por tales a los sujetos previstos en el art. 320 CCC y aquellos de quienes hablamos bien pueden estar obligados a llevar contabilidad pero no ser3a raro que la tengan harto irregular).

“El concurso del consumidor”, en cambio, si bien compartiendo previsiones procesales an3logas (nosotros propusimos un par de audiencias, una revisi3n de activos y determinaci3n de pasivos y la aprobaci3n de un plan de equidad o de una liberaci3n de deuda en aquel viejo trabajo de hace m3s de 15 a3os) podr3 transitar etapas diversas para facilitar el tratamiento del tema, las previsiones educativas que pudiera contener el fallo, los l3mites temporales al registro del pasivo, etc. Incluso la sanci3n a un concedente de cr3dito groseramente disfuncional (por aplicaci3n del art. 10 del C3digo Civil y Comercial de la Naci3n).

⁵⁰ En el que el “fresh start”, la segunda oportunidad, la extinci3n de los saldos insolutos y una amplia facultad de imposici3n del acuerdo a3n sin las mayor3as debe ser una realidad para el deudor de buena fe

⁵¹ Atento que en otra ponencia presentada por los suscriptos en el presente Congreso titulada “La necesidad de regular procedimientos diversos seg3n la magnitud del sujeto insolvente (otra vez Del traje de confeccion al de medida”) definimos al que deber3 regularse como nuevo “Pequeño concurso” un sub proceso dentro del Concurso b3sico all3 expuesto.

En ambos supuestos es esencial la posibilidad del Tribunal de “descargar” todo o parte de la deuda. Por cierto, en el caso de pequeños emprendimientos, el ejercicio de tal potestad solo podrá estar en función de un mínimo plan de empresa (o de financiación en el caso de entidades civiles). En caso contrario, deberá procederse sin más a la liquidación de este.

Participar en el tráfico no puede hacerse sin afectar bien alguno o responsabilidad alguna. Admitirlo sería una suerte de patente de corso. Una debe ser la mirada —y empleo de las reglas— en un caso. Y otra cuando se trata de un consumidor (que bien podría ser un imprudente también). La concepción que confunde entre uno y otro ha subsistido demasiado tiempo y debe empezar a divergir. Esto no es para aumentar el rigor en el trato de ninguno de ambos subuniversos sino para encuadrarlos racionalmente donde deberían estar y obrar en consecuencia⁵².

52 Más allá de que en el caso, la persona humana (el *homo consumidoris*) tiene el amparo de la protección atinente en tanto tal condición, el denominado principio “pro homine” del que dan cuenta los tratados internacionales, y que el maestro colombiano Jesús María Sanguino Sánchez llevó al terreno de nuestra materia como principio de “dignidad del deudor” (“Por la dignidad del deudor”, ponencia en el V Congreso Argentino Nacional de Derecho Concursal y III de la Insolvencia. Mar del Plata 2003, Tomo I, p. 701, hoy receptado en el art. 743 del Código Civil y Comercial de la Nación). Vale repetir aquí la cita con la que el maestro colombiano inicia su texto: “Estoy armado de valor y preparado para mi suerte. Dadme vuestra mano, Bassanio ¡Adios! No sintáis que me haya ocurrido esa desgracia por vos, pues en esta ocasión la fortuna se ha mostrado más compasiva que de costumbre. Es su hábito dejar al desdichado sobrevivir a su riqueza para contemplar con ojos huecos y arrugada frente una pobreza interminable. Pues bien ella me libra del lento castigo de semejante miseria». (El Mercader de Venecia-William Shakespeare).

LA DETERMINACIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS EN CASO DE PEQUEÑOS CONCURSOS O CONCURSOS MÍNIMOS

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT E. Daniel

Ponencia

En el caso de los pequeños concursos (“concursos mínimos”) y concursos de consumidores a regularse debería establecerse que la determinación del activo y pasivo en juego se hagan sobre la base de la denuncia del deudor y al control y verificación del eventual síndico o conciliador interviniente, pudiendo realizarse denuncia de los acreedores antes de la primera audiencia. En caso de descubrirse ocultamientos fraudulentos ello habilitaría la nulificación del eventual auto homologatorio.

Desarrollo

Hemos presentado algún trabajo en este Congreso volviendo sobre la necesidad de que haya “concursos a medida”⁵³ y también hemos propuesto que ya no se confunda el “pequeño concurso” o “concurso mínimo” con el “concurso del consumidor” —que, si bien son trámites análogos, merecería un tratamiento tutelar diverso, precisamente en mérito a la tuición que le confiere la Constitución Nacional a la persona humana—.

Separado del concurso del consumidor el “pequeño concurso”, debería ser un trámite sumario de toda brevedad que no excediera de un par de audiencias.

Los diversos proyectos de ley que han trabajado sobre el concurso del consumidor o un pequeño concurso que lo incluya han imaginado una presentación muy parecida a la del art. 11, en versión acotada. Seguimos creyendo que, en ambos casos (pequeño concurso —o “concurso mínimo”— y concurso del consumidor) la presentación debe ser mediante formulario con muy precisos requerimientos que permitan determinar de modo claro

53 “La necesidad de regular procedimientos diversos según la magnitud del sujeto insolvente (otra vez Del traje de confección al de medida”) y “La trabajosa regulación del concurso mínimo vista su confusión con el concurso del consumidor y la necesidad de separar caminos”.

y efecto el estado patrimonial del sujeto en crisis⁵⁴. Seguimos pensando que debería ser así.

Y que, si bien sería hartó lógico que el deudor informe sobre sus activos y pasivos, su determinación no debería exceder el obrar del funcionario designado (síndico, conciliador, facilitador o como guste llamarlo) quien debería realizar una inspección de visu de los bienes de existir estos (–soberano problema en estos tiempos de pandemia y más aún si volvieran épocas de enclaustramiento–) y un control formal de los pasivos denunciados⁵⁵.

Esta determinación de activos y pasivos se someterían a la eventual denuncia de los acreedores “antes” de la primera audiencia o “durante” ella. Y lo que se fijara judicialmente sería aquello que fundaría el plan de pagos o el descargo que propusiera el conciliador en ocasión de la segunda y definitiva audiencia (en el caso del concurso del consumidor persona humana). Obviamente bajo condición de que, en caso de descubrirse activos o pasivos ocultos, habría una acción nulificatoria de la homologación que se hubiera decretado, pasándose derechamente a la liquidación.

Sabe a mecanismo muy radicalizado, pero, ciertamente, si queremos atender el criterio de los diversos “tamaños” y procesos consecuentes, cabe acabar con costumbres y hábitos de otro siglo. O mejor, de otros siglos.

54 Ver por estos autores: “Una propuesta de regulación del concurso mínimo”, Tomo I, pág. 99, Edit. Ad Hoc, ponencia presentada en el mismo Congreso de Rosario, 2006.

55 Algo similar fue dispuesto en la resolución dictada por el Tercer juzgado de procesos concursales primera circunscripción judicial, Mendoza, Foja: 23, CUIJ: 13-03927042-5 (011903-1017850)), en autos: “GUERRA MARIO JAVIER P/ A.P.E.”, *103977412*, del 14 de junio de 2016.

PARÁMETROS ESENCIALES PARA LOS EVENTUALES CONCURSOS PLURALES PROPUESTOS POR LOS SUSCRIPTOS

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT, E, Daniel

Al postular en este Congreso que se revalorice y actualice una vieja propuesta de nuestra autoría sobre el traje “de confección o a medida”, es decir, la creación legal de estándares de concursos según su magnitud —con reglas específicas para cada uno y con la facultad jurisdiccional de adaptación frente a particularidades no previstas—, nos surgió la duda de si correspondía —o no— volver a apuntar ciertos parámetros o lineamientos que reputamos básicos para la concursalidad según el modelo o talla en que discurra.

Nos pareció más lógico y prolijo desarrollarlo como una ponencia autónoma (inexorablemente unida a la anterior como continuidad lógica evidente).

La referencia a “concurso” se encuentra hecha en función del género que engloba a todos los procedimientos tendientes a superar la insolvencia o resolverla (concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial, quiebra, etc.).

Postulamos, entonces, como grandes lineamientos del cambio, extensibles a estos formatos procesales múltiples que postulamos, los siguientes parámetros o lineamientos:

- Para regular los diferentes concursos (conforme el detalle que antecede⁵⁶), tendrán que considerarse, entre otras cosas:
 1. La parametrización de procedimientos formularios⁵⁷ con una reformulación íntegra de la información requerida para concursarse (el art. 11 de la ley 24.522 no es hoy parámetro cierto de la verdadera realidad del sujeto que ingresa al proceso concursal).
 2. La posibilidad de **prescindir de la sindicatura** en los casos del concurso mínimo —o de la persona humana— o

⁵⁶ Ver nuestra ponencia “Del traje de confección al de medida” en este mismo Congreso.

⁵⁷ La obligada virtualidad a la que nos llevó la pandemia abre el camino posible para instar procedimientos (quizás solo para los pequeños concursos y los de persona humana en una primera etapa) mediante formularios que exijan su llenado con información precisa, clara y que apunte y atiende a conocer la real situación del sujeto en crisis.

muy pequeños dentro de los concursos comunes, en lo que la utilidad sería designar (quizás al propio sindico) como conciliador en un marco negocial amplio, y con facultades.

3. La exigencia de **informes técnicos precisos y detallados**, que resultarían imprescindibles en los grandes procesos concursales.
4. La necesidad de alumbrar un adecuado **plan de empresa**, y de viabilidad de la restructuración de los pasivos en los grandes procesos concursales.
5. La **simplificación de los procedimientos y reducción de los plazos** en los procesos concursales menores. Recurriendo, cuando fuera posible, a audiencias (no necesariamente presenciales como nos enseñaron estos duros tiempos de pandemia) al modo del derecho anglosajón. Mecanismo que resulta muy eficiente en concursos pequeños o mínimos.
6. La posibilidad de que el Tribunal dispere en supuestos específicos mecanismos de **mediación o negociación** a través de terceros ajenos al proceso, auxiliares del mismo, a los fines de arribar a soluciones⁵⁸.
7. La inexorable regulación de mecanismos preferentes para la financiación postconcurzal (único camino de salida en muchos supuestos).
8. Una adecuada regulación del **régimen de honorarios** para los auxiliares intervinientes en los procesos que deje de lado el inadmisibile sistema actual, así como la regulación de la obligatoriedad del patrocinio letrado de la sindicatura a cargo del concursado o la masa. Recordando que los profesionales que intervienen, más allá de su condición de “profesionales liberales”, no dejan de ser trabajadores que reclaman, con todo derecho, la dignidad ínsita en el rol que asumen (dignidad que incluye una justa retribución para atender sus necesidades y las

58 Uno de los suscriptores de este trabajo nos solicitó que hiciéramos constar que la primera -y olvidada- propuesta en tal sentido, se formuló en un artículo de autoría conjunta de Norberto I. Regueira y E. Daniel Truffat denominada “Mediación: hipótesis concursales”, L.L., 8.8.95. Dicho trabajo no mereció crítica alguna. Su destino fue una militante (y subjetivamente piadosa) indiferencia por parte de la totalidad de la dogmática nacional. *Lo peor que le puede pasar a una propuesta como la habida no era la crítica sino, como ocurrió, la insignificancia.*

de su familia”)⁵⁹.

9. **Simplificación** del procedimiento de reconocimiento de créditos en los “concursos mínimos y comunes”. En otra ponencia postulamos una distinción dogmática entre estos y el concurso del consumidor propiamente dicho.
10. Posibilidad de que el Tribunal **reconsidere** el tipo de procedimiento concursal al que se pretende acceder al momento de abrir el trámite o durante el mismo, y un sistema de **sanciones**⁶⁰ a los administradores, representantes o pretensores que intenten violar las pautas legales para acceder a uno de ellos.
11. Una más amplia y efectiva posibilidad de ejercicio de la facultad del *cramdown power* (quizás bajo la utilización del instituto del abuso de derecho el art. 10 C.C.C.) en casos en los que la propuesta de pago en los concursos sea razonable y la mejor propuesta posible.

Esta es solo una básica enumeración de mínimos lineamientos imprescindibles que, a la manera de los libros de “elija su final”, puede ser llenado por los lectores para construir un mínimo común denominador con el que enfrentar la imprescindible reforma de la ley concursal.

59 i La ley 24522 enfocó el tema de la retribución desde el exclusivo ángulo del abarataamiento del concurso. Noble iniciativa que, como es habitual en el Estado Argentino, no se proyectó en la tasa de justicia, en los aranceles para trabar medidas o en la prescindencia de actos notariales -reemplazables por la declaración jurada de los abogados, por ejemplo-. El sacrificio, muy al gusto de nuestra clase política siempre tan generosa con la pitanza del prójimo, se impuso a los Síndicos y demás profesionales. El enfoque emergente de la reforma constitucional de 1994 y el criterio de progresividad hace insostenible que se prescinda al enfocar el tema también de esta mirada.

60 Cuando pensamos en institutos tales como estas “sanciones” siempre tenemos en cuenta (a) su carácter restrictivo y excepcional, (b) la necesaria resistencia a aplicarlos en caso de duda. Son remedios solo aptos para casos graves y que ofenden de modo palmario la buena fe. NO para perseguir a empresarios en la mala que, en la desesperación del momento pueden haber formulado una presentación poco feliz

CÓMO ADECUAR EL CONCURSO PREVENTIVO NORMADO EN LA LCQ PARA QUE RESULTE DE UTILIDAD PARA SUPERAR LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

PEREYRA, Alicia S.

1. Introducción

La ley 24.522 no distingue entre comerciante, no comerciante, empleado, desempleado y/o retirado, profesional, banquero, estudiante, docente, etc. Estas cualidades, o cualesquiera otras, no crean en las personas humanas condiciones especiales que pudieran merecer por parte del legislador un trato especial. **Sin embargo, la realidad nos fue mostrando —poco a poco— que sí existe una “condición de persona” cuyos derechos merecen ser especialmente tutelados: el consumidor.** La modernidad y la revolución industrial, primero, y la postmodernidad con la extensión del tráfico comercial y la publicidad, **han creado una nueva categoría de sujetos de derecho: los consumidores.**

Como en todos los órdenes, la realidad ha preexistido al derecho⁶¹, que acude a hacerse cargo de las situaciones que se presentan en cada momento de la humanidad. Las profundas transformaciones acaecidas en los últimos siglos en la cultura en general también han impactado en el universo jurídico, en el cual, al igual que en la naturaleza, un proceso de creación y destrucción determina que lo nuevo sea introducido y lo viejo descartado⁶².

Desde ELARCA —y antes también— se han realizado diversas propuestas al legislador para dar una adecuada solución a la insolvencia del consumidor. Propuestas que ni siquiera fueron tomadas en consideración, a pesar de que la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, ha incluido en el artículo 42 la tutela de los derechos de los consumidores.

Pero la vida continúa. Y el consumidor sigue estando atrapado en la necesidad de tener que tramitar una quiebra sin activo para lograr la tan ansiada rehabilitación y la exoneración de sus deudas, sin el pago de las acreencias oportunamente contraídas.

61 Osorio, “El derecho camina mansamente detrás de la realidad”.

62 Segal Ruben, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 1998, p. 9 y ss.

Si analizamos la cuestión desde una puja de poderes, el *deudor consumidor* es la parte débil de una relación de poder, en la que la parte fuerte son *los bancos, las financieras, las cooperativas y mutuales financieras y las grandes cadenas de comercialización*. Todos acreedores que imponen sus condiciones al consumidor mediante contratos leoninos –casi todos de adhesión–, y la aplicación de intereses usurarios.

Pero también existen relaciones en las que ambas partes, consumidor y proveedor, están encasillados dentro de la “*misma franja social*”: “*la clase media*”. Donde la quiebra del consumidor arrastra fatalmente a su proveedor hacia una quiebra comercial. Si los “*clientes consumidores*” deciden no pagar al “*comerciante pyme*”, indefectiblemente cae en insolvencia, porque va a ver disminuidos sus ingresos regulares, necesarios para hacer frente a sus egresos regulares.

2. ¿Quién es el consumidor?

El consumidor **no es un “pequeño comerciante”**. Es una persona humana, no comerciante, ni empresario, ni artesano, con ingresos regulares provenientes de haberes laborales o jubilatorios, que, si es empleado –la más de las veces–, goza de estabilidad en el empleo, cuyo pasivo está formado por deudas que tienen su origen en el consumo, que atraviesa serias dificultades económicas, que no tiene activo que liquidar, solo ingresos regulares y constantes, y que a la fecha de solicitar la apertura del concurso preventivo o la declaración de su propia quiebra, no ha cesado en el pago de sus deudas porque, generalmente, las paga por descuento de haberes.

3. Reestructuración vs. liquidación

De acuerdo a la ley vigente, entre el *concurso preventivo* (reestructuración) y la *quiebra sin activo* (liquidación), el consumidor elige la *quiebra sin activo*, porque, transitando este proceso, al cabo de un año logra su rehabilitación (artículo 236 LCQ). Porque solicita y obtiene la clausura por falta de activo, logrando con ello la exoneración de sus deudas. Y, por añadidura, en la mayoría de las veces ni siquiera paga los honorarios de la sindicatura. Y para el caso de que se comunique a la justicia penal la clausura sin activo (lo que importa presunción de fraude, tal como lo norma el artículo 233 LCQ), la justicia penal archiva la causa porque no sabe qué hacer con ella.

El **negocio jurídico** es “redondo” para el consumidor: no paga las deudas asumidas, no paga los honorarios del síndico, obtiene su rehabilitación al cabo de un año de su petición y logra la exoneración de sus deudas.

¿Esto es legal? Por supuesto que sí, porque la LCQ lo permite.

¿Es justo? Mi opinión es que **no**.

Por eso, sostengo que **es el concurso preventivo y no la quiebra el procedimiento adecuado a aplicar frente a la insolvencia del consumidor**. Procedimiento en el que *—de lege lata—* deben observarse las cuestiones sobre las que más abajo me explayaré, y es el juez del concurso, con la colaboración de la sindicatura, quien deberá velar por la adecuada instrumentación del proceso legal.

4. Cómo adecuar el concurso preventivo normado en la LCQ a las necesidades del consumidor

El deudor consumidor, en tanto persona comprendida en el artículo 2 LCQ, puede solicitar la formación de su concurso preventivo (art.5 LCQ). Para lo cual debe cumplimentar con los requisitos establecidos en el artículo 11 LCQ, en la parte pertinente, ya que no está obligado a llevar contabilidad. O sea que, debe cumplimentar los artículos 2, 5 y 7, ya que los otros incisos solo son aplicables para las personas jurídicas y las empresas que tengan la obligación de llevar contabilidad y/o tengan personas en relación de dependencia. También debe denunciar domicilio procesal (art. 12 LCQ).

En su escrito inicial, el *“deudor consumidor”* explica cuáles son las razones que lo han llevado a su estado de insolvencia y **confiesa que no tiene bienes para satisfacer sus deudas ni patrimonio que lo respalde**. Dice que solo cuenta con sus haberes regulares, que están indisponibles debido al descuento que opera a favor de sus acreedores. Tras cartón, lo primero que pide el *deudor consumidor* es la **limpieza del sueldo**, solicitando al juez que ordene la inmediata suspensión de los descuentos que pesan sobre su haber.

Mi primera propuesta es que, no obstante que la ley no lo exige (aunque sí algunos jueces lo solicitan), en su presentación, o abierto el concurso, el *“deudor consumidor”* **también debería informar cuál es el monto de sus ingresos mensuales y cuál es la porción que le quedaría disponible luego** de obtener el cese de los descuentos y separar lo que necesita para satisfacer las necesidades de su vida y la de su grupo familiar; o sea con qué monto mensual (o porcentaje de sus haberes) podría contar para hacer frente al pago de los eventuales créditos admitidos y los honorarios de la sindicatura.

Salvo esta declaración que no es exigida por la LCQ, todo el proceso debería tramitar de acuerdo a la normativa vigente, en la parte pertinente que corresponde al concurso de una persona humana que no

lleva contabilidad, que no realiza ni actividad comercial, ni empresarial, ni profesional o artesanal, que no tiene personal a cargo y que no cuenta con activo para liquidar en una eventual quiebra. Al respecto, es necesario advertir, que la LCQ trata acerca del procedimiento aplicable para el caso de la “clausura de la quiebra por falta de activo” (art. 232), estableciendo que *“debe declararse la clausura del procedimiento por falta de activo, si después de la realización de la verificación de los créditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que, prudencialmente, aprecie el juez”*. Para el caso del concurso preventivo, no existe esta opción.

Tenemos entonces que, abierto el concurso, nacen los efectos de la apertura. Designada la sindicatura, el proceso atraviesa por la instancia verificatoria, la presentación del informe individual y la resolución del artículo 36 LCQ. En el informe general, el síndico deberá consignar de manera expresa y explicada, cuál es la porción disponible de sus ingresos con la que cuenta el deudor. El proceso debe continuar con la presentación por parte del deudor de la propuesta de acuerdo, que – para el caso del consumidor– será el **pago de los créditos admitidos** con la porción disponible de sus haberes, en el plazo necesario para el pago de los mismos, la que se hará efectiva mediante una prorrata que deberá practicar la sindicatura. Asimismo, **durante el período de exclusividad, el deudor podrá negociar y obtener una quita de sus acreedores, sin existir límite en la quita. Esto resulta en que el plazo será el necesario hasta agotar el pago del crédito novado.**

En este proceso verificadorio, es fundamental el papel de la sindicatura al analizar la procedencia y extensión de los créditos insinuados, en especial en la determinación de los intereses que pretenden los acreedores. Lo que se cumplimenta con el rol morigerador del juez al determinar la tasa de interés aplicable a los créditos. También es relevante el dictamen de la sindicatura respecto de la porción disponible denunciada por el deudor.

Obtenidas las conformidades, el juez homologará el acuerdo (art. 52 LCQ) y regulará los honorarios de la sindicatura (art. 265 inc. 1 LCQ). Honorarios que serán exigibles con anterioridad al pago de la primera cuota, y pagados con la porción disponible por el deudor hasta su cancelación. Pagados los honorarios, comienza el pago de las cuotas a los acreedores.

En el caso de que el deudor no obtenga las conformidades y la sindicatura haya dictaminado que la porción disponible es la correcta, el juez impondrá el acuerdo a los acreedores (artículo 52 inc. 2 IV), considerando que el pago ofrecido por el deudor equivale a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra. Si en la quiebra obtiene **cero**, es evidente que cualquier propuesta es mejor.

En los supuestos en que el consumidor **no cuenta** con una porción disponible para pagar sus deudas, se deberá declarar la quiebra, aplicándose estrictamente el artículo 233 LCQ, que dispone que el procedimiento se agota una vez realizada la verificación de los créditos. Así logra el deudor –con ello– la exoneración de su pasivo por imposibilidad de tener los medios suficientes para su pago.

De esta manera, se obtiene una composición equitativa de los intereses, ya que, si el deudor cuenta con una porción disponible para pagar las deudas, lo hace. Y si, por el contrario, sus haberes solo le alcanzan para su sostenimiento y el de su grupo familiar, logra la exoneración de sus deudas. Solo falta un detalle: ¿quién paga los honorarios de la sindicatura en el caso de la exoneración del pasivo? La LCQ no lo contempla. Es más, **acepta en el art. 232 que estos queden impagos.**

5. Conclusiones

Aunque he presentado una ponencia en la que propongo un procedimiento espacial para el consumidor por afuera de la legislación concursal vigente, frente a la imposibilidad de instrumentarla jurisprudencialmente, propongo, de manera sencilla, la adaptación de la ley vigente para que sea útil a las necesidades del consumidor y oportuna a las actuales circunstancias.

Respecto de los honorarios de la sindicatura para el caso de la exoneración del pasivo, me remito a otra ponencia en la que trato acerca de la adecuación de las normas sobre honorarios.

¿ESTAMOS PREPARADOS PARA EL TSUNAMI?

VANNEY, Carlos E.

Ponencia

Desde marzo de 2020 estamos a la espera de la avalancha de concursos. En el año y medio que ha transcurrido desde que se desató la pandemia de COVID-19 nada se hizo en materia de legislación de insolvencia. Solo se trató un proyecto de emergencia, que además de ser malo, no fue sancionado. Pero no se ha dado una alternativa real y de fondo a los miles de pymes y comercios que han tenido que cerrar en este tiempo. Y los procesos reorganizativos que prevé a LCQ se presentan como insuficientes ante la magnitud de la crisis. Resulta absolutamente necesario crear nuevos procesos que contemplen las distintas realidades de los distintos deudores y que brinden una solución que les permita transitar la crisis y finalmente salir de la misma. Creemos que en estos nuevos procesos resulta fundamental dotar de amplias facultades al juez, pudiendo imponer al deudor y a los acreedores un acuerdo. Sin una reforma de los procesos, que implique la creación de nuevos procedimientos para enfrentar la insolvencia; si el tsunami concursal finalmente llega, no tendremos las herramientas necesarias para hacerle frente.

Desarrollo

1. Introducción

Cuando se esté desarrollando este Congreso de Derecho Concursal, llevaremos más de un año y medio desde que comenzó la crisis pandémica.

Desde la primera mitad del año 2020 que estamos inmersos en una profunda crisis. Si bien sabemos que viviendo en Argentina lo habitual es estar en medio de una crisis, lo cierto es que la pandemia de Covid19 la ha profundizado y mucho. No solo la pandemia, sino también, y fundamentalmente, la cuarentena⁶³.

63 Dispuesta por DNU 297/2020, que ordena el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” -ASPO- y que fuera prorrogada -al momento de presentar esta ponencia- por más de 16 meses, si bien atenuada con el formato de DISPO (distanciamiento social, preventivo y obligatorio) a partir del DNU 520/2020.

Durante estos largos meses pandémicos, el Estado ha otorgado algunos paliativos –pocos, tarde y malos– a las empresas y empresarios, pero nada se ha hecho respecto del sistema concursal.

A los pocos meses del comienzo de la cuarentena venimos hablando de aluvión de concursos, el cual afortunadamente aún no ha llegado. Esto, sin embargo, puede ser preocupante, ya que claramente no se debe a que las empresas han superado la crisis, sino todo lo contrario, las pymes directamente han cerrado sus puertas y ni siquiera aspiran a una solución concursal.

En definitiva, ese tsunami concursal nunca llegó. Y debemos preguntarnos por qué no llegó.

¿Será por una suerte de tregua tácita de los comerciantes, proveedores, etc. que no se agreden porque saben que por más de que promuevan alguna acción, el cobro es imposible y solo lograrán la quiebra? Puede ser que en algún caso puntual esa sea la razón. Pero no es el motivo en la gran mayoría de los casos.

La realidad nos está demostrando que nuestro sistema concursal no sirve para la crisis actual. Ya que tenemos pocas o nulas opciones que nos brinda la LCQ.

El primer instituto⁶⁴ que encontramos es el APE, gran solución para reestructuración de deuda corporativa a principios de los años 2000, luego de la caída de la convertibilidad, no resulta útil en la actualidad ya que no sirve para los pequeños comerciantes, empresarios y pymes.

Y la otra solución que nos brinda la LCQ es el concurso preventivo (el pequeño concurso), que tampoco resulta útil para la crisis actual de las pymes y pequeños comerciantes.

Afortunadamente el tsunami aún no llegó, pero tampoco estamos preparados para cuando llegue.

2. Nuevos procesos concursales

Además de las alternativas preconcursales, de las que se viene hablando no solo desde el último año y medio sino desde hace mucho tiempo, creemos que la ley debería brindar a los deudores otras alternativas que sean reales y útiles, a los deudores que deben buscar una protección en el momento de afrontar su insolvencia.

⁶⁴ Primero no por su ubicación en la ley sino porque puede ser una opción al concurso preventivo y no requiere como presupuesto objetivo el estado de cesación de pagos.

Esos pequeños deudores que debieron “bajar la persiana” en los últimos meses merecen que les sean brindadas otras soluciones —además del APE y del pequeño concurso clásico— que resulten adecuadas a su realidad, a su estructura empresarial, a su endeudamiento, dándoles una nueva posibilidad de abrir sus puertas y sumarse al circuito productivo del país.

Lamentablemente el Estado Nacional ha brillado por su ausencia en los últimos tiempos, en esta temática. En la Cámara de Diputados, el 31 de julio de 2020, se dio media sanción a un proyecto de ley de emergencia concursal⁶⁵. Se trataba de un proyecto mediocre, que no resolvía el fondo de la cuestión de la insolvencia, pero que tal vez brindaría a las empresas un poco de aire en el medio de la crisis pandémica. El proyecto pasó al Senado, que lo trató el día 15 de octubre de 2020, modificándolo sustancialmente, al punto tal de “destrozarlo”. Volvió a la cámara de origen con esas modificaciones, pero habiendo transcurrido varios meses, no fue tratado por Diputados. Afortunadamente no fue tratado.

Ante la emergencia causada por el COVID-19 el mundo reaccionó. Estados Unidos⁶⁶, Colombia⁶⁷, España⁶⁸, y otros muchos países más modificaron su legislación y la adaptaron a la realidad de la insolvencia en tiempos de pandemia.

Nuestro país debería transitar un camino similar, regulando nuevos procesos concursales o previendo otros tipos de concurso preventivo —además del gran concurso y el pequeño concurso—, siempre con el objetivo de conservar la empresa (no necesariamente el empresario) y mantener las fuentes de trabajo. Lamentablemente para los acreedores, consideramos que su interés deberá estar subordinado a esos dos grandes principios, sin que ello implique —obviamente— la pérdida de su acreencia o la vulneración de sus derechos.

En primer lugar, necesitamos un verdadero pequeño concurso, que conste de trámites y requisitos simples, con control del síndico, audiencias conciliatorias, amplias facultades judiciales homologatorias, etc. Podríamos llamarlo, por ejemplo, “concurso simplificado”⁶⁹. Este proceso

65 Llamada ampulosamente “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marzo de la emergencia sanitaria pública coronavirus-COVID-19, emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”.

66 Small Business Reorganization Act (SBRA), ley desde el 23 de agosto de 2019 y entró en vigencia el 20 de febrero de 2020 y que fue luego modificada ante la pandemia con la ley CARES (Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security).

67 Decreto N° 772 <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20772%20DEL%203%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>.

68 Real Decreto-ley 16/2020, del 28 de abril de 2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (Ver página 11 de: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/29/pdfs/BOE-A-2020-4705.pdf>).

69 A fin de no “robarle” el nombre a Barreiro-Truffat-Lorente, no lo llamamos “concurso mínimo”.

debería ser totalmente o casi totalmente digital, desde la presentación *online* (más allá de que actualmente, de hecho, ya la tenemos porque no existen nuevos procesos con expediente papel –al menos al momento de escribir esta ponencia–) pero con requisitos menos estrictos que los del art. 11 de la LCQ.

Los requisitos previstos en el art. 11 en muchos casos podrán tornarse de cumplimiento imposible para el deudor que ha cerrado su negocio. No podrá cumplir debidamente con la presentación de los estados contables, y en muchos de los casos, tampoco podrá denunciar debidamente los montos de las acreencias.

Este concurso simplificado –que será *online*– deberá tramitarse a través de un programa interactivo, simple, que nos vaya guiando y donde cada uno de los intervinientes (deudor, síndico, acreedores, terceros, etc.) pueda ir cargando los documentos. El programa luego debería guiarnos y llevarnos por las distintas etapas (verificaciones, observaciones, incidentes, etc.).

Sabemos que ha habido intentos de distintos jueces en este sentido, pero son esfuerzos aislados. De hecho, vemos en la práctica concursal que se está imponiendo la verificación no presencial, aunque no todos los juzgados la aceptan. Todo esto deberá ir acompañado de plazos breves, incidentes acotados, inapelabilidad, etc. Sería el juicio sumarísimo de los concursos.

Pero además de las cuestiones derivadas de la verificación de créditos, sus observaciones y su admisibilidad por el tribunal, este tipo de procesos deberá contar con una etapa de negociación distinta que la del concurso preventivo actual, pudiendo –y debiendo– incorporar negociaciones obligatorias para las partes, posibilidad de acudir ante un mediador (o similar) y otorgando al magistrado facultades supra homologatorias.

Si en un concurso como el de Vicentín el juez dispone la apertura de una etapa de negociación⁷⁰, no prevista en el texto legal, y determina que la misma servirá como un ámbito de negociación, conocimiento, información, etc., nombrando un experto para tales fines, con el objetivo de brindarle a todas las partes –deudor, acreedores, fisco, etc.– un ámbito para conversar y avanzar, no podemos negar en un concurso

70 Reconquista (Santa Fe), 10 de Junio de 2021. ... RESUELVO: 1) DISPONER, la realización de audiencias informativas que deberán realizarse de manera no presencial, en las cuales podrán intervenir voluntariamente los acreedores y la concursada, conforme a un cronograma de trabajo que deberá ser previamente aprobado; Todo ello en el marco de un período temporal que no podrá exceder el plazo preestablecido para la finalización del período de exclusividad ... 3) INVITAR, a los acreedores y a la sociedad concursada a formar parte de este ámbito de encuentro, diálogo e intercambio de información (Art. 45 LCQ). Insértese el original, agréguese al sistema SISFE y notifíquese. Notificaciones conforme Arts. 26, 273 inc. 5) y 278 LCQ.- DR. FABIAN LORENZINI. Juez.

simple que una etapa similar pueda tener lugar. Considero que es una idea que se debe profundizar, complementándola con las facultades del juez de imponer un acuerdo.

Esta última cuestión resulta fundamental en el proceso que proponemos. Con la actual normativa, la facultad judicial para este *cramdown power* criollo⁷¹ se limita a computar las conformidades de otra forma, solo pudiendo el magistrado decidir si utiliza o no esa forma de cálculo, ya que la norma establece con mucha precisión cómo deberán computarse esas conformidades, sin que la norma le otorgue al juez la posibilidad de decidir cómo aplicarla en cada caso concreto. Puntualmente, creemos que debería aliviarse el requisito de los tres cuartos del capital quirografario, por una mayoría menos estricta, agregándose además una norma final que le permita al magistrado, como director del proceso⁷² y tal como se permite en los Estados Unidos de América⁷³, apartarse de esas rígidas pautas y aprobar una propuesta que considere conveniente, con la única limitación de no aprobar una propuesta que sea inferior al dividendo que los acreedores recibirían ante la quiebra.

Estos procesos deberán servir para el pequeño comerciante, el profesional, es decir, aquel que, sí realiza una actividad económica, pero lo hace en pequeña escala, etc. Estos son los más afectados por la crisis pandémica actual, y quienes resultan totalmente desprotegidos⁷⁴. Son los parias de la insolvencia, ya que no hay un proceso que los acoja. No sabemos si alguna vez sabremos cuántos de estos deudores directamente desaparecieron. No se concursaron, ni se les decretó la quiebra, sino que simplemente bajaron la persiana y se fueron. A ellos necesitamos traerlos de nuevo al sistema. No solo al sistema concursal, sino también al sistema productivo. Para todos ellos debemos pensar un proceso para superar esa crisis. Debemos darles un concurso, este nuevo proceso de tipo concursal, simplificado, con el que puedan levantar la cabeza y comenzar de nuevo.

Necesitamos un proceso para cada deudor. O un proceso lo suficientemente flexible con facultades judiciales amplias para cuestiones procesales, de imposición de acuerdos, con instancias de conciliación, con diferimientos suficientes para poder recuperar la actividad y luego pagar, y muchísimos etcéteras más. No el concurso actual, pesado y rígido. Y dentro de estos procesos simples, debemos pensar en dar algún tipo de “art. 11

71 Art. 52 b LCQ.

72 Rol expresamente reconocido en nuestra normativa concursal: “El juez tiene la dirección del proceso” (Art. 274 LCQ).

73 United States Bankruptcy Code - Chapter 11 section 1129 (b).

74 Gastronómicos, hoteleros, empresas de turismo, gimnasios, salones de eventos y organizadores de eventos, cines, teatros, locales en *shoppings*, peluqueros, y muchísimos rubros más.

light” para este tipo de deudores, que no llevan contabilidad como una sociedad, o que al bajar la persiana dejaron de llevarla y ahora buscan un tipo de protección concursal.

3. Conclusión

Lo descrito es solo un ejemplo de cómo podrían ser estos nuevos procesos. Entendemos la dificultad de regular un tipo de proceso distinto para cada tipo de deudor —lo cual, no obstante, lo consideramos necesario—, pero creemos que para pequeños deudores que no sean consumidores sobreendeudados (lo cual excede esta ponencia) debería existir, por lo menos, este “concurso simplificado”. Una vez que tengamos el marco legal para los casos de insolvencia para pequeños comerciantes, profesionales, empresarios y pymes, podremos discutir y regular más procesos, para otras situaciones o para determinados deudores. Pero la regulación de este proceso concursal simple no admite demoras.

De lo contrario, dejaremos fuera del sistema concursal a quien no puede afrontar el concurso preventivo actual, no solo por las dificultades para cumplir con los requisitos de admisibilidad del mismo, sino también por la imposibilidad de afrontar sus costos.

No es una idea nueva⁷⁵, pero creemos que, ante la magnitud de la crisis actual, la regulación de nuevos procesos concursales —comenzando por este “concurso simplificado”— es absolutamente necesaria. Respondiendo a la pregunta con la que titulamos esta ponencia, hoy claramente no estamos preparados para el tsunami.

Y creemos que el tsunami concursal, que amaga a llegar, en algún momento finalmente llegará. Si no actuamos antes y creamos nuevos procesos simples para deudores pequeños, veremos todos los juzgados con competencia concursal totalmente colapsados, debiendo tramitarse pesados concursos preventivos como los actuales o veremos también, ya que muchos no podrán ni siquiera concursarse⁷⁶, un tsunami de quiebras.

75 Barreiro, Marcelo, Lorente, Javier y Truffat Daniel. “Del traje de confección al de medida: Los procesos concursales deben tener una regulación diversa según su magnitud”. Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia. Rosario, septiembre de 2006, “Moralización de los Procesos Concursales”. Tomo I, Pág. 103. Barreiro Marcelo, “Pautas para la regulación de un procedimiento para el concurso mínimo”. Ponencia presentada en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia. (Ver: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/Pautas_Regulacion_Procedimiento_Concurso_Minimo.pdf).

76 Como bien señala Carlos Molina Sandoval “no solo se concursa el que quiere, sino el que puede (afrontarlo)” (“Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras” LL, 13/08/2020, págs. 1/5).

CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y CONCURSO PREVENTIVO DEL CUENTACORRENTISTA. SOLUCIÓN FINAL

CAMERINI, Marcelo A.

Ponencia

- 1.- El concurso preventivo no suspende, ni resuelve los contratos bilaterales vigentes al momento de la presentación del deudor en concurso preventivo (conf. art. 20, ley 24.522 y sus mod., LCQ).
- 2.- El concursado puede decir su continuidad o su resolución. Esta facultad es una prerrogativa que el legislador estableció a los efectos de permitir al concursado hacer frente a su situación de crisis patrimonial y su intento por superarla.
- 3.- El contrato de cuenta corriente puede continuarse durante el concurso preventivo del cuentacorrentista. Se requiere autorización al juez.
- 4.- Frente al cierre de la cuenta corriente por parte del banco otorgante, y fundándose la necesidad por el concursado de contar con cuenta corriente, el juez decidirá su apertura.
- 5.- Todo concursado que haya sido autorizado contará con una cuenta corriente en el Banco de la Nación Argentina.
- 6.- La autorización para contar con servicio de cheque y/o cheque de pago diferido será decisión del juez del concurso. El concursado debe fundar su pedido.
- 7.- La posibilidad de girar en descubierto debe ser autorizada por el juez del concurso. En caso de quiebra, los saldos impagos tienen la preferencia del artículo 240 de la LCQ.

Contrato con prestaciones recíprocas pendientes

Los contratos incluidos en el artículo 20 LCQ son todos aquellos contratos bilaterales, de ejecución inmediata, o bien de ejecución instantánea o de ejecución continuada en los que existan prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes. Los contratos en curso de ejecución no se suspenden ni se resuelven por la apertura del proceso concursal. El deudor, además de la opción continuativa, puede resolver

el contrato sin que tal proceder justifique la indemnización por daños. Frente a tal pedido, resulta inconveniente que el juez adopte una resolución que obligue al concursado a cumplir el contrato.

La naturaleza liquidativa de la quiebra justifica la solución suspensiva como paso previo a su resolución en la generalidad de los casos; en tanto, la continuación del contrato a pesar de la presentación del concurso preventivo se basa en la idea fuerza de la continuidad empresarial.

La normativa concursal exige que estos contratos se encuentren “en curso de ejecución”⁷⁷, esto es, no se debe encontrar resuelto al momento de la presentación concursal, además de haber obligaciones no cumplidas por las partes. Si el cocontratante *in bonis* cumplió las prestaciones a su cargo, deberá verificar su crédito⁷⁸, y si el concursado cumplió las prestaciones por él comprometidas, deberá iniciar las acciones tendientes a que el cocontratante *in bonis* cumpla la suya.

El concurso preventivo no resuelve ni suspende los efectos de los contratos bilaterales, que continúan produciendo sus efectos en las relaciones intersubjetivas⁷⁹.

Es más, si transcurren los treinta días desde la presentación en concurso y existe inactividad de las partes tanto para solicitar la continuación como la resolución contractual, tal como dispone el artículo 20, párrafo 3 de la LCQ, el contrato particular continúa vigente y vinculando a los contratantes.

Los contratos de ejecución continuada tampoco se encuentran exceptuados del artículo 20⁸⁰, pues en el concurso preventivo no existe norma que excluya la aplicación del principio general, sobre todo cuando son contratos con prestaciones recíprocas pendientes en curso de ejecución.

La cuenta corriente bancaria

Comenzamos resaltando que la cuenta corriente no es un mero elemento contable, de por sí relevante, sino que además es un contrato, representativo de un acuerdo de voluntades entre el banco y su cliente,

77 Rotiman, Horacio, *Efectos del concurso preventivo...*, p. 54: “El cumplimiento íntegro de las prestaciones a cargo de una de las partes, ya sea el fallido o el tercero *in bonis*, nos sitúa fuera del campo de los contratos en curso de ejecución (art. 143, inc. 1 y 2 LCQ)”.

78 Farina, Juan M., *Concurso preventivo: su influencia sobre los contratos celebrados con anterioridad por el concursado*, Zeus, Tomo VIII-D-39.

79 Rivarola, Mario A., *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, Tomo 5, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Bs. As., 1940, pp. 216-217.

80 CNCom., Sala D, 10/08/2000, Frigorífico Río Platense S.A. s/conc. prev. s/inc. de apelación por Unilever de Argentina S.A., JA 2001-IV-165.

destinado a regular y disciplinar sus respectivos derechos y obligaciones.

La dinámica funcional de la cuenta corriente bancaria, en la actualidad, permite aseverar que constituye el principal y más frecuente de los contratos bancarios, no solo por ser el contrato más numeroso del sistema (decenas de miles de cuentas en funcionamiento), sino por la magnitud de los movimientos de fondos que facilita (miles de millones de pesos).

Prácticamente casi todos los movimientos operativos de un cliente de un banco quedan reflejados en la o las cuentas corrientes bancarias abiertas, principalmente si el cliente es una persona jurídica, que no puede ser titular de cajas de ahorro, según limitación reglamentaria.

Por allí se canalizan todos o la mayor parte de los negocios del banco con su titular: depósitos del cliente o de terceros, extracciones de fondos para atender compromisos, pagos de cheques, créditos otorgados por el banco, compra y ventas de valores, débitos para pagos de amortización o de servicios de terceros, comisiones, gastos administrativos, intereses, punitivos, ajustes, compra de valores, transferencias, etc.

Ergo, no caben dudas de que la cuenta corriente bancaria es un contrato típico y autónomo, regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) con el complemento de las normas reglamentarias dictadas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), que presenta cuatro aspectos que la identifican:

- a) el servicio de caja, por el cual el banco atiende todos los pagos y todas las cobranzas que corresponda efectuara su titular;
- b) el servicio de compensación automática de las partidas del debe y el haber que ingresan en la cuenta, a efectos de que en todo momento sea posible fijar el saldo diario activo o pasivo de la cuenta;
- c) el servicio de disponibilidad de los fondos depositados en la cuenta; y
- d) el servicio de crédito por vía de “descubiertos”.

La asistencia crediticia, entendida como la operación por la cual el banco en su calidad de prestamista se compromete a entregar al prestatario una suma de dinero u otro elemento representativo de él (prestación presente a cargo del banco), cuya devolución con más los intereses pertinentes está prevista para más adelante en un plazo determinado (prestación futura a cargo del cliente), reconoce dentro de la actividad financiera distintas manifestaciones jurídicas, como ser, a título de ejemplo, adelantos en cuentas corrientes respecto de la apertura de crédito y la tarjeta de

crédito que subsume también el otorgamiento de financiamiento.

La idea del crédito se asocia a la entrega de dinero, sin embargo, hay modalidades que consisten en una promesa de crédito. Tal es el caso de la apertura de crédito, por medio de la cual la entidad financiera pone a disposición del cliente, por determinado tiempo, una suma de dinero de la que aquel podrá disponer o no, según su voluntad, mediante una o varias extracciones.

Esta modalidad crediticia es diferente de la autorización para girar en descubierto, ya que en este supuesto la concesión del crédito constituye un elemento del servicio de caja que tiene por objeto facilitar la realización de los fines del contrato de cuenta corriente, es decir que se trata del efecto secundario de dicho contrato, de modo que es excepcional y de decisión unilateral por parte del banco.

En el descubierto de cuenta corriente bancaria no existe una apertura de crédito en sentido técnico, por cuanto en esta última la concesión del crédito constituye un fin esencial y es la causa típica del contrato, mientras que en el descubierto esa concesión es el medio para lograr la finalidad contractual.

En este último supuesto, el banco interviene solo en un caso momentáneo de descubierto y la concesión del crédito constituye un elemento del servicio de caja asumido por dicha entidad, que procede por propia iniciativa a fin de facilitar tal servicio.

El descubierto bancario puede obedecer a un simple adelanto de fondos efectuado por el banco al cliente, pero en él está subsumida la operación de apertura de crédito, aunque se le incorpore un efecto especial, el cual es la afectación al servicio de caja, que en definitiva no deja de constituir un adelanto transitorio cuando no hubo un depósito de fondos previo y suficiente.

Tratamiento en el CCCN

El artículo 1.393 del CCCN define a la cuenta corriente bancaria como aquel *“Contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja”*.

La definición prevista es muy simplista. Pareciera que la cuenta corriente bancaria es una simple libreta de anotaciones en cuenta, cuando en realidad, como se ha visto, es el contrato bancario por excelencia y el más importante del sistema en cantidad de cuentas abiertas y por el volumen de dinero que circula a través de ellas.

Como se expresara más arriba, la cuenta corriente bancaria presupone la existencia de cuatro elementos que reflejan sus funciones jurídica y económica que la tipifican.

Sin embargo, respecto de la relación entre el concurso preventivo del cuentacorrentista y el mantenimiento de la cuenta corriente, la piedra de toque está en el inciso “a” del artículo 1.404 del CCCN, el cual establece: **“La cuenta corriente se cierra: a).- por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario”**.

Como vemos, la norma transcripta permite tanto al banco como al cuentacorrentista por decisión unilateral cerrar la cuenta.

Lo que sucede habitualmente es que el deterioro funcional y económico previo del concursado hace afectar, en la mayoría de los casos, el normal funcionamiento de la cuenta corriente. En muchos casos, la presentación en concurso preventivo del cuentacorrentista es el hito que confirma la crisis falencial, y también es habitual que esa exteriorización haga al banco decidir el cierre de la cuenta.

En un mundo globalizado, digitalizado y bancarizado, el cierre de la cuenta corriente previo a la presentación en concurso preventivo del cuentacorrentista o durante el proceso de su apertura implica, en muchos casos, un grave problema de funcionamiento a la delicada situación por la que atraviesa y que, en muchos casos, la puede agravar, máxime si es empresa.

Conclusiones

La LCQ no prevé una solución a esta situación, es decir, que el concursado que lo requiera o necesite cuente con cuenta corriente bancaria, al momento de la apertura de su concurso preventivo.

Por lo cual, y más allá de las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, nuestra ponencia considera lo siguiente:

- 1.- Debe modificarse el artículo 11 de la LCQ agregándose un inciso en el cual se establezca que, al momento del pedido de concurso preventivo, el concursado podrá solicitar la apertura de una cuenta corriente, que previa autorización del juez actuante se abrirá en el Banco de la Nación Argentina.
- 2.- Dicha autorización podrá ser para contar con servicio de cheque y/o cheque de pago diferido.
- 3.- La posibilidad de girar en descubierto debe ser autorizada por el juez del concurso. En caso de quiebra, los saldos impagos tienen la preferencia del artículo 240 de la LCQ.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES



DIVERSAS OPCIONES DEL CONCURSO PREVENTIVO



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

AMPLIACIÓN DE LOS LEGITIMADOS PARA INSTAR UN PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN

GERBAUDO, Germán E.

Sumario

En la actualidad, el derecho concursal está atravesando una etapa de transformaciones. Se han derrumbado los viejos paradigmas del y sobre sus escombros se edifica otro nuevo derecho concursal, con institutos impensados hace tiempo atrás. La consigna de la actualidad requiere anticipar la puesta en marcha de los mecanismos concursales y extra-concursales para evitar la insolvencia. En tal sentido, existen diversas herramientas a fin de prevenir la insolvencia y, entre ellas, se piensa en ampliar los legitimados para instar la apertura de los procesos de reestructuración.

Ponencia

Consideramos que debe ampliarse la legitimación concursal en la apertura de los procesos de reestructuración. En tal sentido, entendemos que más allá de los incentivos que desde el ordenamiento concursal deben suministrarse al deudor para que viabilice una temprana presentación concursal, debe ampliarse la legitimación a los acreedores afectados y permitir a estos, bajo ciertos recaudos, instar la apertura del proceso de reestructuración.

I.- Introducción

En la actualidad, el derecho concursal está atravesando una etapa de importantes transformaciones. Se han derrumbado los tradicionales paradigmas que iluminaron esta disciplina en el siglo XX y se construye un nuevo derecho concursal donde se debaten temas que resultaban impensados hace algunos años atrás⁸¹.

81 Héctor Chomer señala: “Se han desdibujado los antiguos paradigmas del derecho concursal” (Chomer, Héctor O., “Principios generales”, en *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Chomer, Héctor, Director, Frick, Pablo, Coord., Buenos Aires, Astrea, t. I, 2016, p. 3). Por su parte, Marcelo Barreiro sostiene: “El derecho de la insolvencia se encuentra abocado (en nuestro país y en el mundo) a la definición de nuevos paradigmas” (Barreiro,

En ese contexto, se prioriza la reestructuración sobre la liquidación⁸². Hoy ya no se duda de que la quiebra es un procedimiento residual por todas las consecuencias negativas que ella trae consigo⁸³. Hace un tiempo que se viene hablando del fracaso del sistema liquidatorio⁸⁴ o de la falencia de la falencia⁸⁵, precisamente esto último para poner en significación que lo que está en crisis es el tradicional proceso ideado para resolver el conflicto de la insolvencia.

Entre los actuales tópicos de debate se presenta el de la legitimación para acceder a los procesos de reestructuración. En nuestro derecho, el concurso preventivo es el tradicional y formal proceso concursal de reestructuración⁸⁶. Al mismo se ingresa solo a pedido del deudor. En otros términos, se desconoce legitimación a otros sujetos como los acreedores o al propio Estado para provocar la apertura concursal. Hoy esto está siendo materia de debate. En este derecho concursal que “está siendo”⁸⁷, uno los temas que se discuten es la ampliación de los sujetos legitimados para instar la apertura concursal. Sin dudas que el tema referido a si el deudor debe ser o no el único legitimado para instar la apertura del proceso concursal de reestructuración es una cuestión relevante que

Marcelo G., “Sobre la exclusión de voto en la ley de concursos y quiebras”, en *Revista Argentina de Derecho Empresario*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad Austral, IJ Editores, N° 8, 1/04/2008, cita *on line* IJ-VL-89).

82 Abordamos este tema con anterioridad, ver: Gerbaudo, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018. Especialmente, puede consultarse p. 34 y Cap. III “Finalidad del Derecho Concursal” (pp. 63 a 70). También en Gerbaudo, Germán E., *El ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848. La prevención de la insolvencia*, en Astrea Virtual, 2018. Del mismo modo nos referimos a ello en el punto IV “La amplitud de las soluciones concursales” en Gerbaudo, Germán E., *Las causales de rechazo de la apertura del concurso preventivo*, en L.L. Litoral 2016 (mayo), p. 289.

83 Así Jesús María Sanguino Sánchez hace varias décadas atrás sostenía que la quiebra es una hipótesis residual, dado que solo se recurre a ella cuando fracasan todos los mecanismos preventivos o de reorganización empresaria (Sanguino Sánchez, Jesús María, Bases para una reforma de los procedimientos concursales, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 63).

84 Dasso, Ariel A., *El derecho concursal hoy*, en L.L. 2009-B, p. 921.

85 Cámara, Héctor C., La falencia de la falencia, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 395. Francisco Junyent Bas señala que Héctor Cámara fue un verdadero adelantado al ser consciente de la “falencia de la falencia” y al defender con ello las fórmulas rehabilitatorias que permitan conservar los emprendimientos que utiliza la comunidad (ver: Junyent BAS, Francisco, En recuerdo de un maestro: las ideas centrales en materia concursal de la mano de don Héctor Cámara, en L.L. *Supl. Actualidad* 3/02/2009, p. 1).

86 Sostenemos que en nuestra legislación se contemplan cuatro clases de procesos concursales. Tres de reestructuración –concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial y proceso concursal de salvataje de entidades deportivas reglado por la ley 25.284– y uno liquidativo –la quiebra– (ver: Gerbaudo, G., *Introducción...*, cit., ps. 31 a 51).

87 Tomamos esta expresión del Ariel A. Dasso, que la utilizó en el debate de la comisión N° 1 en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, llevado a cabo en la ciudad de Santa Fe los días 17, 18 y 19 de octubre de 2018, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

conforma la “actual agenda del derecho concursal”⁸⁸; en definitiva, un tópico de la agenda concursal del siglo XXI⁸⁹.

En esta colaboración, volvemos sobre este tema que ya abordamos en otras oportunidades⁹⁰, ingresamos en un debate actual y nos preguntamos: ¿hay que ampliar los sujetos legitimados para instar la apertura concursal?

II.- Ampliación de los legitimados para instar la apertura concursal preventiva

La legitimación refiere a instancia de quién puede accederse al proceso concursal. En otros términos, alude a cargo de qué sujeto se encuentra la instancia para provocar la apertura concursal. La legitimación no debe confundirse con el presupuesto subjetivo. Al respecto, se expresa: “No debe confundirse el presupuesto subjetivo del concurso con el legitimado activo del concurso, es decir el sujeto que tiene la facultad de instar el procedimiento”⁹¹.

En materia de procesos de reestructuración –como lo es el concurso preventivo–, existe un gran debate respecto de a quién debe concederse esa legitimación. En nuestro derecho, el único legitimado para solicitar la apertura del concurso preventivo es el deudor (conf. arts. 2 y 5 de la LC). En consecuencia, no se admite legitimación para instar el proceso concursal preventivo en cabeza de los acreedores o de manera oficiosa.

A la hora de debatir el tema de la legitimación en los procesos de reestructuración se avizoran dos grandes posiciones.

Por un lado, se sostiene que no puede dejarse solo en manos del deudor la apertura de los procesos de reestructuración, dado que aquel es el último en reconocer la situación de insolvencia por la que atraviesa y, por lo tanto, demorará el ingreso a los procesos concursales. Esta dilación en el tiempo obra en perjuicio de los acreedores, dado que cuando más tarde se ingrese al proceso concursal de reestructuración, menores serán las chances de los acreedores de recuperar su acreencia. Asimismo,

88 Gerbaudo, Germán, Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del Derecho Concursal, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 295, junio 2012, p. 515.

89 Truffat, E. Daniel, *El derecho concursal en el siglo XXI*, en L.L. 2015-A, p. 525.

90 Puede verse: Gerbaudo, Germán, *Cesación de pagos*, Rosario, Nova Tesis, 2011, p. 162; Gerbaudo, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 39 cita N° 34; Gerbaudo, Germán E., Debates actuales del Derecho Concursal: Presupuesto objetivo, presupuesto subjetivo y legitimación, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Rosario, Fder Edita, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, N° 22, año 2016, p. 223.

91 Graziabile, Darío, Comentario al art. 1° de la L.C, en *Régimen concursal. Ley 24.522, actualizada y comentada*, Graziabile, Darío J. Director y coautor, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 181.

la ausencia de incentivos para una presentación tempestiva obra en perjuicio de una oportuna acción concursal⁹².

Por el otro lado, se argumenta que no puede permitirse que los acreedores puedan movilizar un proceso de reestructuración, dado que ello sería peligroso debido a que podrían utilizar la “amenaza” de una apertura concursal de una manera extorsiva a fin de obtener “beneficios extraconcursales” en desmedro de otros acreedores⁹³.

En la legislación extranjera, suele reconocerse legitimación a otros sujetos diferentes al deudor. En tal sentido, en Colombia la ley 1.116 denominada “Régimen de insolvencia empresarial” del 26 de diciembre 2006 en el artículo 11 reconoce legitimación al deudor; a los acreedores titulares de una o varias obligaciones incumplidas; y a la Superintendencia de Sociedades. En México la ley de concursos mercantiles del 12 de mayo del 2000 reconoce legitimación también a los acreedores o al Ministerio Público. El artículo 21 en su primera parte expresa: “Podrán demandar la declaración de concurso mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público”. En España la ley 22/2003 dispone que la apertura del concurso de acreedores puede ser instada por el deudor como por los acreedores; en el primer caso, se denominará *concurso voluntario* en tanto que en el segundo se denominará *concurso necesario*. Asimismo, en este último país se dictó la ley 14/2013, denominada “Ley de Emprendedores”, que estableció un procedimiento extrajudicial para pequeños deudores que, cumpliendo los recaudos que establece la legislación, se califican de emprendedores, donde interviene un mediador concursal. Este último, conforme a la modificación que la ley 14/2013 introdujo en el artículo 3.1. de la ley 22/2003, cuenta con legitimación para instar el concurso de acreedores —denominado *consecutivo*— ante el fracaso del proceso de mediación.

Sin dudas, el tema que abordamos se presenta tan complejo como relevante. La necesidad de repensar los legitimados para instar los procesos de reestructuración recientemente fue puesta de manifiesto por Marcelo Gebhardt en su conferencia dada en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia⁹⁴.

92 Podría ser un incentivo la baja del costo de proceso concursal con la reducción de la tasa de justicia.

93 El concurso preventivo así como trae beneficios —por ej., suspensión de intereses, levantamiento de medidas cautelares, suspensión de ejecuciones— presenta restricciones que pueden resultar “incómodas” para el deudor —control sindical de la administración, limitación del salida al exterior—. Estas limitaciones pueden hacer que el deudor pondere de manera negativa el tránsito por un proceso concursal preventivo y ello ser aprovechado de manera inescrupulosa por algunos acreedores que utilicen el concursamiento como medida de presión.

94 Exposición del Dr. Marcelo Gebhardt en el panel “Lineamientos para una futura reforma del Régimen Concursal Argentino” llevado a cabo el 19 de octubre de 2018 en el aula Al-

En la actualidad, nuestra legislación se encuentra a contramarcha de lo que establecen otras legislaciones. Además, la realidad de nuestros procesos concursales exhibe que la mayoría de los concursos preventivos termina en quiebra, y ello muchas veces obedece a que la presentación fue muy tardía. Sin dudas, si permitimos la legitimación de otros afectados por la insolvencia, se puede anticipar la puesta en marcha de los mecanismos concursales de reestructuración y hacer de ese modo más viable la alternativa de reorganización.

III.- Conclusión

En diversas oportunidades, venimos poniendo de manifiesto la necesidad de priorizar la reestructuración por sobre la liquidación y, especialmente, anticipar las soluciones concursales, para llegar a tiempo, y procurar evitar la insolvencia para hacer más factible la reestructuración empresarial⁹⁵. Así, Marcelo Gebhardt expresa que la mejor manera de luchar contra las situaciones de crisis es anticiparse a ella⁹⁶.

Una de las herramientas para alcanzar este objetivo reside en repensar la legitimación concursal en la apertura de los procesos de reestructuración. En tal sentido, entendemos que más allá de los incentivos que desde el ordenamiento concursal deben suministrarse al deudor para que viabilice una temprana presentación concursal, debe ampliarse la legitimación a otros sujetos, tales como los acreedores afectados, y permitirles a estos, bajo ciertos recaudos, instar la apertura del proceso de reestructuración.

berdi de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. El tema de la ampliación de los legitimados para la apertura concursal de reestructuración viene desde hace mucho tiempo preocupando a Marcelo Gebhardt. Así puede consultarse del citado autor “Bases para la formulación de un sistema legal de prevención de la insolvencia”, ponencia presentada al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano, Rosario, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, septiembre de 2006, t. II, p. 119). También en otra obra —de ineludible lectura en el tema que analizamos—, Marcelo Gebhardt indicó: “Es conveniente ampliar la legitimación activa tendiente a enfrentar la insolvencia a otras personas afectadas en sus intereses, para intervenir en las crisis patrimoniales y empresariales, en circunstancias tipificadas o de interpretación restrictiva” (Gebhardt, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 329).

⁹⁵ Gerbaudo, Germán E., “Tempestividad concursal. Las consecuencias de la tardía presentación en concurso preventivo”, en *DPI Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial*, Parte I N° 180, 3/10/2018 y Parte II N° 181, 10/10/2018.

⁹⁶ Gebhardt, M., *Prevención...*, cit., p. 304.

PROYECCIÓN DE VIABILIDAD PARA UNA EFICAZ SUPERACIÓN DE LA CRISIS. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ART. 11 DE LA LEY 24.522

DE FALCO, Augusto

Ponencia

La presente ponencia tiene como objetivo invitar al lector a plantearse interrogantes acerca de la conveniencia de conocer la posibilidad de continuidad empresarial al momento de la apertura de un concurso preventivo, más allá del horizonte impuesto por los requisitos formales de la petición de concursamiento en los términos del artículo 11 de la ley 24.522 actualmente vigente.

En vistas a una futura reforma de la legislación concursal argentina, sostengo la conveniencia de incorporar dentro de los preceptos del artículo 11 de la ley 24.522 una proyección de viabilidad del sujeto concursado, no solo en términos financieros, sino también desde una perspectiva de modelo de negocio orientado al cliente y sustentable en el tiempo.

Enumeremos los beneficios que tiene la incorporación de un plan de reconducción dentro de los recaudos formales impuestos por nuestra legislación concursal, en el marco de un concurso preventivo. Partiendo de la realidad de los hechos, el sujeto que solicita su concursamiento se encuentra inmerso en una coyuntura de imposibilidad patrimonial de cumplir con sus obligaciones financieras exigibles (situación que, por lo general, se viene gestando a través del tiempo desde épocas anteriores al pedido de apertura del concurso). Si el sujeto susceptible de concursamiento, entonces, recurre a una salida amparada por la ley a fin de refinanciar sus pasivos frente a una masa de acreedores, cabría preguntarse desde el punto de vista de los acreedores, ¿qué nivel de certeza o seguridad podrán tener de que la persona o empresa continuará sus actividades de modo tal que le permita la cancelación de las obligaciones contraídas antes y después de decretarse la apertura de su concurso?, ¿podrá el concursado hacer frente, tanto a las obligaciones corrientes como a la cancelación de las cuotas concordatarias de un futuro acuerdo homologado?

Tengamos presente que el sujeto concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico (*cf.* art. 15 LCQ). De

este precepto legal se desprende que el concursado continúa su actividad económica dentro de un proceso judicial, cuya vigilancia queda a cargo de un síndico en su carácter de funcionario concursal. Ahora bien, no alcanza el informe mensual del síndico del artículo 14 inciso 12 LCQ, que ordena “*informar sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales*”, tal como está redactado actualmente en la ley.

En este orden de ideas, cabe plantearse lo siguiente.

I.- Algunos interrogantes, para reflexionar...

Expongo a continuación una serie de interrogantes que espero generen inquietudes en el lector y sean disparadores con vistas a reflexionar sobre posibles reformas y nuevos aportes a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522.

¿Podrá el sujeto cesante continuar sus actividades de modo que le permitan generar flujos de fondos suficientes para satisfacer los pasivos concursales? ¿Existe o seguirá existiendo mercado para los productos o servicios que ofrece? ¿Será conveniente continuar con las actividades al modo anterior al concurso o preferentemente deberían reorganizarse los recursos disponibles? ¿Resultaría conveniente reorganizar el sujeto concursado mediante un cambio de objeto durante el concurso, en especial en casos de inminente obsolescencia de sus productos o servicios?

II.- La importancia de la información proyectada para evaluar la viabilidad

Frente a estos interrogantes, y muy seguramente otros tantos que el lector podría plantearse, creo que el hecho de proyectar un escenario posterior a la apertura del concurso resulta de vital importancia, a fin de evaluar el potencial de supervivencia del concursado en el mercado y, por consiguiente, el potencial de éxito del concurso preventivo, y evitar el spendio judicial.

En este orden de ideas, contar con una proyección de viabilidad le permitirá al concursado disponer de mayores posibilidades de acceso al crédito, y de un mejor posicionamiento en el momento procesal de negociación de las mayorías a fin de obtener un acuerdo homologado. Esto tiene fundamento en la transparencia del proceso gracias a mayor información y de carácter prospectivo, que puede evidenciarse desde el punto de vista de los grupos de interés y/o partes afectadas por el concurso preventivo, los comúnmente denominados *stakeholders*, que son actores sumamente influyentes y condicionantes del futuro saneamiento del deudor.

Recordemos también que la palabra “crédito” en su origen etimológico se remonta al latín *creditum*, que significa “cosa confiada”, y viene del verbo *credere*, por lo cual la noción de crédito se vincula con tener confianza, con creer y con credibilidad. Precisamente, el valor agregado que implica disponer de información proyectada otorga mayor credibilidad, mayor confianza en el sujeto concursado. Esto repercute directamente en las posibilidades de financiación posconcurzal, la cual será, ni más ni menos, una inversión colaborativa o conjunta por parte de los *stakeholders* para rescatar el emprendimiento o negocio de la empresa o persona concursada. Serán los terceros interesados en la empresa concursada quienes en definitiva lleven adelante el proyecto de financiamiento colectivo para el plan de reconducción y le otorgarán crédito al deudor. ¿Podrá entonces la información proyectada facilitar una nueva fuente de financiación en un país donde el acceso al crédito es difícil?

Por los motivos expuestos en este apartado, creo que la proyección de viabilidad promueve un escenario de mayor transparencia y resulta más proclive a un concurso preventivo exitoso, que le permite al deudor mantener cierta credibilidad frente a terceros, de los cuales depende su financiamiento y, en consecuencia, su rápida reinserción al circuito económico en que desarrolla su actividad.

III.- Información útil para el síndico a designarse en el concurso

A posteriori de la apertura del concurso preventivo, en cumplimiento de sus funciones de vigilancia del concursado, el síndico actuante contaría con una herramienta que hace las veces de parámetro respecto del cual podrían generarse desvíos. Así, en cumplimiento de su labor como funcionario concursal, en la oportunidad de emitir sus correspondientes informes mensuales (conforme lo establece el art. 14 inc. 12 ley 24.522), el síndico puede valerse de elementos útiles para analizar y describir la evolución de la empresa o sujeto concursado.

Citemos, por ejemplo, el análisis de las ventas realizadas por el concursado en el devenir del proceso judicial desde su apertura, comparadas con una proyección de ventas futuras (en términos de flujo de fondos) como nuevo requisito formal del art. 11 de la ley. El parámetro “facturación futura”, entonces, representaría la potencialidad del negocio, es decir, la visión de negocio proyectado.

IV.- Beneficio para el concursado. ¡Y para el sistema de Justicia!

Se expusieron en esta ponencia los múltiples beneficios que implicaría la información proyectada para el éxito del concurso preventivo, tanto desde

la perspectiva del sujeto que solicita su concursamiento, como también respecto a la diversidad de agentes o intervinientes, *stakeholders*, que con su accionar (o su inacción) condicionan fuertemente el éxito o fracaso del concurso preventivo.

Pero recordemos otro aspecto esencial, el ámbito donde toda interacción entre el concursado y la masa de acreedores se desarrolla: el órgano jurisdiccional o sistema de Justicia. Sostengo que un plan de reconducción propuesto por el sujeto concursable resultaría beneficioso incluso para el sistema de Justicia. Así, el receptor del pedido de apertura de concurso preventivo podrá considerar la petición conforme su leal saber y entender, siguiendo las reglas de la sana crítica, y resolver al respecto haciendo lugar a la apertura del proceso, o bien denegando el mismo en los casos que lo estime improcedente.

¿Qué sentido tiene hacer lugar a la figura del concurso preventivo en casos en que el deudor no pueda demostrar, al menos de modo orientativo y planificado, cierta evolución de su actividad y su flujo de fondos para hacer frente a sus pasivos? El concurso preventivo tiene como objetivo la superación de una crisis sostenida en pos de la supervivencia de la empresa y el cuidado de la fuente de trabajo y de los intereses de los terceros involucrados. Pero si no están dadas ciertas condiciones de fondo, más allá del estricto formalismo de recopilar documentación de hechos pasados, ¿se justifica poner en marcha el aparato jurisdiccional para llevar adelante un concurso que inexorablemente devendrá en quiebra indirecta? (me refiero como condiciones de fondo a cierta previsión, planificación de reconducción empresarial frente a la crisis de la insolvencia, análisis de variables clave y flujos de fondos futuros).

Pongo de manifiesto que las ideas vertidas en la presente ponencia tienen como fundamento evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, en casos que no pueden prosperar mediante la figura del concurso preventivo. Por lo que una modificación de los recaudos legales, en este sentido, significa en relación directa un beneficio también para el sistema judicial.

Si bien es de público conocimiento la existencia de una discusión en torno a si el actual artículo 11 resulta excesivo para todo tipo de sujetos, afirmo que la inclusión de información proyectada es de vital importancia para cualquier sujeto contemplado en la ley 24.522.

Una particularidad de dicha ley, que a mi entender no puede pasarse por alto, es que rigen sus mismos preceptos para todos los sujetos. Esta “unificación” de sujetos implica que, independientemente de quien peticione la apertura de su concurso —sea una persona humana o una persona jurídica, revista carácter unipersonal o societario, sea un simple consumidor o una sociedad anónima—, debe cumplimentar los recaudos formales impuestos por la legislación, para todos por igual. Al margen de

esta realidad (consecuencia de una falta de actualización de la ley frente a los contextos actuales), adhiero a la postura de que resulta condición necesaria para cualquier sujeto la inclusión de información proyectada que evidencie un plan de reconducción por parte de quien solicita la apertura de un proceso concursal y que *a posteriori* resulte verificable por el síndico.

Claro está que de acuerdo al tipo de sujeto concursable se solicitará un proyecto de reconducción que deberá ser debatido al momento de revisión de la presente ley.

V.- Conclusiones y propuestas

1- A modo de síntesis de esta ponencia, creo que es *in limine* la inclusión de un proyecto de reconducción empresaria (flujos de fondos proyectados, revisión de unidades de negocio, replanteo de nuevos mercados, planteo de índices claves, etc.) a los fines de poder evaluar la viabilidad de la empresa.

2- Destaco en ese escenario la participación dinámica tanto de quien promueve el pedido de apertura de su propio concurso como también del funcionario concursal (síndico contador), que a futuro se designará en el proceso en caso de que el juzgador resuelva la apertura. Quien promueve la apertura de su concurso es el mejor conocedor de su negocio o actividad, junto con los profesionales que lo asesoran en sus diferentes especialidades, abogados, ingenieros, etc., motivo por el cual debiera de conocer los factores o variables clave que resulten condicionantes de su desarrollo y supervivencia a futuro.

3- Por su parte, el contador síndico concursal será quien utilice los factores o variables clave proyectadas en el artículo 11, analizando su comportamiento sobre la base de documentación recabada en el transcurso del proceso una vez abierto. Genera así un valor agregado en su análisis de la evolución del concursado, mediante la comparación entre valores proyectados y valores reales de variables clave que el propio sujeto concursable debe proponer en su presentación inaugural.

4- La proyección de viabilidad deberá ser suscripta por el contador de la empresa, al igual que en el caso de los estados contables, atento a que están involucrados elementos patrimoniales, económicos y financieros.

5- Resalto la utilidad que representa la información proyectada en el plan de reconducción para el juzgador, a fin de que este evalúe la conveniencia o no de la apertura del concurso preventivo, y no que simplemente se resuelva “a sola firma” la apertura del concurso por el mero cumplimiento (y en muchas ocasiones cumplimiento parcial) de las

formalidades actualmente vigentes impuestas por el imperio legal del artículo 11 de la ley 24.522.

6- El síndico, previo a aceptar el cargo, deberá evaluar la viabilidad del sujeto concursado. En caso de resolver el juez favorablemente la apertura del proceso, deberá tenerse en cuenta el trabajo realizado por el síndico designado en el estudio de viabilidad en oportunidad de regularse honorarios en el devenir del concurso. De lo contrario, en caso de denegarse la apertura del concurso, sugiero suspender el proceso, regular honorarios al profesional, y exigir el pago de una tasa judicial a cargo del concursado para ser aplicada al pago de las costas generadas por el estudio de viabilidad.

De estas conclusiones surge que tenemos mucho que debatir sobre los puntos tratados en esta ponencia.

LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA FIGURA DEL SALVATAJE A LOS PEQUEÑOS CONCURSOS

CASELLA, Daniel A. y JURADO, M. Alejandra

I.- Introducción

La reforma introducida en la legislación concursal por la ley 25.589 reincorporó el remedio reglamentado en el artículo 48 de la ley 24.522, luego de su derogación temporaria por su par 25.563. El salvataje tiene por finalidad implementar un mecanismo idóneo para “adquirir” el paquete accionario de empresas en crisis –en funcionamiento o no– factibles de ser saneadas mediante la presentación de un plan de salvataje o de reactivación de la empresa, que hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia lo exigen como un requisito formal más para la aplicación de la figura⁹⁷.

Ahora bien, esa posibilidad está vedada a los llamados *pequeños concursos*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 LCQ. En esta categoría ingresan todos aquellos que cumplan al menos uno y forma indistinta de los siguientes requisitos: 1) que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles, 2) que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios, y 3) que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial.

Coincidimos con el Dr. Nancusi y tantos otros doctrinarios con que la exclusión es, tanto desde el punto de vista constitucional como desde uno de índole práctica, una discriminación “arbitraria y carente de sentido”⁹⁸. Más aún en estos tiempos de “insolpandemia”⁹⁹. Este nuevo tipo de insolvencia provocada por los efectos del virus COVID-19, situación no controlable, que ha agravado la ya difícil situación económica del país, nos plantea la utilización de todas las herramientas de las que disponemos en nuestro sistema jurídico y nos exhorta a ser más

97 Conf. Nancusi, Pablo: Los pequeños concursos y el *cramdown*. Publicado en www.todaviasomos pocos.com.

98 Junyent BAS, Francisco y Molina Sandoval, Carlos: “Reformas concursales, leyes 25561, 25663 y 25589” - Ed. Rubinzal-Culzoni - Santa Fe - 2002 - págs. 116/7.

99 Anich, Juan: “Insolpandemia y Reestructuraciones Simplificadas. Una necesidad judicial, empresaria y de los trabajadores”. *Revista del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA)*. Año III - Número 2 (Pandemia y Emergencia Empresarial).

creativos en la búsqueda de nuevas. En tal sentido, la utilización de esta herramienta, el salvataje, en todos los concursos de personas jurídicas de carácter empresarial, posibilitaría salidas más rápidas de situaciones de crisis e insolvencia que, de otra manera, culminarían en una quiebra liquidatoria.

II.- Los pequeños concursos y el salvataje

Los pequeños concursos constituyen una notable porción de los procesos de esta naturaleza que tramitan ante los tribunales de todo el país. Por otra parte, las pequeñas y medianas empresas han sido las grandes productoras de empleo y motor de desarrollo en nuestro país, en especial en las economías regionales. Entonces, ¿no vale la pena “salvar” a la pequeña empresa?

Los detractores de la aplicación de la figura al pequeño concurso plantean como uno de los fundamentos lo costoso del procedimiento. Ahora bien, ¿no es mucho más costosa la quiebra con resultados que son nefastos para el fallido, los acreedores y la pérdida de fuentes de empleo?

Como bien lo definió Maffia, las diferencias entre el gran concurso preventivo y el pequeño son realmente paupérrimas y ambas figuras son prácticamente iguales: es un procedimiento especial, solo que sin procedimiento especial¹⁰⁰.

El planteo no es nuevo. Ya Truffat planteó la posibilidad de la aplicación de esta figura a las sociedades sometidas al régimen del pequeño concurso que sean realmente viables y útiles socialmente, puesto que carece de sentido aplicar la quiebra solo en nombre de la ley¹⁰¹. En idéntico sentido se expresó Cámara al decir: “Un criterio inflexible como el que surge de la norma aludida podría dar lugar a soluciones realmente disvaliosas e injustas [...] por el juez ante una verdadera situación de excepción [...] podría ordenar la apertura del registro para la inscripción de los interesados, declarando la inconstitucionalidad del dispositivo en cuestión o bien tratando de realizar una interpretación integradora y superadora del impedimento legal”¹⁰².

Ahora, más allá de algunos fallos aislados que declaran la inconstitucionalidad del citado artículo 289 LCQ, la jurisprudencia

100 Maffia, Osvaldo J.: “Procedimiento especial, solo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos” - ED - 165-1226.

101 Truffat, E. Daniel: Aplicabilidad excepcional del sistema de salvataje a un pequeño concurso”. VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, noviembre 1998. S.M. de los Andes, pág. 29.

102 Cámara, Héctor. El Concurso Preventivo y la Quiebra. Comentario de la Ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589. Ed. Lexis Nexis, T II, 2006, pág. 695.

mayoritaria se ha inclinado por la aplicación literal de su texto. La discusión se reaviva en nuestros días, pues la situación de la economía en épocas de COVID-19 nos llama a aplicar todas las herramientas a nuestro alcance para superar la crisis producida.

El procedimiento establecido en el artículo 48 LCQ, como oportunidad de negocios, claramente inspirado en el principio de conservación de la empresa, permitiría la continuidad de las pequeñas y medianas empresas económicamente viables y la mantendría en actividad dentro del mercado, situación que resulta de toda conveniencia en tanto se protegen las fuentes de trabajo, se continúa con la oferta de bienes y servicios atinentes al giro propio empresarial con todos los beneficios directos e indirectos que acarrea ello para la sociedad en general y para el Estado, e incluso se beneficia a los acreedores, quienes en mayor o menor medida suelen ver frustrado el cobro de sus créditos en la quiebra¹⁰³.

Permitir a los terceros adquirir las acciones o cuotas de las sociedades sometidas al régimen del pequeño concurso, a través del procedimiento del salvataje, sería una posibilidad más de superación de una situación de insolvencia, sin aumentar significativamente los costos del procedimiento. Se trata en definitiva de “abrir” el registro de interesados, y —de carecer de inscriptos— se decretaría la quiebra solo unos días después de lo actualmente previsto. Ahora bien, de existir interesados, se pondría en marcha la posibilidad mencionada de salvaguardar la empresa.

La decisión sobre la viabilidad la decidiría el mercado con la inscripción de terceros con intenciones de adquirir las participaciones sociales, ya sea en cuotas o en acciones, y la presentación de sus respectivas propuestas de pago a los acreedores para cancelar el pasivo concursal.

Por otra parte, la adquisición indirecta de la empresa, a través de la adjudicación de cuotas o acciones por un tercero, produce un verdadero proceso de reorganización empresarial. Este le dará la impronta que considere conveniente para que la misma “vuelva al ruedo”, y se preservarán los activos y —en lo posible— las fuentes de trabajo. No debe perderse de vista que a la concursada se le aplicará para la adquisición de su tenencia accionaria el mismo sacrificio que han de soportar los acreedores, de acuerdo con la propuesta aceptada, calculada a valor presente.

Como surge del proyecto de ley presentado por la diputada Brenda Luis Austin¹⁰⁴, la emergencia pública en materia sanitaria declarada por el DNU 260/2020 y las medidas tomadas en consecuencia han limitado el

103 Casella, Daniel A. y Jurado, M. Alejandra: La eliminación de las causales de disolución y la reactivación de las sociedades «económicamente viables». MJ-DOC-15779-AR | MJD15779.

104 <https://www.hcdn.gob.ar/> Expte. 2130-D-2020 de fecha 19/05/2020.

desarrollo de diversas actividades productivas y repercutieron irremediablemente en nuestra economía.

Toda proyección a futuro señala que la afectación a nuestro sistema productivo será aún mayor al actual. En este contexto, es preocupante el panorama en el corto y mediano plazo de las micro, pequeñas y medianas empresas, las cuales constituyen el motor de nuestra economía, una fuente genuina de trabajo y sobre quienes impactan con gran agudeza las medidas sanitarias vigentes.

Por eso, propuso la reforma del actual artículo 48 LCQ y agregó en su texto que se encuentran incluidas las personas que encuadren en las circunstancias establecidas en el artículo 288. Coincidimos con su apreciación de que la exclusión que actualmente efectúa el artículo 289 LCQ es, a las claras, disvaliosa, ya que poco tiene que ver la dimensión de la empresa con su viabilidad económica y, por ende, con la posibilidad de que opere su rescate mediante la intervención de terceros.

La exclusión de los pequeños concursos del régimen de salvataje es inconstitucional¹⁰⁵, porque resulta contraria a principios de fundamentales establecidos en nuestra Carta Magna, como el de igualdad (art. 16 CN) y del debido proceso (art. 18 CN), al negarles un remedio establecido en la propia ley concursal al que solo pueden acceder “los grandes”, cuando las diferencias entre estos y “los pequeños” son insustanciales y hasta arbitrarias.

Estos pequeños concursos, en general pymes y empresas familiares, son valorados por su aporte a la creación de riqueza y empleo y por su contribución a la economía en general, pero son olvidados a la hora de facilitarles el acceso al crédito o permitirles una salida a la situación de insolvencia ante los riesgos de una quiebra indirecta (por ejemplo, por la falta de obtención de conformidades). La finalidad es evitar “un cementerio de pymes”¹⁰⁶.

III.- Conclusión

El profesor Vítolo plantea que, dada la situación extraordinaria que atravesamos y que no es ajena al resto del mundo, no queda otro remedio que imaginar y diseñar una suerte de Plan Marshall propio, local —de argentinos para la Argentina—, como un plan extraordinario de rescate

¹⁰⁵ Conforme el fallo del Tercer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de Mendoza, que admitió el período de salvataje en el pequeño concurso de “Aguaray SRL s/Concurso Preventivo”.

¹⁰⁶ Lo refirió el profesor Guillermo Ragazzi citando diversas publicaciones periodísticas en su exposición en las IV Jornadas Nacionales de Sociedades por Acciones Simplificadas y Primeras virtuales, organizadas por la Universidad Austral, que tuvieron lugar el 7 de mayo de 2020.

para volver a poner en funcionamiento el aparato productivo del país, que —entre otros pilares— se fundará en la creación de un instrumento de fomento para la reactivación empresarial y económica de la actividad productiva y el rediseño del Estado y su estructura, así como el rediseño de las relaciones laborales y del sistema tributario¹⁰⁷.

Lo cierto es que la “insolpandemia” o insolvencia pandémica, como se la ha dado en llamar, requiere de una batería de medidas que conlleva necesariamente a la modificación de la actual ley concursal, y la dota de medidas acordes a los tiempos extraordinarios que transitamos. Además de medidas que se necesitan hace años para dotar al derecho de la insolvencia de medidas más rápidas, económicas y eficientes, serán necesarias otras, de coyuntura, para superar la situación con el menor daño económico y social posible.

Esas medidas abarcan desde la implementación de un concurso diferenciado, abreviado y mínimo —como postulan desde hace años, Javier Lorente, Daniel Truffat y Marcelo Barreiro— para personas humanas, pequeños comerciantes y pymes de menor cuantía, la simplificación de los acuerdos extrajudiciales, la renegociación de acuerdos ya homologados, extensión de plazos y suspensión de pedidos de quiebra¹⁰⁸, hasta la posibilidad de permitir la aplicación de figuras ya existentes, como el salvataje, a otros sujetos de derecho, como es el tema de la presente ponencia.

Decimos con el Dr. Mosso¹⁰⁹ que ante la posibilidad de una interpretación rigurosa y formalista o una flexible y finalista que permita la recuperación de pequeñas y medianas empresas, aportando soluciones de equidad, capaces de dar certeza y seguridad jurídica, elegiremos esta segunda opción.

107 Vitolo, Daniel Roque: COVID-19 y empresas en crisis: ¿reformas a la ley de concursos y quiebras o Plan Marshall? Doctrina Societaria y Concursal. Errepar (DSCE). T. XXXII. Agosto 2020.

108 Barreiro, Marcelo G.: La pandemia y el intento de regular la crisis. Una utopía necesaria. *Diario LL*, 09-06-2020.

109 Mosso, Guillermo: El *cramdown* y otras novedades concursales.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES



PROBLEMAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

LA RESOLUCIÓN DEL ART. 36 LCQ QUE DECLARA INADMISIBLE UN CRÉDITO: ¿ES DEFINITIVA A LOS FINES DEL CÓMPUTO EN LA EVALUACIÓN DE MAYORÍAS Y BASE DEL ACUERDO?

CARRARA, Carlos P.

Introducción

El Dr. Juan Malcolm Dobson¹¹⁰ en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano planteaba su posición sobre “El abuso en el procedimiento de verificación de créditos en los concursos preventivos”. Me resultó un tema trascendente. Avanzaba sobre la constitucionalidad o no del procedimiento verificador establecido por la LCQ. El derecho de defensa o debido proceso. El principio de celeridad. La seguridad jurídica. La preponderancia de los intereses del concursado. El acreedor afectado. El resto de los acreedores. La posibilidad de cobro de los honorarios suspendida en el tiempo. Prórroga o suspensión del período de exclusividad. La reapertura del período de exclusividad, volviendo al debate doctrinario por el tema Correo Argentino S.A. hace unos años.

Período de exclusividad. Prórroga. Suspensión

Este paraguas legal no se otorga *in eternum* o sin condicionamientos ni requisitos. El deudor gozará de ello por un tiempo determinado, en el cual deberá arribar a un acuerdo con sus acreedores legalmente postergados, caso contrario será declarado en quiebra y se liquidará su patrimonio. En nuestra ley 24.522 se denomina “período de exclusividad” y lo encontramos regulado en el artículo 43. Destacados autores han expresado que el período de exclusividad es aquel en el cual el concursado se encuentra facultado en forma exclusiva a presentar propuestas a sus acreedores y obtener las mayorías legales para que se logre la aprobación del acuerdo¹¹¹, o es el espacio de tiempo en el cual solo el concursado puede hacer ofertas de acuerdo preventivo a los acreedores y debe obtener las mayorías legales para que el acuerdo se considere aprobado¹¹².

110 Dobson, Juan M. VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006. “El abuso en el procedimiento de verificación de créditos en los concursos preventivos”, p. 445.

111 Graziabile, Darío J. *Ley de concursos comentada*. Buenos Aires. Errepar, 2008, p. 113.

112 Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Concursal*. 1ª. Edición. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, Tomo I, p. 282.

Como se advierte en la práctica, resulta habitual solicitar una prórroga del período de exclusividad con anterioridad a su vencimiento, en ocasión de celebrarse la audiencia informativa, o en su caso el mismo día en que se produciría el vencimiento. Tal solicitud generalmente responde a vicisitudes propias de la actividad del deudor concursado (ciclos agrícolas, temporadas de ventas atadas a épocas del año, crisis económica del sector, etc.) y en otros casos responde a medidas dictadas por el gobierno de turno que afectan temporalmente la actividad específica del deudor. En síntesis, no basta con tan solo solicitar la prórroga o ampliación del período de exclusividad oportunamente fijado por el juez, sino que además se debe fundamentar¹¹³.

Sentadas las bases y un criterio de interpretación flexible que permita al deudor poder ir más allá del plazo fijado por la ley concursal en su artículo 43, estimo conveniente distinguir entre la prórroga del período de exclusividad fijado originariamente por el juez y solicitada solamente por el concursado del pedido de suspensión del período de exclusividad que se suele peticionar no solo por el concursado, sino en muchos supuestos por acreedores, incluso pretensos acreedores cuyos créditos fueron declarados inadmisibles. No encontramos demasiados antecedentes y menos consenso con la posibilidad de suspensión del período de exclusividad. Con tal solicitud de suspensión se intenta no solo interrumpir el período de exclusividad, sino paralizar el procedimiento concursal, se impide así el cumplimiento de una de sus etapas (como lo es el período de exclusividad) y deviene imposible dar paso a las distintas y siguientes etapas preclutórias. Cierto también es que no todos los pedidos de suspensión del período de exclusividad revisten la misma seriedad y fundamentación. Sin dudas, es una cuestión que afecta varios de los intereses en juego en un procedimiento concursal, por ello su recepción por parte de los jueces debería ser **absolutamente restrictiva**, con la clara intención y finalidad de que más allá de evitarse la quiebra en lo inmediato, su utilización no engendre conductas abusivas de deudores ni acreedores.

De hecho, se ha intentado en reiteradas oportunidades suspender el período de exclusividad por cuestiones netamente personales de los deudores, desde desventuras económicas hasta padecimientos médicos. En tal sentido, la jurisprudencia ha sido ejemplificadora, rechazando peticiones cuyo enfoque dejaba a los acreedores librados a cobrar a exclusiva

113 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F, Longo Alejandra Viviana s. concurso preventivo 23/05/2019. Cita: MJ-JU-M-119704-AR - MJJ119704. En estos autos la Cámara Nacional Sala F entendió que la prórroga del período de exclusividad es improcedente si el concursado no acreditó las gestiones efectuadas en procura de obtener la conformidad de los acreedores quirografarios admitidos, ni explicó por qué fue insuficiente el tiempo con que contó para finiquitar los trámites necesarios a tal fin. Se puede escuchar el comentario al fallo por parte del Dr. Pablo Barbieri en Spotify: <https://spoti.fi/33JoBzj>.

voluntad del deudor¹¹⁴. Existen otros antecedentes jurisprudenciales en los cuales los motivos expuestos abordan otro tipo de problemática, más compleja y atendible. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Supercanal Holding S.A. S/Concurso Preventivo”, dispuso la suspensión del período de exclusividad hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, esto era que no se encontraba determinado el sistema para la emisión del voto por parte de los denominados tenedores beneficiarios de bonos¹¹⁵. En autos “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/Concurso Preventivo s/incidente de exclusión de acreedores”, de trámite por el Juzgado Nacional en lo Comercial N°. 16, la concursada solicitó la suspensión del curso del período de exclusividad, de la celebración de la audiencia informativa y del plazo para modificar la propuesta de pago presentada hasta tanto se decidiera, por resolución firme, la cuestión referida a la pertinencia de la exclusión del voto del acreedor “grupo Telefónica”, aludiendo a la necesidad de conocer con certeza los acreedores con quien debía acordar su propuesta de pago. El juez dictaminó favorablemente manifestando: “Una solución contraria devendría conculcatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio de la deudora, quien se vería obligada en negociar su propuesta frente a acreedores que aún desconoce y dentro de un marco de verdadera incertidumbre sobre la verdadera composición de su pasivo a los fines del cómputo de las mayorías y del real alcance de los acuerdos logrados o en vías de obtenerse”. Y fundamentó además la resolución en la finalidad del “período de exclusividad” previsto en el artículo 43 de la LCQ, el cual encuentra su razón de ser en la preservación de la continuidad de la empresa y la protección de los intereses del deudor y de los acreedores en pie de igualdad con la mira puesta en el interés público, de ahí se concluye que la eficacia del referido período de exclusividad se encuentra necesariamente subordinada a la certeza de cuáles son los acreedores con quienes el deudor debe negociar¹¹⁶. Con menos argumentos objetivos y sin fundamento en la letra o espíritu de la ley falencial, en autos “Ángel Musmeci e Hijos s/Concurso Preventivo”, de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N°. 11 de Mar del Plata, el juez suspendió el período de exclusividad hasta tanto se encontrara solución al conflicto gremial del sector pesquero, dado que los principales ingresos de la concursada provenían de dicha actividad¹¹⁷. Si bien la prórroga puede ser

114 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, CABA, Sala E, 18/07/1997, “Piaskowski de Moszel, Rosa s/concurso preventivo”. Es improcedente la suspensión del procedimiento solicitada por la concursada hasta que se obtenga el alta médica que invoca.

115 CSJN. “Supercanal Holding S.A. S/Concurso Preventivo”. 25/02/2003. DJ2003-2, 577. La Ley 2003-D, 543.

116 JNCom. Nro. 16. Autos: “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/Concurso Preventivo”. 18/02/2005.

117 Juzgado en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Nro. 11. Autos: “Ángel Musmeci e Hijos S.A. S/Concurso Preventivo”. 05/10/2005. La Ley. Buenos Aires, 2006, p. 42.

solicitada exclusivamente por el deudor, la suspensión podrían —y así ha sucedido— solicitarla también los acreedores.

Resolución de Créditos. Constitucionalidad del procedimiento de verificación (arts. 32 a 36 LCQ)

Gran parte del conflicto entre la resolución del artículo 36 LCQ y el período de exclusividad se puede explicar a través del interrogante sobre el respeto o no del debido proceso y la garantía de defensa en juicio del proceso verificadorio, y de allí que si tal respuesta es la inconstitucionalidad, el primer afectado será el período de exclusividad, que en los plazos fijados por nuestra legislación no podrá nunca funcionar como límite temporal de un proceso de admisión de acreedores más amplio y con esforzadas garantías constitucionales.

De la ponencia referida del Dr. Dobson en la introducción de este trabajo se logran extraer párrafos concisos, pero de una claridad que no merecen sean alterados. Así lo explicaba: “La interpretación judicial actualmente vigente en cuanto a la admisión limitada de pruebas —y en algunos casos incluso la cognición limitada— en el procedimiento instructorio de verificación de créditos (arts. 32 a 36 LCQ) ante el Síndico, es incompatible con el efecto definitivo a los fines del cómputo de las mayorías prescripto por el art. 36 *in fine* de la ley 24.522 y deviene en un procedimiento violatorio del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio establecido por la Constitución Nacional. La restricción probatoria y el efecto definitivo en el proceso referido deviene en la posibilidad de abusos en el procedimiento concursal, ya sea permitiendo votar a quien no será después reconocido como acreedor, como negando votar a quien será después admitido como tal. Esta circunstancia proporciona posibilidades al deudor para seleccionar impugnaciones de créditos con fines de evitar que sus titulares participen en la votación o de aceptar acreedores que se desea participen en dicha votación del acuerdo preventivo presentado”. Se pregunta el autor: ¿cómo es posible que en un aspecto tan trascendental para el concurso preventivo como es la votación por los acreedores y el cómputo de los votos se pueda llegar a una decisión “definitiva” por vía de una sentencia que es “provisoria”? La mezcla de “sentencia definitiva” y “pruebas limitadas” es explosiva y, por qué no decirlo, inconstitucional. Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos obviar que nuestra ley concursal actual aún mantiene este sistema verificadorio.

Acción autónoma de nulidad. Cautelar

En un destacado trabajo, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci¹¹⁸ se preguntaba si la acción autónoma de revocación de la cosa juzgada írrita puede ser invocada contra las decisiones recaídas en los procesos de verificación. Entendía la autora que la acción regulada en la ley de concursos no impide el juego de otros remedios (regulados por los códigos procesales o surgidos de la creación pretoriana de los jueces). Para disminuir los riesgos de esta posición, no queda otra solución que considerar: “sea el recurso extraordinario de revisión —a la manera regulada por Podetti en el código de Mendoza— sea una acción autónoma impugnativa, se lo llame revisión o rescisión, se trata siempre de un remedio extraordinario, excepcional y, por ende, de interpretación estricta”. Años más tarde, se dictaría un fallo que con argumento en la acción autónoma de nulidad de la sentencia recaída en el proceso verificadorio del artículo 36 LCQ, se interpone una medida cautelar a los fines de suspender el procedimiento concursal. El acreedor quejoso ostentaba el 61% del pasivo de la concursada. El juez rechazó *in limine* la acción, en tanto sostuvo que al haber promovido la apelante el incidente de revisión, esa era la vía pertinente a fin de obtener la resolución verficatoria. Contra la resolución, el acreedor dedujo recurso de apelación. La Cámara hizo lugar al recurso¹¹⁹. Como ya adelantara, en el caso concreto, el acreedor fue más allá y solicitó concomitantemente con la acción autónoma de nulidad una medida cautelar a los fines de suspender el procedimiento concursal hasta tanto recayera resolución firme respecto de su crédito. Con respecto a la medida cautelar, la Sala F expresó: “Es necesario referir las siguientes circunstancias particulares: En primer término, que ella se endereza a impedir la continuación del trámite del proceso concursal —formulación de la propuesta y eventuales aprobación y homologación— mientras no se defina la suerte del crédito insinuado por la aquí recurrente, Viña Fundación de Mendoza S.A., que representaría una importante participación en el total del pasivo

118 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Cosa juzgada y procedimientos concursales en la jurisprudencia del nuevo milenio. Publicado en: Acad. Nac. de Derecho 2010 (junio), 24/01/2011, 5 Cita Online: AR/DOC/7850/2010.

119 CNCom., Sala F. 09/09/2014. “Aradhana S.A. s/Concurso Preventivo s/incidente de nulidad (promovido por Viña Fundación de Mendoza S.A.). Publicado en La Ley 27/11/2014, 27/11/2014,7. Cita Online AR/JUR/49982/2014. Me tomaré la licencia de transcribir algunos fragmentos de dicho fallo de la Alzada: “Ciertamente, las particularidades fácticas que rodean el presente caso y que fueron reseñadas precedentemente cobran relevancia significativa a los efectos de la decisión que se adoptará. Es que en el contexto que presenta el ordenamiento concursal, no se halla regulado específicamente ningún mecanismo de impugnación que permita modificar el cómputo de las mayorías que se deriva del pronunciamiento verficatorio del art. 36 LCQ. Con lo cual, desde esa perspectiva aparece, cuando menos, prematuro descartar la vía de la acción autónoma de nulidad como medio idóneo para revertir tales efectos y precaver un posible manejo abusivo y/o fraudulento del proceso concursal”.

computable –61%, según cálculos de la insinuante, fs. 59vta. *in fine*—. En segundo lugar, que en el expresado contexto la medida tiene estrecha vinculación con la materia objeto de este juicio de nulidad. En tercera instancia, y esto es lo relevante aquí, en los términos de su proposición la solicitud cautelar de suspensión guarda directa relación de instrumentalidad con el trámite principal del concurso preventivo y, en particular, con el derecho de la acreedora insinuada de participar en la aprobación de la propuesta del acuerdo, no obstante que su crédito fue declarado inadmisibile en oportunidad de dictarse la resolución del art. 36 LCQ”. Es el propio fallo el que reconoce a su vez un antecedente¹²⁰ de la misma Sala F.

Distinta suerte corrió otro concurso de trámite en la ciudad de Rosario, de idénticas características, pero en que el acreedor solo solicitó suspensión del período de exclusividad en los autos principales hasta tanto recayera sentencia firme en su incidente de revisión, y no interpuso una acción autónoma de nulidad contra la resolución de créditos, con la cautelar correspondiente¹²¹. Esta es la solución que comparto. Si bien le fue rechazada la petición de suspender el período de exclusividad hasta tanto recaiga sentencia firme en su incidente de revisión, el acreedor accedió al recurso de revisión, con posibilidad de amplia prueba. Incluso impugnó la resolución que declaraba la existencia de acuerdo y tildó de abusiva la propuesta presentada por la concursada. Entiendo que los derechos y garantías de este acreedor fueron debidamente atendidos, pero a diferencia de los antecedentes señalados, no fueron afectados los intereses del concurso preventivo, El deudor y los acreedores pudieron acceder a la etapa de negociación del acuerdo y arribar al mismo en los tiempos previstos por la legislación concursal.

Conclusión

La andanada de recursos y acciones impetradas por los acreedores declarados inadmisibles generalmente produce una demora eterna en los procesos concursales. Por ello, mientras se propugnan la celeridad y la economía –que sin dudas se logra hasta el dictado del art. 36 LCQ– con la aparición de acreedores disconformes, se ingresa en una nebulosa que empantana el proceso, confunde y perjudica sin dudas al procedimiento. En el estado actual de la legislación concursal, entiendo que planteos como el receptado en el antecedente “Aradhana S.A.” deberán ser analizados y decididos con un criterio extremadamente extraordinario y

120 CCNac. Sala F, integrada. Autos: “Vargas Lerena Álvaro c/Cadena País Producciones Publicitarias S.A. S/Ordinario”, 30/06/2011.

121 Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario. Autos “Establecimiento Los Dos Pinos S.A. S/Concurso preventivo y sus acumulados”.

restrictivo, ya que no todos los casos ameritarán tal despliegue y custodia de los derechos de un acreedor declarado inadmisibles, por sobre el resto de los intereses involucrados. Siempre, además, lo deberá ser con fianza suficiente para afrontar los daños que su interposición sin derecho causare al concursado, acreedores, empleados, fisco, etc.

En el régimen actual, debe recurrirse a las facultades de información del artículo 33 LCQ, y cuando el síndico así lo considere —siempre mediando impugnación del deudor u otra acreedor—, después de haber realizado todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y del acreedor, y el monto en juego del pasivo que represente el acreedor lo amerite, solicitar una audiencia por ante el juez del concurso para que las partes expongan y funden sus posturas, y para que el juez en pleno ejercicio del derecho de inmediater puede tener mayores elementos de juicio al dictaminar sobre la petición de verificación de créditos del artículo 36 LCQ. De esta manera, el juez concursal tendría un conocimiento más acabado de los intereses en juego y de las razones y argumentos encontrados entre deudor y acreedor, y si bien no existiría una etapa de apertura a prueba, estimo que significaría un peldaño más en el intento de blindar de constitucionalidad al procedimiento verificadorio, sin menoscabar el principio de celeridad y economía del proceso concursal. Esta audiencia que propicio, anterior al dictado de la sentencia del artículo 36 LCQ, podría ser convocada de oficio por el juez. Más aún, sin reforma a la legislación vigente, sería destacable como práctica judicial en los casos que lo ameriten, que los jueces en casos complejos y trascendentes en cuanto a la porción del pasivo que se está decidiendo provisoriamente convoquen a esta audiencia para ampliar su conocimiento, con presencia de la sindicatura, todo en virtud de lo expresamente ya dispuesto por los artículos 274, incisos 1 y 2, y 275, inciso 3, LCQ. En este esquema, no quedarían dudas de que la resolución del artículo 36 LCQ soportaría cuestionamientos que intenten una suspensión del período de exclusividad hasta la firmeza de la resolución del recurso de revisión.

EL PRIVILEGIO OCULTO DE LOS ACREEDORES EN MONEDA EXTRANJERA

CELANO, Romina

Ponencia:

La ley 24.522 de concursos y quiebras establece en su artículo 19 un tratamiento diferenciado para las deudas en moneda extranjera al momento del cómputo del pasivo y de las mayorías: estas se convierten de manera provisoria a moneda de curso legal a la fecha de presentación del informe individual del artículo 35 de la LCQ. La doctrina ha debatido ampliamente sobre si dicha conversión provisoria altera la *par conditio creditorum* y si debiera realizarse en forma definitiva. Las posturas al respecto no son unánimes. También, se ha debatido si la igualdad de los acreedores no se ve alterada, en realidad, al momento del pago. Una consecuencia no tan tratada, y no por ello menos importante, es la alteración que se genera en las estructuras de votación con la fecha en la que la ley determinó dicha conversión provisoria (fecha del informe individual) que es distinta a la fecha en la que se cristalizan las demás deudas (fecha de presentación en concurso). En el actual contexto inflacionario esto no solo lleva a una disparidad, sino que puede ocasionar que la aprobación de la propuesta quede en manos de los acreedores en moneda extranjera. Las soluciones que planteamos incluyen la modificación de este artículo de la ley, disponiendo que las deudas en moneda de curso legal se conviertan de manera provisoria para la votación del acuerdo a la fecha de presentación en concurso, o bien el planteo de inconstitucionalidad de la fecha de la conversión provisoria.

I.- Introducción

La ley 24.522 de concursos y quiebras trata a las acreencias en moneda extranjera de forma diferenciada en el concurso preventivo. No así en la quiebra. En este último supuesto, debemos remitirnos al artículo 127 de dicho ordenamiento, que —a diferencia de lo que ocurre en el concurso preventivo— simplifica el tratamiento asimilando estas deudas a aquellas no dinerarias. Es decir que estas acreencias concurren a la quiebra por su valor en moneda de curso legal a la fecha del decreto de quiebra o al vencimiento, si fuere anterior, a opción del acreedor. Por lo tanto, en la quiebra, las prestaciones no dinerarias y las prestaciones en moneda

extranjera son tratadas de la misma forma. ¿Por qué ocurre ello? La doctrina¹²² ha señalado que en la quiebra no se justifica un tratamiento diverso de estas acreencias, puesto que en este proceso se espera liquidar los bienes del deudor y con su producido cancelar los créditos, preservando el principio de igualdad.

En cambio, en el caso del concurso preventivo, el tratamiento de los créditos en moneda extranjera (conversión provisoria a moneda de curso legal a la fecha de presentación del informe individual del artículo 35 LCQ presentado por el síndico, a los efectos del cómputo del pasivo y de las mayorías) es distinto que el que se le da a las prestaciones no dinerarias (conversión a todos los fines del concurso a su valor en moneda de curso legal al día de la presentación o al vencimiento si fuera anterior, a opción del acreedor).

Esta conversión provisoria, prevista en el artículo 19 de la LCQ para las deudas en moneda extranjera, ha generado controversia doctrinaria por su consecuente alteración —o no— de la *par conditio creditorum*. Una parte de la doctrina también plantea que la alteración de la *par conditio creditorum* se da al momento del pago y no al de la conversión provisoria. Sostenemos que una consecuencia —poco debatida, pero no por ello menos importante— es aquella por la cual la conversión provisoria, establecida por el artículo 19 LCQ, genera un privilegio, a la hora de votar el acuerdo, para los créditos en moneda extranjera por sobre los créditos en moneda de curso legal, debido a que la cristalización de las acreencias se da en fechas disímiles. Finalmente, proponemos algunas soluciones al tema.

II.- Críticas de la doctrina

1. La conversión provisoria: la *par conditio creditorum* y el artículo 19 LCQ

Heredia¹²³ señaló la existencia de una discusión doctrinaria sobre la alteración del principio de igualdad de trato entre los acreedores que hizo que se llegara a poner en tela de juicio la constitucionalidad del artículo 20 de la ley 19.551 (actual artículo 19 de la ley 24.522). Lo que sostenía esta parte de la doctrina era que, en el concurso preventivo, debía darse el mismo tratamiento a las obligaciones en moneda extranjera que a las prestaciones no dinerarias: convertirlas de manera definitiva a moneda de curso legal a la fecha de presentación en concurso o al vencimiento si fuere anterior.

122 Chomer, H. O. y Sícoli, J.S. (2011). *Ley de concursos y quiebras 24.522 y sus modificaciones incluidas las introducidas por la ley 26.684*. Buenos Aires: La Ley, p. 239.

123 Heredia, P. D. (2000). *Tratado Exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, pp. 506-8.

Fassi y Gebhardt¹²⁴ señalaron que, si bien la solución de la conversión provisoria es generalizada en la jurisprudencia, “*subsisten las corrientes doctrinarias que intentan hacer prevalecer el principio del trato igualitario a los acreedores, en virtud de lo cual la conversión se debería hacer, con carácter definitivo, a la fecha de apertura del concurso preventivo* (con cita de Bergel, Sajón y Rubín, ponencia en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. As., octubre de 1984).

Recordemos que la conversión se realiza con un único objetivo: el de posibilitar el cómputo del pasivo y de las mayorías para aprobar la propuesta de acuerdo “ *fijando una base de apreciación común para posibilitar los cálculos, de modo que estas deudas, en el concurso preventivo no cambian la naturaleza de la obligación, la que sigue siendo en moneda extranjera. Esta conversión no hace cosa juzgada y, por ende, cualquier modificación respecto de la moneda en que se comprometió el deudor solo puede provenir de una cláusula del acuerdo homologado*”¹²⁵.

La ley establece que esta conversión provisoria se realiza a la fecha de presentación del informe individual previsto en el artículo 35 de la LCQ. Sin embargo, la práctica nos enseña que se utiliza la cotización de la moneda extranjera a la fecha más cercana de presentación de este informe, por cuanto es de cumplimiento imposible la fecha prevista por la ley.

Como vemos hasta aquí, la conversión provisoria ha sido motivo de debate ya desde la ley 19.551.

Chomer y Frick¹²⁶ señalaron que la conversión provisoria es el resultado del tratamiento paritario de los acreedores respecto de aquellos que se encuentran en idéntica situación y que se vulneraría este principio si la conversión fuese definitiva, puesto que “*al sacrificio del acreedor en moneda extranjera para la homologación de un acuerdo con quitas o esperas se le suma la ‘desnaturalización de la obligación’ trasladando el riesgo de devaluación o de cambio de precios relativos en la cotización de las divisas. Tal actuar indicaría un tratamiento discriminatorio para este tipo de acreedores*”. Concluyeron que el tratamiento que da la Ley de Concurso y Quiebras a las deudas en moneda extranjera es coherente y adecuado, pero reconocieron que esta coherencia no es sostenida de manera unánime por la doctrina y que diversos autores han postulado que la regla establecida por el legislador para el tratamiento de estos

124 Fassi, S. C. y Gebhardt, M. (1999). *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*”. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 82-3.

125 CNCom. - Sala D - 24/4/2018. Expte. 7475/2015/2, “Koguttek, Diego Ariel s/ Incidente de revisión por Zarzecki, Mariano”

126 Chomer, H. O. y Frick P. D. (2016). *Concursos y quiebras. Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada. Complementaria del Código Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 399.

créditos en realidad vulnera el principio de la *par conditio creditorum*.

Entendemos que es necesaria una conversión provisoria a moneda de curso legal para poder equiparar los créditos al momento de la votación y concordamos en que si la conversión fuera definitiva, se desnaturalizaría el carácter de la obligación. No obstante ello, como veremos, podría cuestionarse la fecha que establece para la conversión el artículo 19 de la LCQ.

2. La *par conditio* y la conversión al momento del pago de la deuda

Dado que el deudor, en los términos del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede liberarse de la deuda contraída en moneda extranjera dando el equivalente en moneda de curso legal, parte de la doctrina opina que la alteración de la *par conditio* se da al momento de la conversión para el pago de la deuda. En este sentido, Fassi y Gebhardt¹²⁷ señalaron que la ley no prevé cómo se pagarán los créditos en moneda extranjera, lo que va a depender de la solución que se le dé al problema del tipo de cambio, solución que incidirá en “la necesidad de resguardar la igualdad entre acreedores, pues no es equitativo que los créditos en moneda nacional queden privados de intereses, y los en moneda extranjera sigan eventualmente creciendo por la oscilación del valor de la divisa, llevando a la quiebra de la empresa, lo cual debe tenerse en cuenta a los fines de los arts. 41 y 42 de la LCQ”.

En igual sentido, Vélez¹²⁸ señaló que, para el caso de que no haya una propuesta de pago efectivo en divisa por parte de la concursada, se deberán volver a cuantificar estas deudas a su valor de conversión a la fecha del pago para que el acreedor pueda adquirir la divisa comprometida. Finalmente, señaló que esta solución “no encierra una cláusula de ajuste restringida por la ley, sino que importa asignarle a esta clase de obligaciones una categoría legal reconocida por el nuevo derecho que regirá en el país, al haberse previsto las obligaciones de valor como categoría autónoma distinta a las dinerarias y las genéricas de dar”.

Referido a este tema, en materia concursal, se dictó un fallo en los autos “Transporte Automotor Plaza SACEI s/ s/Incidente de Opción Ejercida por Vedebe Trading S.A.” (Expte. 5387/2015/130, CNCom. - Sala E - 9/5/2019), en donde se estableció que en caso de que la deudora pretendiere pesificar las obligaciones en moneda extranjera, debe

127 Fassi, S. C. y Gebhardt, M. (1999). *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp.83

128 Vélez, H.G. (2015). “Obligaciones de dar moneda extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación - su aplicación al régimen concursal.” Buenos Aires: Estudios de Derecho Empresario, Vol. 5, p.172.

“irremediablemente” expresar dicha voluntad en la propuesta ofrecida “de manera clara e inequívoca”.

En resumen: “La cuestión atinente al modo definitivo del pago quedará, presumiblemente, en mano de la jurisprudencia que en lo sucesivo la aborde”¹²⁹.

III.- El privilegio oculto de los acreedores en moneda extranjera: la votación de la propuesta

Como se adelantó, una de las situaciones menos tratadas por la doctrina es la consecuencia que genera la conversión provisoria de las acreencias en moneda extranjera (prevista por el artículo 19 de la LCQ) que se ven beneficiadas al momento de votar, respecto de los créditos en moneda local. Ello, con motivo de las distintas fechas de cristalización de las deudas que plantea la LCQ. Es decir:

- 1) las deudas en moneda de curso legal votan con su determinación (intereses incluidos si fueron peticionados) a la fecha de presentación en concurso; mientras que
- 2) las deudas en moneda extranjera votan convertidas (con intereses incluidos si fueron peticionados) a la fecha de presentación del informe individual.

En la actualidad de los concursos preventivos —más aún si tenemos en cuenta las prórrogas que se han solicitado con motivo de la pandemia—, existe un plazo promedio de siete u ocho meses desde la presentación en concurso hasta la presentación del informe individual y, por los efectos inflacionarios, se generan significativas diferencias en la cotización de las divisas extranjeras.

Cabe recordar que en el año 1995 (fecha de origen de la ley 24.522) existía la paridad cambiaria de \$1 = USD 1. El valor de un crédito era el mismo desde el inicio del concurso hasta la oportunidad de homologar el acuerdo. Esta paridad ya no existe y los saltos en la cotización del dólar son frecuentes.

129 Arecha, M. (2018). “Efectos de la apertura del concurso preventivo” en: Frick Pablo D. (director). *Manual de concursos y quiebras. Explicación del régimen de la ley 24.522, adecuada al Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo 1. Buenos Aires: elDial.com. Vol. 1, pp. 109-138.

Para dar un ejemplo, si analizamos un concurso que se inició en julio de 2019, la cotización del dólar tipo vendedor del BNA a ese momento ascendía, aproximadamente, a **\$41,50** y, ocho meses después —en una estimativa fecha de presentación del informe individual del artículo 35 LCQ—, es decir marzo del 2020, ascendía a **\$63**.

Así, cada **\$100** del crédito de un acreedor quirografario en pesos equivaldría a **\$100** a los efectos del cómputo de su “voto”, y un crédito en moneda extranjera de **\$100** en la fecha de inicio del concurso equivaldría a **\$151,81** a los efectos del cálculo de las mayorías para aprobar un acuerdo. **Existe un incremento del 51,81% en el importe de los créditos de los acreedores en moneda extranjera.**

Cuando estaba vigente la ley 19.551, Escandell¹³⁰ señalaba una consecuencia —que no dudaba de calificar perversa— ocasionada por “la generación de estructuras de votación distintas a las estructuras resultantes de la verificación”, lo que aparejaba como consecuencia una ventaja en los créditos en moneda extranjera respecto a sus pares en moneda de curso legal, constituyendo ello un apartamiento de la *par conditio creditorum* “llevada a un extremo en el que aparecen claramente conculcadas expresas garantías constitucionales, cual es el ejemplo el derecho de propiedad”. Así, el autor sostenía que al efectuarse la votación de los acreedores locales, estos sufrían una pérdida irreversible de su derecho por imperio de la ley y su voluntad podía verse desbordada por el nuevo peso del pasivo en moneda extranjera, que sería suficiente para obligarlos a aceptar términos de pago depreciados por quienes se han convertido “en una extraña categoría de *quirografarios privilegiados*”.

Es decir que podría ocurrir el caso en que las mayorías se logren con votación de créditos en moneda extranjera únicamente.

También, cuando estaba vigente la ley 19.551, Bonfanti y Garrone¹³¹ plantearon que el criterio que establece que las deudas se conviertan de forma provisoria en moneda de curso legal a la fecha de presentación del informe del síndico es un acierto, porque valoriza la función de la sindicatura, pero es un error en tanto “introduce un factor dubitativo en el tipo de cambio a tomar para el cálculo que puede sufrir fluctuaciones de cierta importancia”. Señalaron que en monedas debilitadas como nuestro peso (en aquella época y, por qué no, en la actual) es conveniente “no dejar resquicio alguno para que el acreedor en moneda extranjera pueda presionar sobre el resto del concurso más allá de la propia gravitación de

130 Escandell, J. (1989). “La propuesta del acuerdo y os créditos en Moneda extranjera: soluciones para la plena vigencia del principio de igualdad”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Procesos Concursales. Impacto Inflacionario en los concursos. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de noviembre de 1989.

131 Bonfanti, M.A. y Garrone, J.A. (1978). *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 168.

su (ya exigente) crédito”.

Si bien han pasado más de treinta años desde que se escribió la ponencia citada y más de cuarenta desde la cita de Bonfanti y Garrone, estas ideas recobran vigencia si se tienen en cuenta los niveles existentes de inflación en la actualidad.

IV.- Conclusiones. Propuestas

La doctrina se centró en cuestionar la conversión provisoria establecida en el artículo 19 de la LCQ para las deudas en moneda extranjera en el caso de los concursos preventivos. Parte de la misma entiende que esta conversión provisoria altera la *par conditio* y que debería hacerse en forma definitiva. Entendemos que la conversión provisoria es correcta a los fines de no desnaturalizar el carácter de la obligación, pues una eventual equiparación de la valuación de todos los créditos a una misma fecha, para ejercer los derechos “políticos” de los acreedores, no debería significar una pérdida de la esencia de la deuda en moneda extranjera desde su origen. Es decir, una cosa es la conversión provisoria para la votación, cuya fecha sí podríamos cuestionar, y otra sería una conversión definitiva que desnaturalizaría la deuda en moneda extranjera.

La problemática de la inflación y el tipo de cambio fluctuante existía ya con la ley 19.551 y fue planteada por la doctrina en aquel momento. No obstante ello, cuando se modificó la ley 24.522 estaba vigente la Ley de Convertibilidad N° 23.928 y, por lo tanto, no merecía mayor análisis este artículo.

Sin embargo, en el contexto actual se debe repensar este tema por cuanto ya no está vigente el “1 a 1” de la paridad cambiaria desde hace por lo menos veinte años (el 6 de enero de 2002 se derogó la ley 23.928). Las devaluaciones de la moneda son permanentes y provocan —aplicando este mecanismo— un evidente desvío del principio de igualdad entre los acreedores de igual categoría (quirografarios en este caso) y graduación a los efectos de la aprobación de las propuestas que presente la deudora. Entendemos que este es un privilegio oculto que se exterioriza al momento de la votación del acuerdo ofrecido por la concursada y que genera una alteración de la *par conditio creditorum* en el cómputo del “voto” de los acreedores en moneda nacional respecto de los de moneda extranjera.

Las posibles soluciones ante esta desigualdad que proponemos son las siguientes:

Modificación del artículo 19 de la ley 24.522: unificar la conversión de todos los créditos a la fecha de presentación del concurso preventivo. De este modo, la conversión provisoria que se realice a los créditos en moneda extranjera (a los fines del cómputo del pasivo y de las mayorías)

se calcularía a la fecha de presentación del concurso preventivo, concordando con la fecha de corte de las restantes acreencias.

Mientras no se modifique el artículo 19 de la ley 24.522: los concursados y, eventualmente, los acreedores en moneda nacional que ven afectados sus derechos podrían plantear la inconstitucionalidad de lo dispuesto por este artículo.

EL JUEZ FRENTE AL PLAZO DEL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD EN TIEMPOS DE EMERGENCIA

MONZÓN, H. Gerardo

Ponencia:

El juez concursal, en situaciones de normalidad, no tiene discrecionalidad para prorrogar el plazo del periodo de exclusividad más allá del límite legalmente previsto por el art. 43 LC. No obstante, excepcionalmente, en casos de hiperconflictividad social y económica generalizada, cuando el órgano deliberativo democrático no efectúa los arreglos institucionales necesarios, puede resultar problemático y generar un consenso interpretativo diverso en función del principio de conservación de la empresa, el contexto, las consecuencias sociales y el debate público como elementos de una base justificatoria más amplia.

I.- La situación de emergencia y la ausente política legislativa concursal

Las graves consecuencias económicas que atravesamos socialmente no solo son el resultado de la pandemia de COVID-19 y las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio (en adelante, ASPO) dispuestas por el gobierno federal –sus secuelas de mayor o menor restricción– y su extensión en el tiempo, sino también de una economía que se encuentra con indicadores preocupantes desde larga data¹³² y una situación de emergencia pública en múltiples áreas¹³³.

Es en este escenario donde los agentes económicos desarrollan sus actividades, o procuran hacerlo, con enormes dificultades y que, en la

132 Tomando como referencia el año 2020, nos encontramos con dos años en recesión, ocho de estancamiento, tasa de inflación cercana al 37% en el promedio anual de la última década, 35% de la población bajo la línea de pobreza sumado a un crónico déficit fiscal –financiado con altas dosis de emisión monetaria y deuda pública– y fuerte caída del salario real en el sector privado formal en los últimos años (Capello, Marcelo, “Cinco décadas igual”, *Revista Novedades Económicas* del Instituto de Estudios sobre la Realidad Argentina y Latinoamericana (IERAL) de la Fundación Mediterránea, Año 42, Edición N° 1.015, 05 de junio de 2020, http://www.ieral.org/images_db/noticias_archivos/4171-Cinco%20d%C3%A9cadas%20igual.pdf. Fecha de acceso 21 de junio de 2021.

133 Antes de la pandemia, la ley 27.541 (B.O. 23/12/2019) había declarado la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

actualidad, se ven agravadas por la paralización y disminución de las transacciones.

En materia concursal, la doctrina autoral se ocupó esforzadamente de proponer modificaciones necesarias y urgentes que oscilaron desde pequeñas modificaciones a estructurar una nueva ley de concursos, que se reflejaron en diversos proyectos legislativos y en intensas y reiteradas jornadas académicas.

No obstante la multiplicidad de propuestas y la necesidad imperiosa de adaptar los marcos institucionales al contexto de emergencia, la tan reclamada modificación legislativa no tuvo lugar.

Esa ausencia de reforma no sería tan relevante y necesaria si no fuese porque, por un lado, la ley de concursos —como último remedio de las empresas para gestionar sus crisis patrimoniales— dispone de plazos fatales y perentorios y, por otra parte, la pandemia hubiese sido un escollo de corta duración, un breve paréntesis que permitiese el sacrificio patrimonial temporario antes de reiniciar el proceso de recuperación.

Entre la celeridad del procedimiento concursal y la extensión del estado y los efectos de la pandemia, las empresas concursadas y aquellas que pretendían ampararse en el sistema concursal se encontraron con una ley que no daba cuenta de este contexto de profundas dificultades. Consecuentemente, su rigurosidad provocó numerosos problemas a los concursados y a los operadores jurídicos, fundamentalmente en una de las etapas más críticas del concurso preventivo, como es el periodo de exclusividad que les exigía, en un plazo de 90 días, con su eventual ampliación máxima de 30 días —en los casos admitidos— y sin posibilidad de prórroga, que obtuviesen las mayorías legales, mientras que en los hechos imperaba la incertidumbre y una de las peores crisis de nuestra historia.

En estas circunstancias, resultaba muy dificultoso efectuar algún tipo de propuesta, introducir modificaciones, desarrollar el proceso de negociación propio y natural del periodo de exclusividad y al final del camino llegar a un entendimiento. Y esa distorsión para estimar la magnitud del problema debía multiplicarse por el número de acreedores admitidos al pasivo concursal, es decir, si en un pequeño procedimiento los concursados se enfrentaban a una serie de imposibilidades para comunicarse y entablar diálogo, en un concurso grande o en un megaconcurso resultaba una utopía.

Si el plazo del periodo de exclusividad, otorgado al concursado para negociar con sus acreedores una propuesta que resultase conveniente para obtener sus adhesiones, se encuentra afectado en su decurso por razones ajenas a aquel, resulta cuestionable que esa imposibilidad se le pueda oponer válidamente sin menoscabo de un elemental principio de razonabilidad.

En este punto, agotado el término legal, la decisión final de ampliar el plazo del período de exclusividad quedó en manos de los/las jueces/zas y sometido a los textos legales vigentes previstos para tiempos de normalidad y estabilidad institucional.

II. - La prórroga del período de exclusividad como cuestión interpretativa

Cuando una norma es clara, como en los casos en que la ley concursal establece plazos, en principio no existe margen de discrecionalidad alguno y los jueces/zas deben aplicarla.

Esa idea puede ser defendida y existen argumentos para hacerlo, pero por sí sola resulta insuficiente, presenta fisuras. No parece acertada su pretensión de homogeneizar todos los casos sin distinción alguna y su promesa de soluciones únicas y universales. En el fondo, ese modo de reconstruir la práctica jurídica es la resultante de una equiparación implícita entre el derecho y la ley y que metodológicamente adopta a las reglas como objeto de análisis preferente.

Una pretensión de este tipo, además de reducir las fuentes del derecho a la ley, desconoce los propios límites de su postulado y se desentiende de la reflexión teórica y crítica de explicar cómo se integra el derecho, qué rol cumplen los valores, los principios y el contexto en la interpretación judicial.

Es posible examinar algunos elementos de especial importancia en épocas de emergencia y que integrados en conjunto nos permitan determinar si es posible prorrogar el plazo del período de exclusividad más allá del límite legal.

a) El Código Civil y Comercial y el principio de conservación de la empresa. En el derecho positivo nacional, hubo un hito trascendente: la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, indistintamente, Código). A partir de entonces, es posible afirmar que existe una teoría de la decisión judicial receptada por nuestro ordenamiento jurídico.

El Código en sus artículos 2 y 3 estructuró el sistema jurídico y la función del juez bajo un nuevo paradigma de interpretación y decisión judicial.

El Código Civil y Comercial contiene reglas, principios y valores que funcionan como premisas básicas para el funcionamiento del derecho privado y transversal a las especialidades. Los principios ya no tienen un carácter supletorio, sino que son concebidos en pie de igualdad y con una función de integración y control axiológico y su título preliminar como una parte general de todo el sistema jurídico¹³⁴.

¹³⁴ Lorenzetti, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, 1ª ed., Bs. As., Ed. La Ley, 2016, pp. 17, 21, 41, 44, 47.

En el derecho concursal, encontramos entre los principios fundamentales la conservación de la empresa, el mantenimiento de la fuente de trabajo y la protección del crédito. La conservación de la empresa exige a los/as magistrados/as que este principio sea realizado en la mayor medida posible y que al momento de decidir una cuestión sustancial ese mandato sea cumplido en el grado más elevado dentro de las posibilidades (fácticas y jurídicas) disponibles o en su defecto expresar una fundamentación particularmente exigente para justificar su apartamiento. Estas razones justifican que el principio de conservación deba guiar prioritariamente la decisión judicial y la aplicación de la ley. Por ello es que enfrentado el/la juez/a ante la decisión de admitir o no la prórroga del período de exclusividad exorbitando el término legal, el principio de conservación es un punto que merece una especial atención y le exige que en su interpretación trate de cumplirlo en la mayor medida posible de acuerdo con las circunstancias del caso. Ese lugar protagónico en el procedimiento concursal requiere que en situaciones de excepcionalidad deba ser uno de los principales ejes sobre los que deba discurrir la decisión judicial.

b) El contexto. Es evidente que el ASPO y las sucesivas fases epidemiológicas de cada zona, inevitablemente condujeron a una parálisis de las actividades productivas, comerciales, de servicios, inversión, etc. y consecuentemente a una disminución y/o interrupción de los ingresos en todos los sectores.

Esta situación se agravó y profundizó por la extensión sucesiva de los confinamientos y no puede obviarse el inevitable reforzamiento de esos perniciosos efectos con el advenimiento de la denominada “segunda ola”.

Las empresas concursadas y aquellas patrimonialmente comprometidas que veían el procedimiento concursal como una estrategia para gestionar la crisis debieron hacer frente a este difícil panorama y, además, a una serie de imposibilidades derivadas de las medidas de aislamiento y distanciamiento social.

Si el periodo de exclusividad es una etapa trascendental en el procedimiento concursal concebida para permitirle al concursado negociar una propuesta de acuerdo con sus acreedores, pero por razones ajenas a él todo ese decurso se encuentra frustrado en su desarrollo y voluntariamente no es posible sortearlas, resulta no solo irrazonable, sino también una grave afectación al estándar de coherencia la exigencia del plazo fatal y la desestimación de una prórroga adicional.

Frente a esta situación, los jueces y juezas deben ser sensibles al contexto para aplicar adecuadamente la ley, actuar con prudencia y mesura, enmarcando su decisión a tiempos de crisis. Para ello, se requiere de un abordaje que tenga en cuenta el estado de excepcionalidad, las problemáticas sociales y el grado de conflictividad existente; situarse en tiempo

y espacio y con un enfoque amplio que no cierre los ojos a la situación de inestabilidad económica.

Este énfasis en una perspectiva excepcional de la emergencia es tanto más necesario si advertimos que nuestro país es propenso a atravesar crisis sistémicas cíclicas.

Por ello, compartimos la observación de Alegría cuando postula que en contextos de crisis sistémicas debe flexibilizarse la apreciación de la ley y evitarse rigorismos formales que perjudiquen la recuperación de las empresas e indirectamente afecten las fuentes de trabajo y la tutela del crédito, y propugnando que la prórroga del periodo de exclusividad puede facilitar la solución preventiva¹³⁵. Ello no supone que la decisión final puede llegar a cualquier conclusión, pues precisamente nos interesa mostrar que, en ocasiones de extrema gravedad, es necesaria una discrecionalidad guiada argumentativa por parte de los/las decisores/as judiciales, donde el contexto económico social puede ser un elemento más para evaluar axiológicamente una decisión.

c) Consecuencias sociales. Al momento de decidir una de las variables a considerar son las consecuencias sociales derivadas. Esta referencia es particularmente exigible en momentos de crisis, pues, en estos casos, se amplifican y generalizan los efectos por la pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación y los resultados son fácilmente representables.

Esas consecuencias sociales en tiempos de incertidumbre y crisis económico-sociales son las que exigen la adopción de una perspectiva de emergencia que, frente a la omisión de arreglos institucionales imprescindibles, promuevan soluciones dotadas de mayor razonabilidad y, precisamente, las consecuencias que se derivan de cada criterio adoptado constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión¹³⁶.

d) Consensos interpretativos y proyecto de ley. Hubo una notable producción de conocimiento teórico por parte de la academia concursal y reiteradas jornadas donde se discutió una amplia agenda de modificaciones, se escucharon los más diversos puntos de vista y se suministraron recursos intelectuales y metodológicos sumamente valiosos.

Todas esas voces expresivas del trabajo intelectual se hicieron escuchar en los ámbitos más plurales. Entre los más diversos puntos debatidos, dos que generaban un consenso unánime eran la emergencia concursal y la

135 Alegría, Héctor, "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", *La Ley* 2004-E, 723.

136 Lorenzetti señala que este criterio consecuencialista lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia (Lorenzetti, Ricardo, *ob. cit.*, 57).

necesidad de una prórroga de plazos del procedimiento concursal.

De las múltiples propuestas legislativas, el proyecto 1771-D fue el que generó mayores expectativas, por haber sido aprobado por la Cámara de Diputados, con fecha 31 de julio de 2020, que declaraba la emergencia concursal hasta el 31 de marzo de 2021 y disponía la suspensión de plazos del periodo de exclusividad hasta esa fecha y la reprogramación del cronograma concursal. Para el caso de los (nuevos) concursos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, el plazo del periodo del artículo 43 sería de 180 días, aunque facultaba al juez a extenderlo, por única vez, en 60 días adicionales.

No obstante la urgencia del proyecto, una vez remitido al Senado recién a mediados del mes de octubre se aprobó, pero con la introducción de algunas modificaciones. Por ello se remitió en devolución a la Cámara de Diputados para someterlo a una nueva consideración y se propuso extender el plazo de emergencia concursal hasta el 30 de junio de 2021.

A partir de esta iniciativa, es posible inferir que el órgano deliberativo tuvo cierta preocupación por el tratamiento de estos temas —que inexplicablemente se diluyó en el tiempo— y resultaba consciente del estado de emergencia concursal y que la concesión de un plazo mínimo de 180 días para el periodo de exclusividad fue una de las herramientas que elaboró para mitigarla.

Ciertamente, es extraño hablar de la voluntad del legislador, pues debido a las distintas reformas legislativas de la ley 24.522 por las leyes 25.563, 25.589, 26.086, 26684, 27170, que estuvieron inspiradas en distintos propósitos, no resulta claro cuál sería esa voluntad o qué pretendemos expresar¹³⁷. Menos aun cuando ese proyecto no se convirtió en ley.

A pesar de ello, si tenemos en cuenta la profunda crisis atravesada a finales de 2001 y la respuesta legislativa expresada en la sanción de las leyes 25.563 y 25.589 y el referido proyecto legislativo, es posible inferir una solución simple y común que se repite en ambas situaciones: la ampliación del plazo legal previsto para el periodo de exclusividad.

Como el proyecto no llegó a convertirse en ley, no es posible sugerir la existencia de una tradición legislativa en épocas de crisis económicas, pero sí podemos advertir un mecanismo de respuesta institucional que rápidamente se presenta frente a estos supuestos. Por otro lado, desde el debate público, se produjo —y sigue produciéndose— un gran cúmulo

¹³⁷ La utilización de ese giro lingüístico y su indeterminación nos conduce a diversos problemas de identificación, pues como señala Nino, habría que seleccionar los hechos que constituyen manifestaciones de esa intención: puede tratarse de una referencia a la exposición de motivos, a los debates parlamentarios, al comportamiento de los legisladores, etc. (Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política*, 1ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Ed. Siglo Veintiuno, p. 93).

de conocimientos, deliberaciones y exposiciones que sedimentaron dos puntos de consensos unánimes: la emergencia concursal y la necesidad de extender el plazo del periodo de exclusividad.

Esas conclusiones no fueron desapercibidas en los debates parlamentarios que las asumieron en su proyecto de ley. Por ello, si tenemos en cuenta la “preocupación legislativa” y las conclusiones de la academia concursal altamente especializada en la hiperconflictividad derivada de las relaciones jurídicas, parece apropiado en la argumentación judicial y la revisión de los planteos de los concursados mostrarse atento a esas enseñanzas cuando los arreglos institucionales no logran auxiliar oportunamente a quienes se encuentran en momentos de zozobra.

III.- Conclusión

Cuando en épocas de emergencia los marcos legales no se adaptan, es exigible a los/las jueces/zas que razonen de un modo más profundo, exigente y sofisticado que en tiempos de normalidad. En ese ejercicio y con particular énfasis, deben examinarse los principios concursales, el contexto, las consecuencias sociales y los consensos interpretativos de la academia como elementos de una base justificatoria más amplia. Desde este punto de mira, en tiempos de profundas crisis, existen buenas razones para permitir a los/las jueces/zas concursales prorrogar los plazos del periodo de exclusividad más allá del término previsto legalmente.

ÓRGANO SOCIETARIO LEGITIMADO A FORMALIZAR LA PROPUESTA EN CONCURSO DE SOCIEDADES

RICHARD, Efraín H. y VAISER, Lidia

En relación a la propuesta de acuerdo en un concurso o acuerdo preventivo judicial o extrajudicial de una sociedad, es tema primordial determinar qué órgano tiene legitimación para hacer la propuesta, para que el juez pueda aceptar su imputabilidad.

Anticipamos que, conforme la legislación societaria (LGS), esa propuesta corresponde a la competencia del órgano de gobierno de la sociedad.

I.-

Cabe aclarar que la presentación en concurso de una sociedad no altera la funcionalidad de sus órganos, sin perjuicio de someterlos a algunas autorizaciones judiciales e imponerles obligaciones informativas o procedimentales.

En primer lugar, el juez debería expedirse sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando esta es una sociedad. Ello hace a la legitimación de la persona u órgano que la formalizó —al margen de la representación de quién la haya acercado al juicio universal—.

Miguel Raspall se ha expedido¹³⁸ marcando la significativa cuestión: “La propuesta (oferta de acuerdo) implica un nuevo compromiso, una nueva obligación que asume el deudor con relación a los acreedores en caso que la misma sea aceptada y como tal, quien la formula debe tener la capacidad legal para hacerlo, de tal manera que el acto pueda imputarse válidamente al ente social”, y afronta una cuidadosa investigación recorriendo la opinión de autores clasificando las respuestas, y reprocha: “Es común ver que en concursos preventivos de sociedades directamente la propuesta la presenta el abogado patrocinante, sin cumplimentar ningún otro recaudo. No es firmada por el representante legal, no se acompañan actas que muestren el tratamiento y aprobación de la misma siquiera por el órgano de administración, etc. Igualmente, frente a

138 Raspall, Miguel. *Propuesta de acuerdo en los Concursos Preventivos de las sociedades. Quién es el legitimado, ¿el órgano de administración o el órgano de gobierno?* En Editorial ZEUS, Rosario 25 de febrero de 2008, año XXXV, Revista n° 6 tomo 106, pág. 261.

determinados tipos de propuestas, no se presenta el acta de reunión de socios o de asamblea que trata la misma y la aprueba por las mayorías legales y estatutarias”. Concluye Raspall: “Una actuación diligente en esta materia, que evitará sorpresas desagradables, parte de considerar que no es suficiente con la conformidad o ratificación en su caso, otorgada por el órgano de gobierno con el pedido de presentación en concurso preventivo”.

Congruentemente, sobre el punto se ha opinado en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y de la Insolvencia de Rosario¹³⁹: “Presentar la propuesta de acuerdo a los acreedores, en los concursos de sociedades comerciales, no debe confundirse con su formulación. [...] Debe señalarse que la ley concursal dispone en su art. 6 que cuando se trata de una persona de existencia ideal la solicitud de apertura del concurso preventivo la deberá efectuar el representante legal, previa resolución, en su caso del órgano de administración. Pero la resolución de continuar el trámite iniciado, que debe presentarse en el expediente dentro del plazo de treinta días de la fecha de presentación, corresponde al órgano de gobierno”.

II.-

Es congruente pensar que, a la fecha de la ratificación de la presentación en concurso, el órgano de administración ya debería haber puesto a consideración de los socios no solo la crisis económico-patrimonial que llevó a esa presentación, sino el plan para superarla y la posible propuesta como solución de esos problemas de la sociedad, que debería formalizarse en el momento procesal para consideración de los acreedores, como hemos sostenido en otra ponencia. La funcionalidad de la sociedad no se altera, pese al escudo protector que la presentación en concurso le ha otorgado. Los balances deben practicarse, las rendiciones de cuentas y las memorias en su caso deben ser presentadas por el órgano de administración al órgano de gobierno, como lo debieron hacer cuando advirtieron en la memoria precedente la posible crisis, salvo circunstancias sobrevinientes.

Ante situaciones de crisis, la cuestión se agrava por los riesgos de responsabilidad atribuible a los mismos socios, que ante la infrapatrimonialización deben adoptar las opciones imperativas que les otorga el artículo 96 LGS, todas a cargo del órgano de gobierno. El órgano que determina la propuesta hace a esa responsabilidad de socios en su caso (arg. arts. 99 y 254 LGS, ante violaciones a normas imperativas

139 Borgarello, Luisa Isabel y Richard, Efraín Hugo “Legitimación para formular propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades comerciales”, t. 1, p. 763 de los libros del Congreso referido.

conforme arts. 150 y 167 *in fine* CCC, que aclaran a que socios alcanza esa responsabilidad). Se corresponde a la congruencia con las normas preconcursales de la Ley General de Sociedades (derivadas de los arts. 1, 94, 96 y 99 LGS).

III.-

Se trata de una aparente omisión del legislador, que ya existía en la normativa concursal derogada (ley 19.551), que impone analizar a través de las normas substanciales qué órgano tiene competencia para considerar que la propuesta no fue formulada por órgano societario incompetente, y sea que le es imputable a la persona jurídica. Manifestada la improcedencia de que la propuesta sea formulada por el representante legal o el apoderado, corresponde establecer cuál es el órgano societario competente para resolver cuál va a ser la propuesta de acuerdo preventivo que formulará la sociedad, y ello excede a los actos de mera administración, pues compromete responsabilidad de socios, su misma posición en la actividad empresarial.

No se trata de negar las obligaciones del órgano de administración de proponer un plan de negocios y su viabilidad a través de la propuesta de acuerdo. Es el órgano de administración el que debe efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión. Ese órgano es el que debe convocar, con tales estudios, al órgano de gobierno. Pues como acertadamente lo señala Heredia¹⁴⁰, citando a Ragusa Maggiore, no puede reconocerse en el órgano de administración la facultad de decidir la propuesta de acuerdo, cualquiera que sea su contenido. Esa decisión debe emanar del órgano de gobierno de la sociedad, ya que deviene una cuestión de trascendencia para el derrotero de la vida societaria. La propuesta debe reflejar la voluntad del concursado y la voluntad del concursado cuando se trata de una sociedad, es la voluntad social expresada por su órgano de gobierno, debidamente convocado.

Adviértase la posibilidad de que, ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva o ilegal, se autorice la aplicación del artículo 48 LCQ¹⁴¹, de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros, como también

140 Heredia, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, tomo 2, arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 50.

141 Richard Efraín Hugo “Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. solución privada” en *RDCO* Julio-Agosto 2006, n° 519, dentro de la 9ª parte: “Pero el enriquecimiento de los socios, la posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva, autorice la aplicación de la legitimación para nuevas propuestas, incluso heterónomas (art. 48 LCQ) de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros”.

la posibilidad de incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar, además de las citadas, la acción prevista en el artículo 54 *in fine* LGS contra los controlantes abusivos o torpes¹⁴², o lisa y llanamente las de responsabilidad por daños que resultan de la LGS y CCC.

Debemos reparar además en el costo impositivo que podría generar una propuesta de quita y espera por la ganancia que genera al patrimonio de la sociedad e indirectamente al de los socios, todo lo que impone una visión societaria de la tipicidad de esa modalidad organizativa.

Incluso, cuando los terceros acreedores afectados por la propuesta írrita homologada –y que no votaron– intentaran accionar contra los socios de control, estos podrían sostener que no les es imputable la acción, por no haber intervenido al respecto y corresponder al juez la homologación de un acuerdo en el que no intervinieron.

Algunas opiniones doctrinarias sostienen: “Bastaría la ratificación por parte del órgano de gobierno de la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los administradores”.¹⁴³ Resulta claro que esa ratificación señala la ilegalidad de la formulada con anterioridad por otro órgano, con los riesgos que importa ante los plazos perentorios para presentar una propuesta válida. Es conveniente que la decisión del órgano de gobierno sobre estos temas sea debatida en la reunión o asamblea que debe llevarse a cabo. Esa asamblea autorizaría¹⁴⁴ modificaciones de la propuesta que fuere menester efectuar en el desarrollo de la negociación con los acreedores durante el período de exclusividad.

Apuntamos la opinión de algunos autores que sostienen que la quita es un fraude a la ley societaria, pues traslada el riesgo de los socios de soportar las pérdidas (art. 1 LGS) a los acreedores, y genera una ganancia a la sociedad, gravada por el impuesto a las ganancias, cuando no permite la generación de utilidades y su retiro por los socios, como ha acaecido en famosos casos, lo que podría constituir un fraude a la ley societaria.

142 Richard, obra y parte citada en nota anterior “El enriquecimiento de los socios ..., el incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción del art. 54 *in fine* LS contra los controlantes, impone, en una visión más estricta, que la propuesta de acuerdo a los acreedores sea formalizada por el órgano de gobierno de la sociedad”.

143 García Martínez, R. y Fernández Madrid, J, *Concursos y Quiebras*, Contabilidad Moderna, Bs.As., 1976, pág. 511; Farina, Juan M., *Concursos de las Sociedades Comerciales*, Zeus, Rosario, 1972, T. 1, pág. 150.

144 Richard, “crisis...” cit.: “Un primer tema de aplicar el derecho societario a la solución de la crisis, es determinar que órgano de la sociedad debe formalizar la propuesta a los acreedores. Sin duda que ella podría ya formalizarse en el mismo acto que el órgano de gobierno ratifica la presentación en concurso decidida por el órgano de administración”.

Obviamente, el órgano de gobierno podría dar instrucciones al órgano de administración sobre la formulación de la propuesta, pero de ninguna forma podría llegar a delegar en blanco sus facultades propias. Si el juez tuviera alguna duda, podría aceptar la propuesta bajo condición de ser ratificada por el órgano de gobierno, que debería hacerlo en término perentorio.

La misma inteligencia cabe para el supuesto de aplicación del artículo 48 LCQ ante el fracaso del concurso, por cuanto la sociedad puede decidir competir con una nueva propuesta, siempre por decisión de su órgano de gobierno.

La congruencia de análisis se integra con la reciente modificación del artículo 100 y el órgano de gobierno. Congruente con la interpretación que sostenemos, la norma autoriza la posibilidad, si la sociedad fuera patrimonial y financieramente viable —económicamente refiere, soslayando nosotros el análisis de la viabilidad social—, aún en liquidación podría el órgano de gobierno adoptar la resolución de volver a la funcionalidad normal. Decisión y criterio a su cargo, que obviamente generará responsabilidad a administradores y socios de control de causarse daño. Son decisiones, como la formulación de la propuesta, que escapan a la competencia del órgano de administración. La norma expresamente refiere: “Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de la cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y las responsabilidades asumidas”. En el caso del concurso de la sociedad, deberá superarse al estado patrimonial y, en caso de quiebra, levantarse la misma. La norma tiene otras derivaciones que no es del caso tratar aquí, donde ponderamos la subsistencia de los órganos de la sociedad y de sus diversas competencias, aun ante la apertura de un concurso.

LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD COMO PROPUESTA DE ACUERDO EN ÉPOCAS PANDÉMICAS

CATTELÁN, Paula C.

Ponencia:

Una propuesta de acuerdo que haya sido pensada en un contexto de prepandemia, como quita y espera, puede reformularse como liquidativa de los bienes de la concursada para hacer frente a las obligaciones preconcursales. Si la propuesta contempla la venta de los bienes y —a la vez— garantiza la continuación de la actividad empresaria, no encontramos óbice en que el juez homologue una propuesta liquidativa que redunde en la mejor satisfacción de los acreedores pre y posconcursales. La norma concursal en tiempos de pandemia ha sido interpretada teniendo en cuenta el contexto mundial y, sobre todo, la situación de los concursados que ingresaron a la solución preventiva bajo los parámetros de la “normalidad” y los asoló una de las peores crisis económicas y financieras de la historia mundial.

I.- Introducción

El objeto del trabajo radica en el análisis de las propuestas de acuerdo que, atravesadas por la previa cesación de pagos, han sufrido el agravante externo de la imposibilidad de recuperación de la crisis debido a las consecuencias económicas y financieras provocadas o acentuadas por la pandemia de COVID-19.

Nos enfocamos en aquellas empresas que durante la época anterior a la declaración de calamidad mundial se hallaban en insolvencia, pero con alguna proyección. No obstante, la caída de las ventas, la merma de la producción, la reducción del personal y la ausencia de mercados para la colocación de mercadería provocaron o agravaron las posibilidades de cabal subsistencia.

Nos preguntamos: ¿es viable que la primigenia propuesta consistente en quita y espera que el concursado pergeñó en la presentación de su concurso preventivo incorpore la liquidación del patrimonio de la sociedad para hacer frente a las obligaciones preconcursales y atender las posconcursales?

¿Cuáles son los parámetros que en casos como estos el juez debe considerar para que, alcanzadas las mayorías de ley, homologue el acuerdo preventivo?

II.- Misceláneas sobre la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo

La propuesta de acuerdo puede entenderse como la “fórmula” que el deudor ofrece a sus acreedores de causa o título anterior a su presentación concursal con el fin de lograr las mayorías de ley y revertir el estado de cesación de pagos de su patrimonio.

El contenido de las propuestas es amplio (art. 43, párr. 2°, LC). La ley realiza una enumeración ejemplificativa y dispone finalmente que puede consistir en: “*Cualquier acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente*”. Claro está que deben respetarse las condiciones que tanto el ordenamiento jurídico en general como el mismo artículo contemplan (ej. la igualdad de trato). Más allá de esta amplitud de contenido, la realidad tribunalicia nos revela que la mayoría de las propuestas concordatarias consisten en *quita y espera*.

Adentrándonos en el tema de nuestra ponencia, no encontramos en el listado de “fórmulas” opción alguna relacionada con la venta de los bienes de propiedad de la concursada. Pensamos en una propuesta de tipo *liquidativa*, llevada a cabo por el deudor, con la cual se procuren cancelar las obligaciones que resulten novadas por efecto de la homologación. ¿Podría considerarse esta opción dentro del amplio espectro del artículo 43 de la LC?

Quizás el escollo se plantearía si la venta de los bienes recae sobre aquellos que son esenciales para la prosecución de la actividad de la empresa, que —como veremos— es uno de los aspectos a tener en cuenta cuando se analiza la viabilidad de un acuerdo preventivo.

En cuanto a la “entrega de bienes a los acreedores” que la LC menciona, la doctrina entiende que se trata de la dación en pago, lo que la ley 19.551 legislaba como “acuerdo por cesión de bienes”, una variante de la antigua adjudicación de bienes¹⁴⁵. Sin embargo, leemos que para que este procedimiento resulte procedente, los bienes deben ser fungibles y homogéneos¹⁴⁶, lo cual no se condice con la posibilidad que proponemos.

145 Graziabile, Darío J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, La Ley, 2018, T. III, p. 50.

146 Ídem, con cita de Holand, Mario, en Graziabile, Darío J. *Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial*, Erreius, 2016, p. 346; Junyent Bas, Francisco-Molina Sandoval, Carlos A., *Ley de concursos y quiebra comentada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, t. I, p. 344; Quintana Ferreyra, Francisco, *Ley 19.551 y modificatorias*, Buenos Aires, Astrea, 1988, T. I, p. 498.

III.- ¿Cuáles son los parámetros que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para homologar una propuesta aprobada por las mayorías de ley?

El artículo 54 de la LC, luego de determinar los diferentes supuestos en los cuales el juez debe homologar un acuerdo preventivo (conforme las mayorías exigidas en cada caso), dispone en el inciso 4: *“En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”*. La jurisprudencia se ha encargado de interpretar esta última frase.

En primer término, leemos: *“El Juez no se encuentra obligado siempre y en todos los casos, en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado favorablemente por las mayorías legales (cuyas conformidades son una condición necesaria pero no suficiente), toda vez que conserva la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés o el orden públicos, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad”*¹⁴⁷.

También: *“De allí que la alusión legal a la ‘propuesta abusiva’ o en ‘fraude a la ley’ debe ser evaluada en cada caso en concreto y desde una perspectiva concursal, no pudiendo ser consideradas las cuestiones generalmente involucradas en la materia –cantidad de cuotas concordatarias, quita, espera, tasa de interés– desde un punto de vista meramente matemático”*¹⁴⁸.

El fallo de la Corte Suprema “Arcángel Maggio SA”, el cual ha marcado pautas concretas sobre el tema, ha señalado: *“En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez, debe apreciar objetivamente si el deudor –en ejercicio de su derecho–, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual, naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva”*¹⁴⁹.

Entonces, siendo sintéticos: el juez debe velar por que la propuesta de acuerdo formulada por el concursado haya cumplido con las mayorías requeridas por la ley. No obstante, tiene una llave que le permite abrir la puerta para volcarse al análisis de la propuesta más allá del aspecto cuantitativo: si es abusiva o fraudulenta.

147 CNCom., Sala, “Epelbaum, Lucio s/ Concurso Preventivo”, 07/12/2007.

148 CNCom., Sala B, “Capital Food S.A. s/ Quiebra”, 18/03/2016, TR LALEY AR/JUR/98498/2016.

149 CSJN, “Arcángel Maggio, S.A. s/Concurso Preventivo”, considerando 9, párrafo tercero, suplemento Concursos y quiebras (marzo), 50, La Ley 04/06/07.

Vemos que la jurisprudencia pondera –ente otros– la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo y el análisis del sacrificio impuesto a los acreedores, quienes verían conculcado su derecho si no se satisfacen sus créditos.

Una propuesta de acuerdo que implique la liquidación de los bienes de propiedad de la concursada para hacer frente a las deudas preconcursales, ¿puede considerarse abusiva? ¿Cómo se garantizaría la conservación de la empresa y la satisfacción del crédito de los acreedores?

¿Cabe otra interpretación de la norma luego del arribo y la instalación de la pandemia?

IV.- Vientos de cambio en la jurisprudencia a raíz de la pandemia

Creemos que la crisis global provocada por la pandemia de COVID-19 ha generado alteraciones sanitarias, sociales, económicas, financieras, entre otras tantas. En cuanto a la interpretación de la normativa concursal en particular, leemos: *“En esa línea, no puede soslayarse que una situación sin precedentes –a nivel mundial– requiere de soluciones excepcionales y que, si bien en la actualidad no hay norma que regule, concretamente, las consecuencias de esa emergencia en el ámbito concursal, ello no puede implicar, so riesgo de desconocer la manifiesta realidad circundante, y las dificultades por las que atraviesan los distintos actores socioeconómicos”*¹⁵⁰.

También: *“No puede ignorarse que el concursamiento es un remedio al que ha acudido la deudora con el solo fin de evitar la liquidación forzosa y permitir un acuerdo con sus acreedores que le permita revertir la situación que la aqueja, agravada por el gravísimo impacto en todas las facetas de la actividad económica y productiva y la incerteza en la situación económica y financiera que ha producido la Pandemia Covid 19, a lo largo del mundo y, especialmente, en nuestro país, sumado a las duras circunstancias ya existentes y otras impredecibles. Todo ello ha llevado a la concursada a implementar medidas de excepción para tratar de cancelar las deudas exigibles, más aún cuando su eventual quiebra no redundaría en mayores beneficios para los acreedores”*¹⁵¹. En este caso, si bien se trataba de un acuerdo homologado, se resolvió admitir la propuesta de la concursada un mecanismo de venta secuencial de activos para ir cancelando las cuotas devengadas y vencidas, ya que se entendió que tal ofrecimiento resulta mucho más beneficioso para los intereses de

150 CNCom., Sala A, “Ancers SA s/Concurso preventivo” 17/11/2020, TR LL AR/JUR/61073/2020.

151 CNCom., Sala “A”, “Guido Guidi SA s/Concurso preventivo s/incidente de apelación”, TR LL AR/JUR/62431/2020.

los acreedores que una quiebra, donde presumiblemente se reduciría el valor de los bienes a liquidar.

Conmueve la interpretación que efectúa la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial cuando sostiene: *“Siempre que exista la posibilidad de evitar la solución liquidativa, esa posibilidad debe ser preferida, no solo porque esto es así para la ley en tanto inspirada en la necesidad de priorizar la solución preventiva, sino porque ese principio tiene hoy el dramatismo de esa realidad que nos azota que impone –como nunca- evitar alternativas que, como la quiebra, suelen ser más caras y dolorosas”*¹⁵².

Como vemos, la norma concursal en tiempos de pandemia ha sido interpretada teniendo en cuenta el contexto mundial y, sobre todo, la situación de cada uno de los concursados, quienes ingresaron a la solución preventiva bajo los parámetros de la “normalidad” y los asoló una de las peores crisis económicas y financieras de la historia mundial.

V.- Conclusión

Consideramos que una propuesta de acuerdo que haya sido pensada en un contexto de pre-pandemia, como quita y espera, puede reformularse como liquidativa de los bienes (art. 15 CCCN) de la concursada para hacer frente a las obligaciones preconcursales. Recordemos que, desde el inicio, este deudor optó por la solución preventiva y no liquidativa.

Estamos frente a una crisis sistémica en la cual no se debe perder de vista a los deudores que se encuentran atrapados en el sistema concursal actual y posibilitarles una salida que evite la quiebra y sus consecuencias (inhabilitación, responsabilidad y acciones persecutorias, si hubiere lugar).

No se trata de que el concurso haya sido pensado como un fraude o que estemos frente a una imposibilidad ineludible de cumplimiento por la imprudencia o la falta de previsión del concursado en su propuesta, sino que han variado profunda y sustancialmente los antecedentes tenidos en consideración, las circunstancias y el contexto en el que la propuesta concordataria es ofrecida a los acreedores. Y esa sustancial diferencia entre el pasado y el imprevisto presente podría derivar en la quiebra.

Si bien podría esbozarse que la liquidación de los bienes de la concursada estaría violentando el principio de conservación de la empresa y los puestos de trabajo (cánones del concurso preventivo), lo cierto es que si la propuesta contempla la venta de los bienes, pero –a su vez– garantiza

¹⁵² CNCom., Sala C, “Latam Agro SA s/Concurso preventivo”, 27/05/2020, TR LL AR/JUR/18683/2020.

la continuación de la actividad empresarial¹⁵³, no encontramos óbice en que el juez homologue una propuesta liquidativa que redunde en la mejor satisfacción de los acreedores pre y posconcursoales.

No olvidemos que, dentro de las facultades concedidas por el artículo 274 de la LC al juez concursal, como director del procedimiento, en el contexto descrito se encuentra la posibilidad de disponer las medidas conducentes para el impulso de la causa hacia sus objetivos. Por ello, creemos con firmeza que cuando el juez se encuentre frente a la homologación de una propuesta de acuerdo que ha sido negociada en contextos más desventajosos que los habituales (pandemia) debe ponderar la situación del deudor, de su empresa y la posibilidad de que los acreedores actúen con empatía ante la situación generalizada en la que ellos también se encuentran inmersos¹⁵⁴.

153 Por ejemplo, a través de la venta de maquinarias, determinados establecimientos, participaciones accionarias, etc. con la condición de que el adquirente manifieste su conformidad con la satisfacción de los créditos preconcursales, o bien la concursada pueda continuar con su actividad alquilando el establecimiento o la maquinaria.

154 Chómer, Hector O. “Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal”, LL 03/08/2020, 1.

QUITA EN EL CONCURSO DE SOCIEDAD: ¿SIEMPRE ILEGAL?

RICHARD. Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F.

Ponencia

La quita en el concurso de sociedades no solo es ilegal, sino que es incongruente desde el punto de vista económico, salvo que se proponga como una opción la capitalización en favor de los acreedores que no han aceptado la quita expresamente.

Desarrollo

1. Para presentarse en concurso, la sociedad debe estar en “cesación de pagos”, incluso sin incumplimiento, a fin de obtener una protección que solo otorga la apertura¹⁵⁵. Pero luego se proponen ritualmente quitas y esperas desmesuradas, incongruentes con la situación patrimonial financiera que ostentaba. Si solo detectaban cesación de pagos, solo necesitaban espera, y quizá nada por la demora del concurso. La quita es cuando menos abusiva por innecesaria. Recuérdese que la cesación de pagos implica activo corriente insuficiente para atender el pasivo corriente, contando con activo suficiente, quizá inmovilizado.

2. La quita estaría justificada (patrimonial más no sustancial ni legalmente) solo para superar la infrapatrimonialización, pero eso tiene remedios precisos por normas imperativas de la ley societaria para evitar se infrinjan daños a terceros, que no son la quita impuesta por una mayoría formal¹⁵⁶. Y en este caso implicaría un fraude a las normas imperativas de la Ley General de Sociedades (LGS), conforme los artículos 150 y 12 CCC, pues de existir infrapatrimonialización, debió ser afrontada por

155 La presentación en concurso de una sociedad le genera un escudo protector de los juicios que pretenden parte de su patrimonio, como la liberación de las medidas cautelares que alteran su funcionamiento, incluso la restitución de servicios públicos o administrativos indispensables. Pero no altera en nada su funcionalidad, salvo someter a autorización judicial ciertos actos que podrían afectar a los acreedores o al patrimonio que los resguarda. Y la capitalización no es desechable.

156 Solo pueden expresarse los que hayan logrado la verificación o admisibilidad de sus créditos, mermados por argucias y por la pérdida de universalidad por la reforma del art. 21 LCQ en el año 2006.

administradores y socios por las normas imperativas de la ley societaria so pena de incurrir en una responsabilidad subsidiaria (arts. 96 y 99 LGS)¹⁵⁷. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –infrapatrimonialización o insolvencia– y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan. Incluso se diferencia¹⁵⁸, con buen criterio, la *insolvencia negocial* –entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos– de la *insolvencia patrimonial*, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

Nos hemos referido en muchas oportunidades a que en el concurso de sociedades la quita configura un fraude a la ley societaria¹⁵⁹. En el balance de la sociedad concursada, tan pronto firme la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo con quita y espera, el pasivo se contrae y el saldo quirografario de corriente pasa a ser no corriente, pero no habiendo disminuido el activo, se genera un incremento en el patrimonio neto que se encuadra como una ganancia extraordinaria, que sin duda valoriza el patrimonio de los socios, y en casos permitió su distribución previo pago inmediato del impuesto a las ganancias. En paralelo, se genera un quebranto en los patrimonios de los acreedores afectados por la quita. En este contexto, esta solución concursal es un excelente negocio financiero para el deudor, sin importar si es de buena o mala fe y si responde a un planificado proceso para que terceros absuelvan la crisis de su patrimonio.

En muchos casos, la pretensión de imponer quitas a los acreedores va unida a un incumplimiento de los administradores –y socios– a previsiones imperativas de la LGS y del CCC, en cuanto a la presentación de la contabilidad, necesaria para la formulación de la propuesta, impositivos de la homologación de un acuerdo –lo acabamos de ver en

157 Ponemos acento en la infrapatrimonialización que genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios– de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La pérdida del capital social –infrapatrimonialización– no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, pues con una adecuada administración financiera es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada encubriría el patrimonio neto negativo y la posibilidad concreta de dañar.

158 Prats Marquina, Marta “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal”, *R.G.D.* Madrid, 1998.

159 Fushimi, Jorge F. y Richard, Efraín H. “El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)” en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2013, Ed. Legis, Buenos Aires, p. 153. Arecha.

el caso Vicentin S.A.—. Es la falta de contabilidad o al menos la falta de presentación de libros, documentación y registraciones contables incluyendo balances y demás estados contables, lo hemos tratado conjuntamente¹⁶⁰. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt¹⁶¹ denomina “asimetría informativa”. El acreedor debe dar su conformidad sin disponer de ningún elemento que le permita hacerlo con fundamento en racionalidad.

Una digresión: este planteo nace como un concepto de estricta equidad y lógica integratoria del derecho societario con el concursal. En las sociedades de personas, los socios están obligados a soportar los quebrantos y, consecuentemente, el peso de la apertura de procesos concursales. En el caso de las sociedades con socios con responsabilidad limitada, este beneficio limitatorio se concede sujeto a la condición de la debida integración del capital suscripto. Pero no basta con que el capital social sea “positivo” solo al momento del acto constitutivo, sino que por las normas imperativas societarias con las que venimos machacando hace años, también están obligados a mantener el capital social de esta manera. Cuando se produce la insolvencia (pérdida del capital), la ley les impone la obligación de reconstituirlo sea por vía del aumento de capital, sea por vía del reintegro. Y en eso consiste el beneficio legal de la limitación de la responsabilidad: no se trata de un derecho natural e inalienable de los socios de ciertas formas societarias, sino de un beneficio concedido a los socios. Cuando estos fallan a su obligación imperativa de mantener el capital en números positivos, no pueden pretender que el proceso concursal traslade tal responsabilidad a los acreedores a los que se les impone la quita (hablamos de aquellos acreedores que no votan a favor de la propuesta reductora de sus créditos). Obviamente, la responsabilidad limitada se mantiene para el socio que ni por acción u omisión ha generado e daño (arg. arts. 150 CCC, 99 LGS y 167 *in fine* CCC).

La tradicional e ilegal quita concursal es una ganancia extraordinaria, que implica una reducción súbita del pasivo sin ninguna contrapartida en el activo. Conforme a esa naturaleza, la Ley de Impuesto a las Ganancias establece que toda ganancia obtenida por las empresas (cualquiera sea su forma de organización, incluidas las unipersonales) está gravada por el impuesto a las ganancias¹⁶².

160 Fushimi, Jorge F. y Richard, Efraín H. “La certeza de la ciencia contable y la desaparición de libros de la sociedad que se presenta en Concurso” en *Nuevos Aportes al Derecho Contable - IV Jornada Nac. de Derecho Contable*, Ed. Errepar, Bs. As. 2011, p. 297.

161 Gebhardt, Marcelo. *Prevención de la insolvencia*. Ed. Astrea. Bs. As. 2009, p. 304.

162 Art. 30, decreto 1.344/98 y según decreto 2.340/2002 del 19/11/2002.

Conscientes de esa ilicitud, enfrentamos la cuestión con el miembro correspondiente de la Academia, Prof. Dr. Juan Carlos Veiga¹⁶³, cuestionando las costumbres *contra legem* en los procesos concursales, y lo hacíamos antes del advenimiento del CCC, y particularmente de su artículo 150, que fija la primacía de normas. Sin nuestros argumentos¹⁶⁴, pero en la misma línea de libertad sin dañar, en incidente en el caso Interindumentaria SRL en fallo del 4.2.2020, con el voto de Pablo Heredia, remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando que los socios “soportarán las pérdidas” (art. 1 LGS).

3. Si se opta directamente por facilitar el concurso como escudo protector, las soluciones no son en favor del empresario, sino de la empresa. La quita cambia la naturaleza de la relación societaria: las pérdidas son a cargo de los socios, pero pueden compartirlas en el futuro haciéndolos socios. Y esa capitalización es expresamente prevista como opción imperativa en el artículo 96 LGS y desarrollada en su artículo 197.2 y receptada en el artículo 43 LCQ. No resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios¹⁶⁵, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios y los enriquezcan.

La capitalización del pasivo no genera carga impositiva para la sociedad, como en caso de quita. Aumenta el patrimonio neto por incremento del capital social, lo cual mantiene constante al activo, pero ya no existen ganancias, sino aportes de terceros (en este caso los acreedores). Los

163 Veiga, Juan Carlos y Richard, Efraín Hugo “El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas) Publicado en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, p. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En el VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia “nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, T. I, p. 367; “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”, T. II, p. 815. Con él compartiremos una comunicación en este Congreso de Bahía Blanca.

164 Richard, Efraín Hugo “Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros”, en *Revista del Código Civil y Comercial*, mensual de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, codirector Pablo Heredia, Año IV, Núm. 4, mayo 2018, pp. 67 a 107, Buenos Aires.

165 Richard, Efraín Hugo. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, *RDCO* 2013-A, p. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

aportes de capital no son ganancias. Recordamos un viejo artículo de Maffía, titulado “¿Socio a palos?”¹⁶⁶, en el que el autor criticaba la propuesta de constituir sociedad entre el deudor y los acreedores, en especial en referencia a los acreedores que no habían votado favorablemente a la propuesta. Si bien la crítica se hacía bajo la vigencia de la ley 19.551, las objeciones resultarían aplicables a la actual LCQ. Sin embargo, la decisión de los acreedores de asociarse con la concursada depende esencialmente de la naturaleza del negocio, la conducta económica más racional será aceptar la propuesta de asociarse con el deudor. Esto nos lleva nuevamente a plantear la imperiosa necesidad de contar con información contable y con un plan. Una alternativa que habíamos analizado ambos es la posibilidad de ofrecer a los acreedores constituir sociedad en la que la sociedad deudora entregue acciones rescatables, las cuales podrán serlo en cualquier momento por la emisora (o sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o bien otorgar a los acreedores opción de recompra por otros socios originarios por un valor equivalente a la quita propuesta, incluso con pérdida parcial del importe de su crédito concursal. La ventaja para la sociedad es que además de evitar el pago de impuestos libera a los fiadores que la hayan apoyado en la etapa preconcursal. Por último, como lo ilegal es imponer la quita por mayoría, la cuestión puede ponerse en un marco legal – existiendo información adecuada– otorgando opciones a los acreedores que no expresaron su aceptación o la negaron, siendo una de ellas la capitalización.

4. La capitalización de créditos no es descartable y la doctrina internacional viene atendiendo esa forma de integración de intereses. Así se afirma: “La progresiva incentivación de la capitalización de créditos en sede concursal y preconcursal¹⁶⁷ [...] ampliando así de forma progresiva el contenido de las propuestas de convenio [...] la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt-equity swap*”. Aclara la autora que seguimos: “Teniendo en cuenta que en el presente trabajo se hace un estudio de la operación desde el punto de vista tanto concursal como societario, preferimos emplear el término capitalización de créditos en lugar de capitalización de deuda”. Y sigue: “La misma genera un incremento de liquidez, reduce los costes financieros de la satisfacción de los créditos [...] permite a esta aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas”. Postula la capitalización concertada y a valor nominal, pues considera que no se puede castigar

166 Maffía, Osvaldo J., “¿Socio a palos?”, E.D., t. 56, p. 697.

167 Gallego Córcoles, Ascensión *La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity swap)*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 17/18.

al acreedor con el presunto disvalor de su crédito¹⁶⁸. Obviamente, no es descartable la existencia de prima. Karsten Schmidt¹⁶⁹ se expedía en similar sentido.

E. Daniel Truffat¹⁷⁰, enrolado en similar posición integradora del sistema jurídico, reforzada por el Título Preliminar del CCC, expresa: “*La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el ‘diseño’ de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar. [...] Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más ‘prejuicios’ que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. [...] Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. [...] En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal ‘no es una isla’*”¹⁷¹.

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad afectada, compartiendo con los originales socios —que son los que tratan de impedir esa integración con las quitas, contrarias al sistema societario—. Bajo el principio de buena fe del artículo 9 CCC, Daniel Truffat escribió¹⁷²: “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo [...] tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina —tomando una frase feliz de la ley 25.561— denomina: ‘*el esfuerzo compartido*’. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el

168 Gallego Córcoles, *ob cit.* p. 230.

169 Schmidt, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades - Concursos*. Raúl Anibal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi (Comps.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2007, T. I, pp. 395 y ss., conferencia del año 2005.

170 En el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México D.F. (México), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título *Sobre los concursos “a medida”, a la luz de la actual realidad normativa*.

171 Truffat, Daniel E. “El derecho concursal no es una isla, pero si es un derecho especial” en *Revista de las Sociedades y Concursos*. Ed. Fidas, Buenos Aires, abril 2016, año 16 - 2015 - 2/3, p. 85, que al invitar a nuestra respuesta, la generó en la misma revista a p. 99 en “Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)”.

172 Truffat, Daniel. “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente —precisamente— a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

daño emergente de la cesación de pagos recaiga ‘en exclusiva’ en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

Sin duda convergeremos en la aceptación de que las crisis de sociedades no están reguladas solo por el derecho concursal, sino que debe formalizarse la integración interpretativa referida. A su vez, el proceso concursal no puede constituirse en un fraude a la ley societaria, a lo que se responde que ello se evita con un “esfuerzo compartido”, que es la aventura compartida. Un puente de encuentro.

Impone señalarse que el “esfuerzo compartido” implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita —y ulterior acuerdo—, unido a esperas que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad.

Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros, apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis¹⁷³. ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara, que apostillaba: “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad¹⁷⁴.

5. Unamos los argumentos económicos y los normativos. Si el patrimonio de la sociedad solo está en cesación de pagos —o sea, con activo corriente inferior al pasivo corriente, pero con patrimonio positivo—, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos, un abuso de derecho y un fraude a la ley si tiene patrimonio negativo, determinado por balances e informe general del síndico, pues se han incumplido las normas imperativas de la LGS, conforme el artículo 150 CCC.

En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse estos perjudicando a los acreedores¹⁷⁵, expresamente sancionado por el

173 Nto. “Enseñanza del enseñanza del Derecho Societario de crisis”, sosteniendo: “La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 364, marzo 2018, p. 165.

174 Gallego Corcóles, *ob. cit.* p. 381.

175 Nto. “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las Normas Im-

artículo 12 CCC, a lo que es congruente el deber de la judicatura establecida en el artículo 52.4 LCQ en protección de los acreedores que votaron negativamente o no pudieron hacerlo por no tener aún verificados sus créditos. Esas disposiciones impondrán al juez la indubitable resolución.

6. Una solución que equilibraría el no tratar a las quitas como fraude a la ley societaria puede ser que la propuesta otorgue —a aquellos acreedores que no se han manifestado positivamente— la opción de la quita con la de capitalizar sus créditos para asociarse a la actividad empresarial común. Se tutelan la actividad, los puestos de trabajo, la continuidad de la sociedad, menos la posición de los socios que intentaron aprovechar la “herramienta” del concurso para transformar la crisis en un negocio, al transferir a los acreedores las pérdidas que debían afrontar conforme a normas imperativas de nuestro derecho societario.

perativas y las Crisis Patrimoniales con la suspensión del art. 94 inc. 5 LGS por la ley de Emergencia”. En La Ley, tomo 2020-A-diario del 20 de enero, 2020.

RESULTA IMPOSTERGABLE EXIGIR LA INCLUSIÓN EN LAS PROPUESTAS DE ACUERDO PREVENTIVO. PAUTAS DE ACTUALIZACIÓN DE LOS MONTOS COMPROMETIDOS A FIN DE CONSERVAR EL VALOR DE LOS MISMOS DURANTE EL TRANCURSO DEL PLAZO DE PAGO

HOLAND, Mario D.

Reseña

Hemos crecido, muchos de nosotros, conviviendo con el fenómeno inflacionario que altera por completo todas las ecuaciones de cambio, así como las relaciones entre los sujetos, imponiendo enriquecimientos y detrimentos que —en definitiva— lesionan la propiedad. El Estado y los particulares han adoptado mecanismos actualizadores del dinero, a despecho de las vigentes mandas de la ley 23.928, en todos los ámbitos de la negocialidad jurídica, excepto en los procesos concursales.

Con una inflación anual cercana al 50%, una consiguiente devaluación y la prohibición de todo tipo de actualización para las obligaciones de dar sumas de dinero, el perjuicio que sufren los titulares de créditos verificados en los concursos es tan significativo que prácticamente los arrima a la licuación total, sin que ninguna adecuada pauta de intereses compensatorios logre paliar los efectos.

Desarrollo

La prohibición de las fórmulas actualizadoras ha perdido sentido y vigencia. La inflación hace que resulte imposible sostener una suerte de *vigencia del valor nominal*, y así vemos cómo es criterio frecuente incorporar en los pactos en sede individual diversas cláusulas de actualización encubiertas. Ha sido el mismo Estado que lo ha tolerado y fomentado, ya sea en materia de créditos como para la emisión de deuda por parte del sector público. Decimos que ello ha tenido lugar en muchos ámbitos, pero no en los concursos.

Así, por ejemplo, sin agotar la nómina, la ley 27.271 que dispone el sistema UVA para el otorgamiento de determinados tipos de créditos para el sector privado; las leyes que establecen mecanismos actualizadores para las regulaciones de honorarios de abogados y procuradores con un

valor fijado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (o las provinciales), la ley 27.467 en cuanto dispone que los contratos de *leasing* sobre bienes muebles registrables o los préstamos con garantía prendaria, la ley 26.773 que implementa la remuneración promedio de los trabajadores estables (RIPTTE) para las indemnizaciones por accidentes de trabajo; la reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso de los cánones locativos; la ley 27.468 (Impuesto a las ganancias) que restableció la vigencia de la parte final del artículo 62 de la Ley General de Sociedades que impone a las sociedades allí reguladas la formulación de sus estados contables (estados financieros, según terminología NIIF) **en moneda constante**, es decir, ajustados por inflación. Sea como fuere, siempre adoptando variables que, como en el caso de las *deudas de valor*, tienen como objeto esquivar el nominalismo, para establecer vías alternativas contra la depreciación del valor de la moneda.

¿Volver a los índices actualizadores?

Ante la realidad inflacionaria instalada a lo largo de prolongados lapsos de tiempo en los concursos preventivos, sostener la prohibición de implementar fórmulas de actualización de las deudas expresadas en dinero implica sin más un divorcio total entre la realidad económica y el patrimonio de cada acreedor que no solo se ve afectado por las quitas que ordinariamente contienen las propuestas concordatarias —a las que no siempre presta conformidad expresa— con más la suspensión que opera respecto del curso de los intereses correspondientes al crédito, sino que además sufre un detrimento extra ubicado en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por un lado —es cierto— resulta inevitable pensar en las posibles consecuencias perjudiciales que una indexación general acarrearía en el mercado. Pero por otro, es innegable la total distorsión que la inflación produce cuando no existe reajuste alguno en el transcurso del tiempo en las prestaciones pendientes, que quedan prácticamente inservibles. Es el Estado el que debe corregir ese impacto. Pero mientras, deben implementarse otros mecanismos alternativos.

Necesidad de establecer fórmulas de corrección en las propuestas de acuerdo

¿Intereses?

Es una verdad de Perogrullo hoy afirmar que mientras la aplicación de los intereses corresponde a un mecanismo accesorio que tiende a reparar

la falta de devolución de un capital en tiempo o al precio que se paga por gozar de un capital dado en préstamo, la actualización monetaria —en cambio— refiere al capital mismo y a la necesidad de mantener su incolumidad. La distinción entre ambos institutos es tan certera como añeja¹⁷⁶.

Pero es también cierto que, ante la imposibilidad de recurrir a otros mecanismos, se han intentado reducir los desequilibrios mediante la implementación de intereses. Resultan siempre aleccionadoras las conclusiones del fallo “Arcangel Maggio”¹⁷⁷, en cuanto a que “la espera simple, esto es, sin intereses, equivale a una quita”¹⁷⁸. El Alto Tribunal destaca la necesidad de que las propuestas concordatarias debían compatibilizarse con el orden público, la finalidad de los concursos y el interés general, sin descuidar la protección del crédito, entre otros objetivos.

Fue allí que el tribunal cimero señaló la inadmisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo que no contemple la incidencia negativa provocada en cuanto a un recupero, frente al cumplimiento diferido de las obligaciones: *“Toda vez que no es razonable pensar que la ley permita plazos de extensión excesiva o formas de espera que desvirtúen sus disposiciones en cuanto al contenido material mínimo de la propuesta”*. Ante la prohibición legal de recurrir a la indexación, una vez más, la fórmula para evitar imponer una pérdida excesiva a los acreedores fue la exigencia de una adecuada carga de intereses en el pago diferido.

Pero, aun aceptando esa fórmula de búsqueda de reparación, va de suyo que las llamadas *tasas legales* tampoco son un reflejo de los desfasajes económicos, ya que normalmente se fijan teniendo en miras determinadas políticas monetarias con el objeto de fomentar la producción o el consumo. Basta contemplar cómo hoy la llamada *tasa BADLAR* (tasa pasiva para depósitos superiores a un millón de pesos) permanece por debajo de los índices inflacionarios.

Es que si las partes estuviesen completamente seguros de las pautas futuras de desvalorización, probablemente una fórmula correctiva con intereses podría intentar suplir cualquier indexación, estipulando una tasa que contemple ese hecho futuro. Pero también eso está lejos de nuestra realidad.

176 CSJN. 2.4.1985. “Recurso de hecho Sosa, M.T. y ots. En “Complejo textil Bernalesa SRL s/Quiebra - revisión”.

177 CSJN. 15.3.2007. “Recurso de hecho por Arcangel Maggio S.A. en Arcàngel Maggio S.A. s/concurso preventivo. Impugnación al acuerdo preventivo”. *Rev. D. Privado y Comunitario*. N° 2007-1, p. 527.

178 De la transcripción de Vaiser, Lidia. “El abuso en los procesos concursales”. *Ad Hoc*. Bs. As. 2008, p. 68.

En este escenario, pretender paliar la pérdida del valor del dinero en relaciones jurídicas de largo plazo mediante intereses deviene ilusorio. Consiguientemente, la combinación ideal es una propuesta que contemple:

- a) una pauta correctora de la desvalorización monetaria del capital;
y
- b) intereses por la financiación.

¿El dólar (u otra moneda extranjera)?

Resulta obvio que hoy puede pactarse libremente utilizando como moneda del convenio un signo extranjero. Habitualmente, dólares. Las partes buscan lo que se denomina *una moneda fuerte* para asegurar un mejor recupero de su obligación insoluta. En este escenario, aun así, la cuestión asoma con otros pormenores. Bueno es poner de manifiesto los eventuales inconvenientes que podrían surgir al respecto: diferencias de cotización, abrupta depreciación o apreciación del valor de la moneda extranjera con relación a otros bienes, etc. No es caprichoso pensar que para quien tenga que pagar en dólares, esta ecuación aplicable a los pagos diferidos, a la postre, le resulte insoportable (en materia de pago en dólares, es siempre vigente la anécdota del cliente que se dedica a la construcción y venta de departamentos que se queja de que cuando los vendió en pesos tuvo que hacer juicio para incrementar el precio, y cuando los vendió en dólares, tuvo que soportar juicios para bajar los precios).

En nuestro caso, partimos de una oferta emitida por el deudor a los fines de consolidar un acuerdo preventivo, en el fondo, un pacto plurilateral (art. 977 CCC)¹⁷⁹. Su propuesta consiste en efectuar una conversión de las deudas expuestas en moneda nacional hacia la extranjera (al revés del art. 765 CCC), con la alternativa —aún— de fijar el pago necesariamente en el mismo signo (considerando elemento esencial del acuerdo de voluntades, o bien renunciando el deudor al beneficio concedido por esa norma a su respecto), estableciéndose, en este caso, las pautas de valorización de la deuda al momento del cumplimiento, como establece

179 Recalca Vitolo que —efectivamente— se trataría de un contrato celebrado entre el deudor y una comunidad significativa de acreedores, mediante el cual, en el curso de un proceso judicial reglado, acuerdan la reestructuración del pasivo quirografario falencial, acuerdo este que bajo la condición suspensiva de su homologación por parte del juez del concurso permite la extinción de todas las obligaciones —de la naturaleza que comprenda el acuerdo— de causa o título anterior a la presentación del concurso, respecto de todos los acreedores también comprendidos en aquel, produciéndose la novación de las mismas por las nuevas obligaciones que allí se establecen (Vitolo, Daniel R. “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2009, p. 138).

el artículo 772 CCC. Debiera preverse el mecanismo pertinente para las obligaciones que originariamente estén expresadas en moneda extranjera.

¿Valor de un producto?

Por aplicación del criterio emergente del artículo 1.133 CCC —relativo a la compraventa pero trasladable a otras situaciones—, podría sustentarse un propósito de adoptar un criterio sostén de los valores con el transcurso del tiempo. *Fijación del valor con referencia a una cosa cierta*. Podría tratarse de un criterio coherente cuando se determina la valuación en consonancia con el que corresponde al producto o al servicio que corresponde a la actividad cotidiana del deudor.

¿Valor escalonado?

Ha resultado habitual en materia de alquileres. No ha sido considerado violatorio de las prohibiciones indexatorias, habida cuenta de que no refiere a la actualización de un monto nominal, sino a la posibilidad de establecer, a la hora de contratar y en el ámbito de libertad negocial, un precio distinto para cada período, propio de las obligaciones de tracto sucesivo. Conlleva la necesidad de establecer pautas objetivas de incremento de los montos a pagar, con más —en su caso— los criterios a adoptar para el ingreso de verificantes tardíos en plena secuencia de pagos respecto de las cancelaciones parciales ya efectuadas (art. 56 *in fine* LCQ).

¿Pacto de negociación periódica?

Baste recordar en este sitio las preclaras propuestas de Anich en torno a la denominada *propuesta readecuable*, que —en este rubro— adquiere ribetes realmente trascendentes. Sería, pues, una de las altas razones tenidas en miras por el autor para postular su idea al respecto¹⁸⁰.

¿Adoptando el criterio de leyes positivas?

El legislador no ha dudado —en casos que hemos mencionado— en adoptar (pese al texto de la ley 23.928) de índices oficiales (IPC, en combinación con otros) para ir determinando, período a período, la depreciación sufrida por el signo monetario nacional. De tal suerte, lo único que se

180 Anich, Juan, “La Propuesta de Pago Readecuable - Una alternativa para evitar incidencias macroeconómicas e institucionales en los procesos de reestructuración de deuda en el sector privado” - LL 2005, B, 1374.

necesita para incorporarlo a los procedimientos concursales es despejar por completo el preconceito de su analogía (falsa) con los intereses.

La solución razonable en cada caso

Debe tratarse de un sistema que contemple efectivamente el deterioro habido en el valor de la moneda y, por tanto, sea variable en relación a cada período, cada época, sin sujetarse a cartabones fijos o estrictos. La CSJN hace tiempo que ha elaborado para diversas situaciones de desequilibrio en los esquemas obligacionales la doctrina del “sacrificio compartido”. El caso del concurso tiene sus bemoles, porque ya, de por sí, es un procedimiento establecido sobre las bases de la “socialización de la desgracia” en pos de la reorganización de un patrimonio o emprendimiento aprovechable para el mercado. Pero resulta obvio que si el deudor se aferra al nominalismo la solución no es justa, y si se otorga a los acreedores una recomposición absoluta, tampoco.

Aspectos colaterales

¿Cómo se inserta en el proceso la fórmula correctora?

Seguramente, **no será el deudor quien mencione la situación en su presentación**. Al contrario, advertido de la cuestión, es probable que formule reservas constitucionales al respecto. Así como estamos, el deudor alcanza una solución casi mágica y el acreedor se pulveriza. Al distorsionarse en forma absoluta el valor intrínseco de la moneda durante el tiempo que transcurre entre la mora, la presentación y apertura, la verificación de un crédito y la fecha en que se realiza el pago de una cuota concordataria, el crédito queda al borde de la licuación.

¿Será el juez concursal implementando sus facultades para “marcar la cancha” quien proveída que fuere la apertura propicie un mensaje “anticipatorio” en torno a la cuestión marcando las nuevas reglas de juego? Requiere una convicción generalizada, lo cual —hoy por hoy— resulta raro.

Por lo demás, a la luz de todo lo expuesto, es indudable que pretender la homologación de un acuerdo que sea totalmente licuatorio de las obligaciones contenidas estaría conformando con claridad un intento de abuso a la luz de dicha norma, contrariando los fines del ordenamiento jurídico, siendo el magistrado quien debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo (art. 10 CCC).

Ahora bien, sin duda, los auténticos “agraviados” son los acreedores, quienes están en condiciones de reclamar la inserción en cualquier

propuesta de semejante ingrediente corrector. O bien lo hacen al momento de instar la verificación de su crédito, o frente a una propuesta que no lo contenga. El artículo 52, inciso 4, menciona la prohibición de homologar –efectivamente– “propuestas” abusivas.

LA FINANCIACIÓN COMO BASE DE LA REORGANIZACIÓN CONCURSAL Y LA INCORPORACIÓN A LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO DE UN RÉGIMEN DE SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURRENTES A FAVOR DE QUIEN SUMINISTRE DINERO FRESCO COMO MEDIO PARA ALCANZARLA

HOLAND, Mario D.

Reseña

Desde hace años, nuestra doctrina ha venido bregando por la necesidad de establecer mecanismos como alternativas de financiamiento para el deudor sometido a concurso, con la finalidad de alcanzar una auténtica reorganización que —a la par— contemple la composición de los intereses en danza.

La propuesta es alentar el acceso al crédito por parte de la empresa concursada mediante la implementación de un pacto de postergación o subordinación de los créditos (art. 2575 CCC) que conforman el pasivo concurrente en el concurso, a favor de quien, de forma sobreviviente, suministre fondos al deudor para reorganizar su actividad, desarrollar su giro y con ello posibilitar el cumplimiento de las obligaciones insolutas respecto de los primeros.

Ello, como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo, al compás de la fórmula genérica que —a su respecto— autoriza el propio art. 43 LCQ. Inserta la alternativa en la propuesta, de obtener las mayorías legales, podrá aspirar a un acuerdo que, homologado, imponga su contenido a todos los que resultan alcanzados por este (art. 56 LCQ).

Al mismo tiempo, es menester brindar adecuada protección al inversor, en el proceso concursal que abriga a su deudor, mediante: a) un blindaje que le permita sortear hipótesis de revocabilidad en una quiebra ulterior (lo cual se logra con el criterio del art. 121 LCQ, en especial, frente a la homologación judicial del acuerdo y las medidas para su cumplimiento — arts. 55 y 59 LCQ—); y b) adecuado recupero de su inversión, mediante un sistema de prededucción que se mantenga en la etapa de cumplimiento del acuerdo, desplazando a los que han resultado postergados (2575 CCC, 59 y 240 LCQ).

Antecedentes

La realidad ha demostrado que la empresa concursada –al acceder al remedio preventivo– si bien obtiene una suerte de protección legal que la pone al cubierto de ejecuciones patrimoniales, le otorga la posibilidad de levantar cautelares apremiantes y elaborar un plan a proponer a su pasivo concurrente, es moneda corriente que asista a serias restricciones en el mercado con severas dificultades para acceder al crédito, y –en general– a cualquier fuente de financiación, cuando en realidad no solo necesita detener la escalada conflictiva con su pasivo insoluto, sino garantizar la continuidad de sus negocios como medio para concretar su efectiva recuperación. Precisa acceder al crédito. Requiere financiación no solo durante el trámite del concurso, sino para la etapa de cumplimiento de un eventual acuerdo preventivo¹⁸¹. Es la consigna de la hora, que emerge de recomendaciones de organismos internacionales¹⁸².

Ante la carencia absoluta de avances al respecto, mientras aguardamos las reformas y modificaciones legales (transitorias, provisorias o definitivas), nada obsta a que recurramos a las herramientas que nuestra ley vigente propone y coloca a disposición de los operadores jurídicos.

El convenio de subordinación

En términos generales, identificamos a la subordinación de créditos con determinadas situaciones en las que un acreedor o un grupo de acreedores resultan postergados en su derecho al cobro, respecto de otro u otros acreedores, teniendo un deudor común¹⁸³. Tal es la variante convencional (puede ser también de origen legal e incluso judicial) que se encuentra expresamente regulada en nuestro CCC, en su art. 2575. Llevado a nuestro escenario, la figura encuentra su “hábitat” adecuado con esos contornos negociales, inserto en el esquema legal del concurso, merced a la imposición judicial que se desprende de la homologación.

El concursado, frente a la multiplicidad de especies de propuestas viables (art. 43 LCQ), pacta el régimen con sus acreedores concurrentes, los que habrán de transformarse en la categoría de “juniors”. Son los que

181 Entre todos, a manera de síntesis global, destacamos el aporte de RASPALL, Miguel Ángel, en “Pandemia, financiamiento y segunda oportunidad en el Derecho de la Crisis Empresarial”, en *Doctrina Societaria y Concursal de ERREPAR*, Boletín XXXII, septiembre 2020. Asimismo, mencionamos los importantes aportes de VITOLLO, Daniel R.: “El financiamiento de las empresas que atraviesan procesos de crisis” - Estudios de Derecho Empresario.

182 Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo (20 de junio de 2019) sobre marcos de reestructuración preventiva. En el derecho comparado resulta imprescindible destacar los avances -en el sentido recomendado- producidos en España, Chile, Colombia, Uruguay, con diferentes matices.

183 Imprescindible la consulta -entre otros- de ALEGRÍA, Héctor y BUEY FERNÁNDEZ, Pablo: “Negocios jurídicos de subordinación crediticia L.L. To. 1991-D, p. 1041.

se transformarán –homologación del acuerdo mediante– en postergados o subordinados, junto con el resto del pasivo alcanzado por los efectos del acuerdo. El pacto prevé el aporte futuro a efectuar, consolidado el acuerdo, por un tercero (que bien puede ser uno de los acreedores preconcursales), el que revestirá la jerarquía de *senior*. Es el también denominado “prestador” o subordinante.

Se trata de un convenio de subordinación crediticia *sui generis* por el cual los acreedores concurrentes se transforman, a nivel de prestar conformidad a la propuesta de acuerdo, de comunes a subordinados –“juniors”– y consintiendo que el prestamista subordinante goce de prioritarios derechos para el cobro de su crédito.

Es una subordinación por vía directa, el pago prioritario es ejecutado respecto del *senior* por el deudor y no por un tercero. El acreedor *junior* (originariamente declarado verificado o admisible) no recibe pagos del deudor común sino hasta la satisfacción, según lo convenido, del acreedor *senior*. De tal suerte, el crédito del acreedor *junior* aparece como contingente o condicional.

La raigambre contractual es propia de cualquier acuerdo preventivo, con el particular sistema de confluencia de voluntades, más la homologación judicial que lo torna oponible. Una suerte de pacto plurilateral a partir de la oferta emanada de una parte dirigida a varios destinatarios, formándose el consentimiento por manda expresa de la ley que autoriza a que una mayoría lo celebre oponiéndolo a todos, concluyéndolo solo entre quienes lo han consentido (977 CCC).¹⁸⁴ El pacto así celebrado parece recibir –además– el pleno amparo legal de forma expresa a nivel del texto del art. 250 LCQ, que impone el respeto a las condiciones de subordinación¹⁸⁵.

Ala hora de vincular la fórmula a alguna de las especies ejemplificativamente expuestas en el art. 43 LCQ, encontramos una asimilación clara a una propuesta de “espera”. Esta no necesariamente debe referir a fechas

184 Recalca VITOLO que -efectivamente- se trataría de un contrato celebrado entre el deudor y una comunidad significativa de acreedores, mediante el cual, en el curso de un proceso judicial reglado, acuerdan la reestructuración del pasivo quirografario falencial, acuerdo -este- que bajo la condición suspensiva de su homologación por parte del juez del concurso permite la extinción de todas las obligaciones -de la naturaleza que comprenda el acuerdo- de causa o título anterior a la presentación del concurso, respecto de todos los acreedores también comprendidos en aquel, produciéndose la novación de las mismas por las nuevas obligaciones que allí se establece (VITOLO, Daniel R. “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley” (Rubinzal-Culzoni. S.Fe. 2009, p. 138).

185 Si bien la norma parece aludir a los “subordinados verificados, o sea, preconcursales”, nada obsta a su aplicabilidad a los que emergen del acuerdo. No formula la ley distinción alguna al respecto (pudiendo entenderse entonces aplicable la regla *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Por lo demás, su ubicación en el Título destinado a la quiebra podría entenderse como una consagración de su vigencia, más allá de la frustración del concurso.

o plazos concretos. Bien podría ser “hasta la total satisfacción de los acreedores preferentes”, ubicándose así dentro del llamado *plazo determinado* (871 CCC), y en particular su modalidad de “*incierto*” (871 inc. “b” CCC), ya que depende de otras circunstancias ciertas o de hechos futuros necesarios, como la total satisfacción de los prededucibles, que deben tener fecha de vencimiento cierto y determinado.

Obtenido el acuerdo y homologado, por imperio de la norma del art. 56, se impone a ausentes y disidentes consolidando su vigencia “universal”. La postergación fue pactada en el acuerdo y consolidada por la homologación judicial de este. Es en esa estación que, como una suerte de “medida tendientes al cumplimiento del acuerdo” (art. 59 LCQ), se estará en condiciones de efectivizar el aporte pautado en el concordato, a cargo del “prestador”. El matiz legal.

Se observa cómo la fórmula concuerda con precisión en la definición del art. 2575 CCC. El pacto entre deudor y acreedores se ha celebrado sobre la base de la postergación de estos con relación al titular o titulares de obligaciones futuras, que consisten en la prestación que hará el *senior* tras la homologación de aquel acuerdo. Justamente allí aparece el tercer ingrediente: el judicial, que se aprecia en la convalidación de las condiciones de subordinación asumidas contractualmente por quienes prestaron su conformidad expresa, y legalmente por ausentes y/o disidentes. Ello al compás de la homologación, episodio que, de paso, agrega la recalificación judicial de los créditos originariamente *senior* que pasaron a ser *junior*.

La garantía del recuperero. Algunas contingencias en una eventual quiebra ulterior

El acuerdo en sí es plenamente válido dentro de la esfera de quienes resultan alcanzado por el mismo. Inserto en una propuesta concordataria que deviene homologada como acuerdo preventivo, será oponible —justamente— a quienes ese acuerdo alcanza, esto es, los acreedores que han participado en su formulación, o bien la categoría o las categorías en las que se hubiese pactado. Certeramente el art. 2575 CCC refiere a la inoponibilidad del pacto respecto de “terceros” a quienes no puede producir perjuicio. Los terceros son —en nuestro caso— los integrantes del pasivo que no forman parte del acuerdo preventivo, ya sea por ser militantes de otra categoría diversa en la que el pacto no ha tenido lugar, o bien, en el caso de no existir dichas categorías, los acreedores que vienen ostentando un privilegio reconocido por el Tribunal concursal.

Esto último es fundamental. El negocio de subordinación crediticia implica, en definitiva, incorporar un sujeto en el esquema de cumplimiento de las

obligaciones concurrentes, de génesis postconcurzal, con una preferencia pactada por los titulares de aquellas, pero que —va de suyo— deviene inoponible a los titulares de créditos dotados de privilegio así reconocido dentro del proceso.

En otras palabras, son los pares quienes toleran la irrupción de una preferencia caracterizada por la prededucibilidad en el orden de cobro¹⁸⁶, negociando el rango que ostentan sus acreencias, que queda pospuesto con relación a su ubicación original, para ocupar un escalón más bajo detrás de los sujetos en cuyo beneficio se pactó la postergación. Mientras se trate de intereses privados, la renuncia al crédito es posible (art. 944 CCC). Con más razón cuando solo se renuncia al rango, como ingrediente de ese crédito.

A la hora de la identificación de su naturaleza, es procedente su ubicación conceptual en el régimen de los créditos nacidos en el devenir del proceso y que conforman un rubro de aprovechamiento común para quienes lo transitan como acreedores concurrentes (art. 240 LCQ). La incorporación del prestador de fondos implica un beneficio directo a la reorganización empresaria, al reencauzamiento de los negocios del concursado, y al logro y sostenimiento ulterior de un régimen de pago de los créditos insolutos. Los acreedores concurrentes formulan, a la hora de prestar conformidad a una propuesta concordataria que posterga su posibilidad de recupero, un juicio de valor sobre sus posibilidades de cobro, asignando a esa inyección de fondos un contenido positivo que inclina su especie de “test del mejor interés”. Sabido es que los créditos “prededucibles” del régimen del art. 240 no forman parte del elenco de los privilegios concursales, más allá del sistema escogido por nuestra legislación vigente en el capítulo que inaugura el art. 239 LCQ¹⁸⁷. En nuestro caso, se trata de una prededucibilidad otorgada y consentida por quienes devienen subordinados a favor de un crédito sobreveniente (subordinante) en el devenir del concurso, al compás del aprovechamiento común que se desprende de tal irrupción.

Así, el pacto de subordinación homologado judicialmente ha de mantenerse: a) en la etapa de cumplimiento, garantizando al prestador su recupero prioritario con relación a quienes han resultado alcanzados por el acuerdo preventivo; y b) en la quiebra que eventualmente pudiere decretarse luego, manteniéndose el régimen pactado (art. 250 LCQ) de-

186 Imprescindible referencia a KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “Modificaciones producidas por la ley 24522 al régimen de prioridades no excluyentes”, en “Rev. de Derecho Privado y Comunitario”. Rubinzal-Culzoni. Santa FGe. N° 11, pág. 176.

187 Es precisamente el texto del art. 239 LCQ el que pone de manifiesto la característica de la extraconcurzalidad de la especie, ya que regula la llamada conservación del privilegio para los créditos que cuentan con esa graduación en el concurso, en la quiebra ulterior, disponiendo que idéntica regla se aplica a los créditos previstos en el art. 240, con implícita referencia a la diferencia en su concepto y naturaleza.

biendo contemplarse a la hora de la distribución de fondos emanados de la liquidación (art. 218 LCQ), colocando a los subordinados entre los sujetos expectantes del cumplimiento de una condición suspensiva: el cobro a favor de los subordinantes (art. 220 inc. 1 LCQ). De existir créditos preferentes (conforme a su verificación y graduación), es el propio sistema que regula la prededucibilidad en el ámbito concursal (art. 240 LCQ) el que determina que los comprendidos en el pacto son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor (los concurrentes, los que integran la masa pasiva), salvo que estos tengan privilegio especial¹⁸⁸.

Como se anticipó, esa prededucibilidad ha de conservarse en la quiebra ulterior (referencia al texto del art. 239 *in fine*), destacándose algunos otros efectos “colaterales y secundarios”:

a) El régimen ordinario de este pacto de subordinación inserto en el contexto del acuerdo preventivo, e impuesto por la homologación judicial, implica la variante del “pago directo”. Esto es, quien paga es el propio deudor concursado¹⁸⁹. La consolidación del derecho del subordinante se impone con la propia homologación y consiste en una de las llamadas medidas para el cumplimiento del acuerdo preventivo.

El fracaso del concurso y su transformación en una quiebra indirecta habrá de modificar el esquema de cumplimiento, ya que el prestador subordinante participará del cobro con el producto de la liquidación falencial, en el rango que hemos explicitado, conservando la jerarquía otorgada en el trámite preventivo.

b) De haberse pactado intereses, estos deben ser contemplados en la quiebra ulterior como ocurre con todos los de su especie de prededucibles¹⁹⁰. Respecto de los créditos subordinados, sin abandonar su condicionalidad, conservan el derecho al recálculo (incorporando los intereses suspendidos por el concurso hasta el límite de la sentencia de quiebra) previsto en el art. 202 LCQ¹⁹¹.

188 En el sistema, adquieren la calidad de “acreedores neutros” (así denominados por ARAYA, Tomàs. “Subordinación de créditos en los negocios jurídicos”. Abaco. Bs.As. 1997, pág. 87), esto es, los que siendo también titulares de créditos contra el mismo deudor, no puede oponérsele el contenido del pacto, ya sea por no haberlo suscripto al integrar otra categoría, o - como en el caso - por gozar de graduación aún preferente.

189 Salvo claro está que el pacto previese la anexión de un co-deudor en carácter de “garante de cumplimiento del acuerdo” quien pueda ser compelido al pago en ausencia o reticencia del deudor original.

190 Iglesias, José A. “Los privilegios en la ley de concursos y los créditos del concurso”, Depalma. Separata de la R.D.C.O.1988, pág. 228.

191 Una situación distinta podría producirse en el supuesto que - como contenido del pacto de subordinación incluido en el acuerdo preventivo - se hubiese convenido que si bien se postergaba el recupero del capital, no existía impedimento para la percepción de los intereses de los créditos incluidos, como una suerte de compensación por la tolerancia con el descenso en el ranking de cobro. A la hora de la quiebra ulterior, debe contemplarse la efectiva percepción anterior de tales accesorios.

ALGUNAS SITUACIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A UNA PROPUESTA DE ACUERDO QUE INCLUYE UN RÉGIMEN DE SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURRENTES A FAVOR DE QUIEN SUMINISTRE DINERO FRESCO COMO MEDIO PARA ALCANZARLA

HOLAND, Mario D.

Reseña

Antes de la presente, se ha formulado una ponencia introductoria del tema en la que se hizo énfasis en la necesidad de alentar el acceso al crédito por parte de la empresa concursada, mediante la implementación de un pacto de postergación o subordinación de los créditos (art. 2575 CCC) que conforman el pasivo concurrente en el concurso, a favor de quien, de forma sobreviniente, suministre fondos al deudor para reorganizar su actividad, desarrollar su giro y con ello posibilitar el cumplimiento de las obligaciones insolutas respecto de los primeros.

En este caso, se trata de una ponencia complementaria en la que hemos formulado la descripción general del instituto propuesto y algunas contingencias de blindaje en una quiebra ulterior.

En este caso, se analizan otras situaciones conflictivas en torno a la implementación de la figura y las alternativas de superación.

Desarrollo

La alternativa consistente en admitir la posibilidad de subordinar todos los créditos concurrentes —o al menos de una o unas categorías— a favor de un aportante de dinero contante y sonante para la administración concursal, lo cual genera la necesidad de afrontar algunas hipótesis conflictivas.

- **¿Por qué motivo podrían los concurrentes aceptar la propuesta?**

Es evidente que harán la valoración de la situación a producirse con la inyección de capitales emergentes del nuevo préstamo, involucrando con

ello la certera posibilidad de mejorar sus chances de recuperación frente a lo exiguo que pudiese llegar a ser un dividendo falencial. No constituye una novedad en nuestro derecho concursal mencionar el llamado *test del mejor interés*, situación caracterizada por la comparación de lo que ha de obtenerse a nivel de un acuerdo preventivo homologado, con lo exiguo del rédito expectable en una liquidación por quiebra. (Es el caso del art. 52 inc. 2, “IV”, que lo exige como pauta de homologabilidad de acuerdos en condiciones diversas). De este concepto extraemos el criterio de valoración análogo a implementar –voluntariamente– por acreedores que prefieren dar un paso atrás en pos de la obtención de un pago resultante del acuerdo equivalente a un dividendo no menor al que obtendrían en una eventual quiebra ulterior.

Por lo demás, tratándose de un apartamiento que solo compromete intereses privados, tal renuncia de rango aparece como viable, en los términos del art. 944 CCC.

- *¿Requiere, esta propuesta, una mayoría distinta?*

Cuando la ley concursal, con diversos fundamentos, ha entendido necesario imponer al deudor la obligación de obtener –para arribar a un acuerdo homologable– regímenes especiales de mayorías, así lo ha dicho expresamente (arts. 44, 47, 52, 67). Nada ha dicho en cuanto a otros supuestos (ni siquiera en el caso del art. 41, *in fine*, en relación a la categoría de los subordinados preconcursales), siendo la analizada una especie más dentro de las posibles fórmulas concordatarias.

En suma, la mayoría exigible será la misma que corresponda a la naturaleza de los créditos a los que se dirige la propuesta. Se trata de un aspecto que se vincula con la temática analizada en el interrogante ulterior.

- *¿Puede dirigirse la propuesta a una sola categoría? ¿Puede dirigirse a acreedores privilegiados?*

En el caso de existir categorización de acreedores, conforme al art. 43 LCQ, el deudor puede efectuar propuestas diversas a las distintas clases emergentes de la resolución del art. 42 LCQ. Por tanto, constituyendo el mecanismo que analizamos como una alternativa de propuesta viable, resulta obvio que podrá intentarse en una, algunas o todas las categorías propuestas y aprobadas, debiendo alcanzar la mayoría legal en cada una de ellas (art. 45 LCQ).

Es aquí donde corresponde destacar que el régimen de mayorías será el que resulte exigible conforme al tipo o categoría de acreedores a la que se haya dirigido la propuesta.

La situación ordinaria se referirá –en mayor medida– a las categorías de acreedores quirografarios, a quienes se propondrá la postergación. Requerirá –va de suyo– el régimen ordinario de mayorías del art. 45 LCQ. Nada impide formular tal naturaleza de propuesta a acreedores privilegiados. Claro está, con algunas precisiones.

En primer lugar, corresponde analizar la alternativa de formularla a los privilegiados especiales. Sustancialmente, aparece como una cuestión difícil de abordar, habida cuenta de la garantía que este tipo de acreedores tiene constituida a su favor. No obstante, aun como posibilidad remota, podría concebirse para el caso de que el deudor pudiese alcanzar la unanimidad de conformidades a la propuesta de postergación (art. 44, 47 LCQ), sin que pueda imponerse la fórmula concordataria a quien no hubiese prestado su conformidad (art. 52 inc. 3 LCQ).

Aun así, cabe contemplar la posibilidad de que, dentro de la categoría de acreedores privilegiados especiales a quienes se proponga la postergación, existan titulares de créditos laborales. En tal supuesto, la solución parece vedada ya que rige a su respecto la prohibición de postergación contemplada en el art. 2575 CCC, que no tiene norma en contra en el contexto concursal (como, en cambio, ocurre con la prohibición de renuncia al privilegio).

En cuanto a los privilegiados generales, la solución asoma como positiva. Esto es, puede postularse la postergación, imponiéndose el mismo régimen de mayorías que los quirografarios (47 LCQ), sin poder incluirse de todos modos en la misma a los privilegiados generales laborales, ya que rige a su respecto la prohibición emergente del art. 2575 CCC, como se ha comentado. Estos podrían renunciar al privilegio (especial o general) laboral (pese a la prohibición del art. 2575 CCC, habida cuenta de la permisividad en el ámbito concursal del art. 45 LCQ), pero, de todos modos, no podría admitirse su postergación, ni expresa ni implícita, ya que –como se ha dicho– la norma del Código de fondo lo prohíbe en términos imperativos, alejados de la voluntad del propio interesado.

- *¿Cómo se compatibilizan los subordinados sobrevivientes con los subordinados preconcursales?*

Resulta tentador esbozar una clasificación de posibles situaciones de postergación de créditos y su relación con un proceso concursal. Así, podemos distinguir entre:

a) Créditos subordinados preconcursales:

Son los que arriban al procedimiento munidos de tal calidad. Han nacido en tal carácter (originariamente subordinados), o bien la han adoptado como consecuencia de negociaciones particulares de forma ulterior a su nacimiento (sobreviniendo subordinados), pero siempre ubicados cronológicamente en fecha anterior a la presentación en concurso. El hecho es que, abierto este, ya se encuentran en tal rango con relación a otros acreedores del concursado, y deben ingresar por la vía de la verificación, y la ley en el art. 41 los coloca a todos en una categoría.

b) Y los que surgen del mecanismo propuesto: los subordinados que emergen como tales del acuerdo homologado.

La propuesta —justamente— se dirigía a los acreedores con crédito principal ofreciéndoles la baja de rango, en beneficio de los *seniors* sobrevivientes.

No son los del art. 41. Pero la pregunta, en este caso, se orienta a la duda que puede existir cuando hay una categoría de subordinados preconcursales, y aparecen, como consecuencia del acuerdo homologado, estos otros sobrevivientes: ¿van a confluír a la única categoría para tal especie que manda el art. 41, como “compañeros de ruta” en la etapa de cumplimiento del acuerdo?

Intrínsecamente difícil de resolver. Pero, arriesgando una opinión, el 250 LCQ manda a respetar las condiciones de subordinación. Entre ellas, las que gobiernan el camino a seguir por los subordinados preconcursales, siempre en un escalón por debajo del resto de los créditos del deudor. Incluso de los subordinados postconcursales.

- *¿No viola la regla de igualdad de los acreedores en el proceso concursal?*

La igualdad de los acreedores es hoy una especie de mito.

El régimen de una pretensa igualdad se encuentra, *ab initio*, con la compleja trama de los privilegios que la ley reconoce, y que desde ya imponen distinciones a favor de unos por sobre los otros. Dentro de los mismos, además, con diferencias de jerarquía notorias. Y, de paso, los llamados créditos prededucibles, que parecen posicionarse por sobre todos los demás.

Pero hay más. Hoy el régimen de privilegios se encuentra en constante refacción (“en obras”), habiéndose alcanzado un sistema caracterizado por la permeabilidad, frente a determinados pronunciamientos judiciales que proceden a la “recalificación de créditos” en diversos sentidos.

El fenómeno de la subordinación es un eslabón más dentro de esa cadena. Se refiere a la consagración de una suerte de “antiprivilegio”, normalmente, de origen voluntario.

Es poco lo que queda de la clásica regla de la *par conditio*. El régimen concursal confirma paso a paso ese aserto, y también este otro con solo reparar en cómo recepta el trato desigual (o “sometido a condición”) aceptado voluntariamente por algunos acreedores, al incluirlos en una categoría de forma expresa (41), o bien derechamente, reconociendo en plenitud las pactadas condiciones de subordinación (250).

- **¿En qué *status* quedan los créditos postergados tras la homologación?**

Es de hacer notar que esta subordinación tiene la modalidad de completa o pura, conforme a la cual los concurrentes de forma expresa (o implícita, por el art. 56) —*juniors*—, aceptan no percibir sus créditos, hasta que no exista satisfacción total del *senior*.)

Se convierten en créditos condicionales. La condición se cumple exclusivamente cuando se produce la satisfacción total del *senior*. Se trata de una condición suspensiva que implica su postergación hasta ese entonces. Ello, a su vez, se traduce en una prohibición absoluta de recibir pagos, incuyéndose la alternativa de compensar con algún crédito recíproco que el deudor tuviese respecto del *junior*. Sería una forma elíptica de obtener satisfacción.

Esa condicionalidad se mantiene aún en hipótesis de quiebra ulterior, ya que así han sido recalificados por el juez y novados en relación a la obligación originaria. Así, en el procedimiento falencial, a la hora de formular el proyecto de distribución, deberán militar dentro de los créditos condicionales con derecho a la reserva respectiva conforme al art. 220 inc. 1 LCQ.

Alguna consideración merece la hipótesis de quiebra por nulidad del acuerdo preventivo. He allí una eventual grieta en el sistema, ya que, ante tal solución, la nulidad del acuerdo produce el efecto por el cual los acreedores recuperan los derechos que tenían antes de la apertura del concurso (art. 62 inc. 2 LCQ), resultando nulas —igualmente— las demás medidas adoptadas en cumplimiento del acuerdo (art. 62 inc. 3 LCQ). Una pauta del “retorno a la situación original” es establecida en el inciso

4 de dicha norma. Con todo ello, en la quiebra ulterior, podrían solicitar el reconocimiento de sus créditos sin la condicionalidad ni la postergación consagradas en el acuerdo.

- *¿Debe prestar conformidad el beneficiario de la postergación respecto de esta, o el instituto opera aun sin ella?*

Se trata de un punto importante. Si no se incluye la conformidad de forma expresa —en el expediente— tras la propuesta efectuada por la concursada, o de forma concomitante con esta, acompañándola por anticipado, alguien podría llegar a sostener la existencia de una situación propia de una “estipulación en favor de terceros”, que a la luz del art. 1027 CCC le daría cierta inestabilidad.

En ese esquema tendríamos:

- el beneficiario, identificándose como tal al *senior*;
- el promitente (el acreedor postergado, que “confiere al —*senior*— los derechos o facultades convenidas con el deudor”, esto es, el cobro preferente);
- el estipulante (el deudor concursado).

Si el beneficiario no forma parte del negocio de subordinación en su formulación, siendo una estipulación en favor de tercero, podría llegar a existir la facultad revocatoria del promitente (el postergado) hasta que se diera la conformidad del tercero beneficiario (el *senior*)¹⁹². En cambio, si plasma en algún sitio (con la formulación misma de la propuesta, por lo menos) dicha facultad de revocar no puede ejercitarse.

Tampoco puede revocarse por parte del estipulante (el concursado) si el *junior* tiene interés en que sea mantenida.

Una posible solución que prevea la falta de intervención del *senior* aceptando de forma expresa el beneficio (concomitante o posterior) sería la existencia de una suerte de *cláusula de irrevocabilidad* por la cual el deudor y el postergado renuncian a la posibilidad de cambiar las condiciones del convenio.

- *¿Podría sostener un ausente, un disidente, o un acreedor postconcurzal que sus derechos están afectados? (violando, con ello, la norma del 2575 CCC).*

¹⁹² En sintonía con esto, se puede sostener que si el sistema conlleva una “renuncia de derechos” (ver párrafo siguiente), por el art. 947 CCC, también sería aconsejable la conformidad del beneficiario de forma expresa.

En cuanto a los ausentes o disidentes, en realidad, no son terceros en el esquema del acuerdo preventivo. Resultan directamente alcanzados por el contenido del acuerdo, por imperio de su homologación judicial, y por la normativa concursal. La alternativa a su favor podría fincar en la posibilidad de impugnar el acuerdo, pero, como concurrentes que son, no sería por su presunta conformación ilícita (ya que se acomoda al 2575 y al 42 LCQ), sino por abusivo o fraudulento, en su caso.

Es más atendible la posibilidad de objeción por un postconcurso (prefalencial) en una quiebra ulterior, ya que sustancialmente sí se trata de un tercero (en la letra del 2575). Este, por su lado, no podría sostener el “perjuicio” del 2575 en la etapa de cumplimiento del acuerdo, ya que, en rigor, no siendo partícipe del pacto de subordinación ni encontrándose alcanzado por los efectos del acuerdo, su rango en el orden de cobro no estaría desplazado por los *seniors* del acuerdo. Y, en cuanto a su posibilidad de ataque en una quiebra ulterior, su posición no difiere mucho de quien, como postconcurso, pretenda desconocer la vigencia del pacto homologado. Así, tampoco podría discutir ninguna de otras “medidas tomadas en pro del cumplimiento del acuerdo” (art. 59), que bien podrían ser: a) constitución de una hipoteca a favor de los acreedores; b) la entrega de bienes; c) constitución de un fideicomiso de administración del patrimonio del deudor o bien de la recaudación producto de la actividad del deudor o de su recaudación, etc.

- *¿Inoponibilidad falencial?*

El 121 parece ser un valladar al respecto, ya que, más allá de la convalidación judicial que se desprende del art. 56 (homologación del acuerdo que conlleva un pacto de subordinación), se trataría de un ataque a actos desarrollados en la etapa de cumplimiento del acuerdo con autorización judicial (59).

Obviamente, eso no impide la posibilidad de plantear institutos del derecho común, —siempre con relativas posibilidades de éxito— como la acción de fraude, la invocación de lesión, o bien, la nulidad de la sentencia de homologación del acuerdo por cosa juzgada fraudulenta (esto último, en el término de un año de la homologación —art. 2564 inc. “f” CCC—).

LA SUSTITUCIÓN SUBJETIVA DE ACREEDORES VERIFICADOS SE ENCUENTRA PROHIBIDA POR LA LEY CONCURSAL

VAISER, Lidia y RICHARD, Efrain H.

I.-

La cuestión relativa a la sustitución de acreedores en los concursos presenta un amplio grado de divergencia en la doctrina. Quienes se inclinan por la admisión de tales supuestos, lo hacen sobre la base de que las cesiones y subrogaciones de créditos no están expresamente prohibidas en la ley concursal. Y que, a la par, se trata de negocios enteramente lícitos.

Hay también quienes señalan la conveniencia de que exista un mercado de compra y venta de créditos de empresas concursadas.

Discrepamos con tales opiniones, por las razones legales que expondremos.

En primer lugar, debe hacerse notar que, si bien la licitud del negocio y la falta de previsión legal que impida las sustituciones de acreedores animan habitualmente el discurso de los jueces, lo cierto es que al momento de fallar los tribunales son reacios para admitir estas sustituciones. Creemos entender que se trata de una corriente bastante generalizada, para cuya constancia basta recorrer algunos casos¹⁹³.

Debe señalarse especialmente lo considerado en la causa “Mandalunis”, donde se desestimó la posibilidad de celebrar este tipo de negocios en los concursos. Al respecto se expresó: “Este, y otros tantos ejemplos, demuestran que quien así actúa no lo hace —como sucede en el derecho común— para colocarse en la misma posición (integralmente hablando) que tenía su causante, sino para concretar negocios que, como los ya vistos, más que tener a ese crédito por objeto del acto jurídico respectivo, lo tienen como instrumento o, lo que es lo mismo, como mecanismo o medio para alcanzar finalidades —aunque pudieran no ser estrictamente fraudulentas— que son a veces ajenas y otras incluso contrarias al interés que a los acreedores y al deudor congrega”¹⁹⁴.

193 CNCom; Sala C; “Mandalunis Tomás E. s/Conc. Prev.” 25-2-2014; Pantano, Fernando s/ quiebra; SCPBA; 12-8-2009; Productos Naimumbí SA; CNCom. Sala A; 10-8-2004.

194 CNCom; Sala C; “Mandalunis Tomás E. s/Conc. Prev.” 25-2-2014; citado *in extenso* por Richard en la nota: de nuevo sobre la exclusión de voto de cesionarios para aprobar la propuesta (y sobre los fondos buitres) Microjuris, MJ-DOC-6842-AR.

Con asiduidad y en pro de admitir la sustitución de acreedores, se cita un fallo de la Corte Suprema de Mendoza. En trabajos anteriores se hizo notar que en el caso particular apareció lo que los americanos llamarían un *black swan*, ya que la propuesta era de pago inmediato y total. Expresamente se consideró así: “La propuesta del acuerdo preventivo consiste en pagar el 100% del monto de los créditos quirografarios y privilegiados verificados, en un único pago a partir de los diez días de homologado el acuerdo; esta propuesta no solo está lejos de infringir principios superiores del orden jurídico, ni puede calificársela como abusiva, sino que, incluso, aparece como francamente conveniente para los acreedores en el marco de las propuestas habituales para empresas en *default*”¹⁹⁵.

En la polarización doctrinal, podemos citar nuestros propios trabajos¹⁹⁶ considerando que los autorizados a votar son solo los acreedores reconocidos y no sus créditos. Y a Otaegui, cuando señala que el *jus votandi* no es cesible¹⁹⁷. Truffat y Dasso defienden de manera contundente las cesiones y subrogaciones, muchas veces bajo el paradigma del “salvataje de la empresa”. Los acompañaría Rubín, en su nota (sumamente crítica) al fallo “Reino SA”¹⁹⁸.

Una postura intermedia puede ser considerada la de Vítolo¹⁹⁹, quien —reconociendo que tanto el pago por subrogación como la cesión de créditos son negocios lícitos previstos en la legislación general— señala que hay que ser especialmente precavidos en el caso de sustituciones concursales atento a los intereses diferenciados protegidos en el régimen concursal²⁰⁰. ¿Precaverse de qué? Digámoslo con todas las letras: de la compra de votos por parte de la concursada, práctica inveterada y frecuente desde tiempos inmemoriales, que es un resorte para imponer sobre los acreedores una propuesta degradada, intensificada por la reforma al artículo 21 LCQ.

Lo dicho no quita que en otras latitudes pueda existir un mercado de créditos “*defaulteados*”, pero se trata de eso: de otras latitudes, otras reglas, otras consecuencias para la conducta. Por esa razón, las leyes de España y de Uruguay prohíben expresamente las cesiones de créditos concursales, y señala reiteradamente la doctrina de esos países que se trata de una forma eficaz de evitar el fraude.

Es una verdad de a puño que en el derecho general las cesiones y subro-

195 Abdala, Miguel s/Conc.Prev.; SCJ Mendoza; 27.7.2005; en LL 1.6.2006.

196 Por sí no fuera suficientemente explícita la cita anterior.

197 El voto en las sociedades y los concursos, Legis, p. 195.

198 Rubín, Miguel: Una vez más sobre la cesión de créditos y el derecho de voto en los concursos preventivos”, 15-mar-2010; MJ-DOC-4596-AR | MJD4596.

199 *Ob cit.*, p. 300.

200 Vítolo, *ob. cit.* p. 300.

gaciones de créditos constituyen negocios admitidos, que gozan de la presunción de licitud.

La idea de que las normas concursales son de derecho *especial*, y hacen ceder su espacio a las normas de orden general, ha sido alterada por el CCC, conforme el artículo 150, que da preeminencia a las normas imperativas de la ley especial que regula la persona jurídica sociedad “y en su defecto” por las normas imperativas del CCC, llevando a tercer término otras leyes especiales, lo que impone una sistematización inédita hasta la sanción del nuevo Código.

Las leyes de concursos son de orden público, en cuanto suspenden acciones de contenido patrimonial, suspenden pagos y condicionan actos de la sociedad concursada.

El proceso concursal se encuentra articulado mediante secuencias que establecen el modo de acceder al pasivo concurrente. Todos los acreedores se someten a las mismas reglas y los créditos son controlados por el síndico, primeramente, y por el deudor que tiene un interés legítimo en una composición adecuada de su pasivo.

Ningún acreedor puede escapar al control de legitimidad de su crédito. Y esta tiene varios componentes: el *quantum*, el privilegio y la persona del acreedor.

La persona del acreedor no es irrelevante para juzgar la legitimación que permite acceder al pasivo concurrente. Nótese por ejemplo que existen personas que se excluyen del cómputo de las mayorías dada su proximidad con el deudor (art. 45 LCQ).

De otro lado, no se aprecia que en nuestro medio exista como práctica la toma hostil de créditos concursales. Antes bien, las sustituciones vienen de la mano de la plena complacencia del deudor, que es quien —incluso— las introduce en el proceso y pelea por su subsistencia con todas las armas a su alcance. La jurisprudencia está poblada de esos casos.

Como queda dicho, la concurrencia de los acreedores se encuentra sujeta a reglas especiales y secuenciales y a un férreo control de los restantes actores del proceso concursal, el cual ha sido considerado por autorizada doctrina como un *conflicto plurisubjetivo*.

Tanto es así que el proceso de incorporación de acreedores al pasivo concurrente culmina con una sentencia que *hace cosa juzgada salvo dolo* (art. 36 LCQ).

La inalterabilidad de la cosa juzgada impide también la sustitución de personas que hubieran escapado al control de legalidad múltiple que la ley contiene.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la cosa juzgada tiene *límites subjetivos*: en primer lugar, no es factible alterar la *identidad jurídica* de las partes. Y además, sus efectos atañen solo a quienes han sido parte del proceso, sin que pueda beneficiar a terceros que no han participado de él²⁰¹.

II.-

De un *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers extraemos: “En la realidad cotidiana de nuestros tribunales [...] lo cierto es que estos acreedores ‘genuinos’ —mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales— deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos ‘manejar’ las **mayorías concursales** para imponerles a aquellos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquellos **no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la ‘voluntad’ del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya ‘desinteresados’ deliberadamente para que brinden su connivente complacencia** a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar?”.

En el mismo sentido, en el año 2000, Juan Anich, describe: “Comportamientos a los que podemos denominar como *espurios*, y que entre otros son: a) De parte del deudor: Insolventarse antes de iniciar el proceso concursal, Generación de hipotecas o prendas sobre bienes libres de gravamen anterior, Creación ficticia de acreedores, Compra de créditos al momento de las negociaciones, Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores, Negociaciones para impedir la ejecución de ciertos créditos”²⁰².

201 Palacio, T* II; Pág.37

202 Anich, Juan “Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas” en *De la Insolvencia II Congreso Iberoamericano*, Héctor Cámara - Francisco Quintana Ferreyra in memoriam, Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo I, p. 12, específicamente p. 13.

Es bien conocida la forma en la cual se integran las mayorías para aprobar propuestas predatorias, muy habitualmente por cesiones ilegales. Algo se ha logrado, como resulta del referido caso “Mandalunis”, con el voto ampliado de la camarista Julia Villanueva en el fallo del 14/2/2014 referido. Es fundamental leer su voto, que fija un gran precedente doctrinario “El acto de cesión habilitará al cesionario a cobrar, pero no a ‘votar’”.

El español Juan Luis Moreno Fontela²⁰³ refiere este supuesto como un criterio subjetivo por fraude a la ley, que —en nuestra legislación y conforme el artículo 52.4 LCQ— impide al juez homologar, cuando en realidad debe simplemente excluir ese voto, conforme aplicación de normas del derecho civil sobre la relatividad de los efectos de los contratos, que no pueden afectar a terceros²⁰⁴.

El centro de la cuestión —como señalamos— es la incorporación de “nuevos” actores para lograr determinadas mayorías o alterar su cómputo. Y dentro de esto se inscribe un nuevo tema sobre el que hasta ahora solo se ha ingresado tangencial y permisivamente: la exclusión del voto del cesionario cuando altera las mayorías; o sea: si ese crédito impide expresar la voluntad del verdadero acreedor, debe ser eliminado del cómputo.

III.-

Se ha fijado posición sobre el tópico. Truffat invitó a polemizar²⁰⁵. La discrepancia respetuosa es siempre constructiva. Así se instaló la polémica sobre la cesión de créditos (efectivizada al solo efecto de votar —adherir— favorablemente a una propuesta de acuerdo írrita en concurso, sosteniendo el derecho irrestricto de cesión y subrogación en el concurso), frente a las posiciones expuestas a partir de ese artículo. Otros lo han hecho con respuestas restrictivas similares a la nuestra. Reiterando y

203 Este joven distinguido jurista español ha propuesto indirectamente una polémica con su artículo “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos críticas a Richard”, que en este número de la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* precede a mi respuesta “Ante las crisis societarias consultemos la ley específica”, en *RDCO*, 2016.

204 “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n. 272, mayojunio 2015, edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pp. 613 y ss.

205 Truffat, E. Daniel “La cesión de créditos en los concursos preventivos” en *Jurisconursal*, año II, n. 5 p. 85, San Miguel de Tucumán. Donde se entretiene en descartar la existencia de colegio, de voto, particularmente porque vincula a aquel al acuerdo concursal y a la imputación a un ente. O en que no existe restricción para usar de la cesión del crédito y del derecho a adherir a la propuesta de acuerdo. Otaegui rescata la existencia del colegio concursal en el artículo que ya hemos citado.

ampliando, algunos compartiendo nuestra tesis, otros –más moderados, como Daniel Vitolo²⁰⁶, Walter Rubén Ton²⁰⁷, Marisol Martínez y Francisco Junyent Bas²⁰⁸– sosteniendo que solo los verificados y declarados admisibles pueden “votar”. En todos los supuestos se trata de un análisis de los legitimados a intervenir en la formación del acuerdo. Con otros argumentos, pero en línea con nuestra tesis, Julio César Otaegui²⁰⁹, Carlos Moro, Eduardo Favier Dubois (h)²¹⁰ y Alejandra Gils Carbó²¹¹.

Nuestro planteo es genérico, despojado de intenciones de imponer o rechazar la propuesta, el cesionario posterior al concursamiento no puede expresar su conformidad o disconformidad con la misma.

El sistema jurídico es una unidad y no puede ser interpretado de manera fraccionada.

IV.-

Veamos este tema no ya desde el concurso, donde existen pronunciamientos concretos, sino desde el Código Civil y Comercial, para determinar también la ilegalidad desde este marco general.

La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan, lesionan intereses y afectan derechos de terceros (los que no expresaron opinión o no pudieron expresarla según el estado de su reconocimiento).

Justamente, el perjuicio a terceros es lo que desterraba el sistema del Código Civil, aun dentro de las relaciones de cambio. Así, el antiguo artículo 1.195 *in fine* establecía: “*Los contratos no pueden perjudicar a terceros*”, reforzado por el artículo 1.199 CC: “*Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1.161 y 1.162*”, particularmente con la previsión que imponía el artículo 1.198 CC²¹². Hoy los artículos 1.201 y siguientes CCC consagran el

206 Vitolo, Daniel R. “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” La Ley diario del 27.11.2006, pp. 1 y ss.

207 “Cesión para votar en concurso futuro”, en boletín del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

208 Junyent Bas, Francisco A. “En torno al concordato (a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subrogación)” en *SEMANARIO JURÍDICO*, Córdoba 3 de enero de 2008, año XXX n° 1641 pp. 8 y ss., específicamente, p. 14.

209 Otaegui “Voto concordatario...” cit. pp. 189 y ss.

210 Favier Dubois, H. Eduardo “Exclusión de voto en los concursos: un camino en permanente construcción” en *La tutela de los acreedores en los procesos concursales*, pp. 157 y ss.

211 Gils Carbó, Alejandra, *La exclusión del voto en el concurso preventivo* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pp. 343 y ss.

212 Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

mismo sistema, reforzado por el artículo 150 y la inderogabilidad de las normas imperativas. Recordemos la opinión de Cámara negando el “voto” a los cesionarios por aplicación del artículo 1.196 CC.

El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros.

La cuestión alcanzaría ribetes penales especiales si el cesionario que adquirió un crédito hipotecario y renunció al derecho real para votar con la concursada y contra los quirografarios es insolvente.

Introduciendo el aspecto penal, no podemos dejar de señalar que la cuestión rozaría las normas de los artículos 176.6, 180, 172, 292 y 300, inciso 3, 301 del CP, pudiendo darse los supuestos fácticos de los artículos 292 –falsificación de documento–, 275 –falso testimonio–, 173, inciso 8 –sustitución, ocultación o mutilación de expedientes–. Es esclarecedora la posición de Palacio Laje²¹³.

De lo dispuesto en el artículo 37 LCQ surge que lo decidido en los términos del artículo 36 es definitivo a los efectos del cómputo de las mayorías. Esto lleva a admitir que, excepción hecha de la sucesión *mortis causa* en la que no hay voluntad del causante, los acreedores reconocidos en esa oportunidad, que son los que han soportado el control oficioso de los órganos concursales y de sus pares, son quienes tendrán la natural legitimación para emitir el voto.

V.-

A lo que venimos predicando individualmente, hoy debemos añadir las disposiciones de los artículos 150 y 1201 CCC, para mantener y reforzar la limitación aquí señalada. El crédito se puede ceder, pero el adquirente no vota porque no integra el cómputo del pasivo.

213 Palacio Laje, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

JUSTA INTERPRETACIÓN DE LA UNANIMIDAD DE LOS ACUERDOS PARA ACREEDORES PRIVILEGIADOS

GRAZIABILE, Darío J. y CHIAVASSA, Eduardo N.

Ponencia

La unanimidad prevista en el art. 47 LCQ de los acuerdos para acreedores con privilegio especial excluye la aplicación de los efectos de los acuerdos homologados por mayoría. Los acuerdos homologados para acreedores privilegiados especiales no tienen efectos con respecto a los acreedores que no participaron de este.

Los acreedores con privilegio especial que verifiquen sus acreencias con posterioridad a la resolución del art. 36 LCQ podrán incorporarse al acuerdo homologado únicamente si prestan su conformidad. En caso contrario, se aplicará el art. 57 LCQ y podrán ejecutar la sentencia de verificación ante el juez que corresponda, o pedir la quiebra conforme el art. 80, segundo párrafo LCQ.

Desarrollo

a) Introducción

El art. 57 LCQ, en relación a los acuerdos para acreedores privilegiados, determina que “los efectos de las cláusulas que comprenden a los acreedores privilegiados se producen, únicamente, si el acuerdo resulta homologado. Los acreedores privilegiados que no estuviesen comprendidos en el acuerdo preventivo podrán ejecutar la sentencia de verificación ante el juez que corresponda, de acuerdo con la naturaleza de sus créditos. También podrán pedir la quiebra del deudor de conformidad a lo previsto en el art. 80, segundo párrafo”.

De ello se desprende que:

1. Los efectos respecto a todos los acreedores incluidos en el acuerdo solo se producen si el acuerdo para los quirografarios y el acuerdo que los comprende resultan homologados.
2. No existe obligación para el concursado de ofrecer propuesta para los privilegiados, pero si lo hiciese, el acuerdo que se logre respecto de dichos acreedores queda supeditado a la aprobación del acuerdo para los

quirografarios.

3. Por el contrario, el acuerdo para los privilegiados no condiciona el acuerdo para los acreedores quirografarios, salvo que se pacte que el acuerdo para los acreedores comunes quede supeditado a la aprobación de aquel ofertado a los acreedores con privilegio.

b) Efectos de impondibilidad de los acuerdos para acreedores con privilegio especial

En principio, el acuerdo preventivo homologado para los acreedores comunes produce efectos de oponibilidad e impondibilidad *erga omnes*. Es decir que no solo debe respetarse el acuerdo homologado en caso de quiebra ulterior (oponibilidad), sino que los efectos se extienden a todos los acreedores aun cuando no hayan participado de él (impondibilidad).

El art. 56 LCQ, que es el que determina los efectos del acuerdo homologado, en su primer párrafo prevé que al homologarse el acuerdo “produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios” de causa o título anterior al concurso, es decir, a todos los acreedores concursales, aunque no hayan participado del procedimiento. Más adelante, en el quinto párrafo, el mismo artículo determina la misma solución para los acreedores que se hayan incorporado tardíamente al concurso. Algo similar surge de la hermenéutica del art. 58 LCQ para los acreedores en revisión.

Por su parte, el art. 57 LCQ es el que se ocupa de tales efectos para los acreedores privilegiados y no remite a las normas del art. 56 LCQ, sino que dispone que “los acreedores privilegiados que no estuviesen comprendidos en el acuerdo preventivo podrán ejecutar la sentencia de verificación” o pedir la quiebra del deudor.

En una interpretación integradora de la ley, puede decirse sin ningún tipo de hesitación que el acuerdo para los acreedores con privilegio general alcanza a los que no participaron del acuerdo y que se incorporen tardíamente al pasivo concursal. Al no existir referencia normativa alguna para este supuesto y aplicarse el principio mayoritario, aquellos efectos descriptos para los comunes se siguen para los acreedores con privilegio general.

En cambio, esa solución no puede darse de la misma manera para los acreedores con privilegio especial.

c) Unanimidad para los acuerdos con acreedores con privilegio especial

El art. 47 requiere que el acuerdo para acreedores con privilegio especial tenga unanimidad de conformidades para que este sea homologado, es

decir, debe existir un **asentimiento positivo** para todos los acreedores comprendidos en el acuerdo.

Tal unanimidad excluirá, en estos casos, que los efectos se extiendan a los acreedores que participaron en el acuerdo.

El recaudo de la unanimidad es el punto central a partir del cual se desprende que es necesaria su conformidad para su incorporación al acuerdo.

Ello implica que, para los acreedores privilegiados, los efectos del acuerdo homologado previstos por el primer y quinto párrafo del art. 56 LCQ únicamente se producen para los acreedores con privilegio general, pues para los acreedores con privilegio especial, el acuerdo surtirá efectos únicamente respecto a aquellos concurrentes que comparecieron a formar la unanimidad de las conformidades.

1) Algunas posiciones en contrario

RIVERA sostuvo que la unanimidad únicamente se computa con los acreedores incluidos en la sentencia verificatoria del art. 36 LCQ, por lo que aquellos con privilegio especial y tardíos quedarán sometidos al acuerdo homologado para dicha categoría, debiendo soportar las consecuencias de aquel. Tal distinción no surge de la letra de la ley, porque expresamente el art. 47 LCQ dispone que se requiere “la unanimidad de los acreedores privilegiados con privilegio especial a los que alcance la propuesta”, que no es lo mismo que decir la unanimidad de los que participan en la conformación del acuerdo, porque en el caso de un acuerdo concursal oponible *erga omnes* la propuesta alcanzaría a todos los acreedores comprendidos en el acuerdo, por lo que para incorporar a los tardíos necesitaríamos su conformidad para mantener la unanimidad de todos los acreedores a los que alcanza la propuesta.

También RIBICHINI en la misma posición afirmó que “no creemos que la incorporación tardía de acreedores provistos de privilegio especial los deje fuera de los alcances del acuerdo que se hubiera concertado con estos sobre la base de la exigida unanimidad. Pareciera evidente que esta mayoría –como cualquier otra– solo se computa en relación con el universo de acreedores en condiciones de prestar o no conformidad en su momento”. Pareciera que aquí se confunden los efectos del alcance de un acuerdo logrado por mayorías con un supuesto distinto que es el de la necesaria unanimidad.

Por su parte, VILLANUEVA entiende que no hay razones para distinguir entre el aprobado y el homologado de un acuerdo; y el alcance a todos los comprendidos en la categoría tengan privilegio especial o general; haciendo una interpretación que parte de una función integradora y no a

contrario respecto del art.56 LCQ.

Tal es el criterio que ha sustentado la Corte Suprema (CSJN, Fallos 327:1002) en cuanto a que sostuvo que de la interpretación que supone la existencia de un acuerdo en su momento considerado unánime y luego no, o la admisión de nuevos acreedores reconocidos, pero no sujetos al acuerdo, se avalaría la existencia de distintas situaciones entre iguales, ya fueren estas más beneficiosas o perjudiciales entre quienes conformaron el acuerdo y los que no se presentaron en tiempo oportuno.

Claramente, la cuestión dista mucho de haber sido decidida con criterio jurídico concursal, porque hay un principio fundamental, el de la *par condicio creditorum* y la posibilidad de categorizar a los acreedores; que es una regla primordial para los acreedores quirografarios, pues principalmente para ellos es el concurso. Pero en el caso excepcional de que se quiera extender esa regla a los privilegiados, solo sería posible con los acreedores con privilegio general.

2) Nuestra postura

Una interpretación histórica parece llevarnos por el andarivel contrario al planteado en el apartado anterior. El art. 45 de la originaria ley 19.551 estipulaba que *El acuerdo propuesto a los acreedores quirografarios puede quedar sujeto a otro ofrecido a los acreedores privilegiados o a alguna categoría de estos, el que requiere unanimidad para ser aprobado y no obliga a los que se verifiquen posteriormente en tales categorías.* Fue la ley 22.917 la que reformó dicho dispositivo legal y derogó la parte final del primitivo art. 45.

Vigente la ley 24.522, LORENTE ha entendido que aun cuando fuere aprobado por el cien por ciento de los acreedores verificados o declarados admisibles, no podría imponérsele a los tardíos o revisionistas, a diferencia de lo que sucede con los tipos de propuestas de acuerdo preventivo. También JUNYENT BAS, en un dictamen ante la Cámara (“Cuello” 3/3/2010), sostuvo que “la exigencia de unanimidad excluye a los privilegiados especiales posteriores, quienes una vez verificados recuperan el ejercicio de sus acciones individuales y pueden proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57 de la LCQ”.

De esta manera, la interpretación que proponemos tiene varios puntos de apoyo:

Primero, que no se trata de un acuerdo de mayorías, sino que se trata de un acuerdo con unanimidad, es decir, que el deudor lo pacta con todos los acreedores en condiciones de cerrar dicho acuerdo; por lo que mal podría excluirse esa unanimidad admitiendo acreedores posteriores sobre

la base del mismo acuerdo, lo que incluso afectaría sus derechos. No se trata de un acuerdo de mayorías, por lo que mal pueden cumplirse sus efectos.

Segundo, porque podría generar incluso la inutilidad del derecho preferente, si se atiende a que tales privilegios se asientan sobre bienes en particular que se podrían agotar con el pago a algunos de los acreedores, cuando, en todo caso, de tratarse de acreedores de un mismo rango y categoría en condiciones de igualdad, deberían concurrir a prorrata sobre lo obtenido de su realización para la satisfacción a la par de las pretensiones; de modo de no contradecir principios concursales elementales, como la igualdad de trato. Extenderles el acuerdo a los acreedores con privilegio especial sería discriminatorio.

Tercero, el aporte de la ley 25.589 fortalece nuestra postura, pues el art. 52, inc. 3, LCQ establece la imposibilidad de imponer el acuerdo a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado. Ello quiere decir que el *cramdown power* solo puede ser utilizado frente a acreedores quirografarios o privilegiados generales. Una vez más, se puede extraer la siguiente referencia: la ley ha dejado de lado el principio mayoritario y solo admite unanimidad, lo que significa “todos los acreedores”; y por lógica, todo el “capital” computable como privilegiado especial.

Conclusión

Los acreedores con privilegio especial, por esa característica excepcional en cuanto a su tratamiento preferencial por el ordenamiento concursal, escapan de la regla expansiva prevista como principal efecto para los acreedores comunes o privilegiados generales respecto del acuerdo homologado; y, en su caso, la discriminación no estaría dada por quedar sometidos al acuerdo, sino que, por el contrario, esta se produce precisamente al pretender incorporarlos sin que presten conformidad, deshaciendo —de tal manera y por vía elíptica— la unanimidad. Se pasaría del consenso absoluto a una concordancia “a los palos”.

SOBRE EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y DE LIMITACIONES A ACTOS DE DISPOSICIÓN APLICABLE A LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DEL ART. 45 LCQ.

RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F.

Ponencia

Doctrina y jurisprudencia tienden a flexibilizar los requisitos que integran la propuesta de acuerdo, particularmente en concurso de sociedades, limitando la mirada al aspecto económico del sacrificio de acreedores, y minimizando los datos que justifiquen esa transferencia de las pérdidas de los socios a los acreedores.

Se basan en que la referencia a “*un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición*”, que formaliza el art. 45 ley 24.522 (LCQ), no exige un plan, que a su vez no sería posible formular – contradiciendo todas las referencias a documentación contable, memoria y deberes de los administradores societarios para asegurar la viabilidad de la actividad social–.

Nos dedicaremos a mirar qué significa ese “régimen” en un juicio donde se pretende que se homologue una propuesta que implica pérdidas para los acreedores, sin contrapartidas.

1. Introducción

En anteriores trabajos y en diversos foros, ambos autores nos hemos preguntado y hemos teorizado acerca de que en el antepenúltimo párrafo del art. 45 de la LCQ, se encuentran los elementos necesarios para obligar al concursado a presentar un plan de empresa²¹⁴. Sin perjuicio de que una

214 Fushimi, Jorge Fernando: “Sobre el Plan de Empresa - La opinión del síndico”, en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 5, 6 y 7 de septiembre de 2012. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Tomo I, Pág. 125. Ed. Astrea. Bs. As. agosto 2012. *Dario J. Graziabile - Efraín Hugo RICHARD “La legalidad de la propuesta y del acuerdo en concurso de sociedades y su homologación” en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016. Alberti, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr.*

parte sustantiva de la doctrina nacional consiste en reclamar la inclusión de la obligatoriedad de la presentación de un plan de empresa o de explotación o de negocios, por parte del concursado, nuestra postura no ha receptado mayores adhesiones. Dicho en otros términos, hay consenso mayoritario en la exigencia de un plan de empresa para la propuesta concordataria, pero no todos están dispuestos a conceder que la norma referida tiene los elementos necesarios para exigirlo en los términos reclamados. Por tal motivo, y como anticipamos, hemos cambiado los supuestos y hemos analizado desde otra perspectiva su contenido en el párrafo que nos atañe, y pensamos que estos elementos que enunciarnos pueden ser exigidos por el juez como complemento a la propuesta de acuerdo preventivo.

El penúltimo párrafo del art. 45 LCQ establece que el concursado “*deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento*”. No solo nosotros sino también otros autores han creído ver en este tenor la necesidad de la exigencia de un plan de empresa. Así, por ejemplo, Heredia²¹⁵ ha expresado con relación a este, que “*a partir del régimen especial que el deudor proponga, los acreedores conocerán cómo será el management de la empresa en la etapa de cumplimiento del acuerdo, lo que constituye dato de significativa relevancia a los efectos de que definan el sentido de su sufragio acerca de la propuesta que los concierna. Es claro, en este aspecto, que la aprobación de la propuesta depende, en buena medida, de que se asegure a los acreedores que la gestión empresarial luego de la homologación del acuerdo será eficiente. Desde tal punto de vista, se ha postulado que el régimen de administración contemple no menos que lo que la ley exige en los incs. 4º y 6º del art. 190 LCQ, en lo relativo al informe del síndico previo a la autorización de continuación de la actividad de la empresa en la quiebra. Es decir, el concurso preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de recursos debidamente fundado, y las explicaciones de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable tal administración*”.

El verbo **deber** implica que el complemento de la propuesta no es optativo para el concursado, sino que es obligatorio y de manera imperativa, entendiéndose que el juez **debe** considerar que la propuesta no está completa, si carece de este requisito ya que el mismo la integra²¹⁶. Asu-

Efraín Hugo Richard, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949. Carlino, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H. Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

215 Heredia, Pablo D. TRATADO EXEGÉTICO DE DERECHO CONCURSAL. Tomo 2, pág. 77-78. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000.

216 En similar sentido que esta ponencia: VAISER, Lidia: “El ‘régimen de administración’

miendo —al solo efecto de este trabajo— que esto no implicará la necesidad de expresar o esbozar un plan de empresa, debemos preguntarnos qué significa: **“un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento”**. Al respecto, Gebhardt²¹⁷ entiende que el texto es *“totalmente imperativo, no contiene sanción alguna a la omisión total o parcial de estos aspectos que debe contemplar la propuesta. Entendemos que el magistrado actuante, recurriendo a las facultades que le preserva el art. 274, deberá dictar las medidas integratorias necesarias para que el acuerdo sea válido”*.

¿A qué se refiere la ley concursal con “un régimen de administración? Creemos que la norma se refiere, de alguna manera, a una agilización de la estructura administrativa que implique menores costos de funcionamiento, y una optimización de las ganancias que se obtengan, no tanto en retribuir a los administradores sociales, sino en satisfacer el pasivo concordatario. No creemos, como erróneamente se ha sostenido por allí, que se trate de una “reorganización societaria”, en los términos de la ley de sociedades, sino a un régimen estricto que demuestre que los socios y sus administradores también acompañan la absorción de las pérdidas generadas por el concurso, conjuntamente con los administradores. Una especie de mínima demostración de que el esfuerzo es compartido por todos, y no solo soportado por los acreedores.

Va de suyo que el régimen de limitaciones a actos de disposición no puede hacer referencia a los bienes registrables, atento a lo dispuesto por el 59 LCQ que prevé que se mantendrá la inhibición general de bienes respecto del deudor por el plazo de cumplimiento del acuerdo, salvo conformidad expresa de los acreedores. Igual inhibición cabe con respecto a actos de disposición sobre bienes muebles no registrables, pero que por otras razones figuran inscriptos en algún registro (como los bienes dados en *leasing* o afectados a prenda con registro), donde su disposición también deberá contar con autorización judicial.

Entonces, ¿qué otros actos de disposición deben limitarse? ¿Qué implica un régimen de administración?

Un reciente trabajo profesional desarrollado en común entre ambos autores nos ha permitido esbozar algunos pensamientos que consideramos que pueden ser exigidos judicialmente en los términos expresados en el primer párrafo introductorio.

en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” LL-1999-D, 1073: Cita: TR LA LEY AR/DOC/4048/2001: “A pesar de la segmentación que hemos dejado en evidencia, no cabe duda acerca de que la propuesta de concordato constituye una unidad indisoluble. Más allá de toda otra consideración y en punto al régimen de administración, la propia ley se encarga de afirmar que este constituye parte integrante de la propuesta”.

²¹⁷ Gebhardt, Marcelo: “LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS LEY 24.522 y modificatorias”. Tomo I, pág. 233. Ed. Astrea, Bs. As. 2008.

2. Desarrollo

Siguiendo el orden de ideas, se nos ocurre sugerir a modo indicativo, basados en el principio de congruencia y buena fe, que el juez concursal puede y debería exigir un régimen que asegurara compromisos por parte de la sociedad concursada, de forma obligatoria y complementaria a la propuesta, que a título ejemplificativo pasamos a enumerar como propios de la ciencia de la administración y coherentes con los principios de derecho que tienden a asegurar la viabilidad de la actividad empresarial y a no causar más daño –art. 1710 y ss. del Código Civil y Comercial, CCC–.

a) Reducción del número de directores y un régimen restrictivo de pago de honorarios: La reducción propuesta hace referencia, especialmente, a los denominados “directores no ejecutivos” o “no operativos”, que en ocasiones ocupan cargos en empresas familiares por razones que no son de carácter estrictamente empresarial, o bien por razones protocolares o de justificación de pagos de estipendios. La remuneración a los directores disminuye la utilidad del ejercicio y, consecuentemente, se dispone de menos recursos financieros para destinar al pago de los acreedores. Esto implica:

- a. Reducción del número de directores no operativos.
- b. Un esquema de concentración gerencial.
- c. Un compromiso firme (homologado) de pago de honorarios solo a los directores o ejecutivos y, nos parece prudente, en función de objetivos y resultados esperados.
- d. Consignar un tope máximo a los honorarios que, por todo concepto, pueden percibir los directores que cumplan con funciones técnico-administrativas de conducción y gerenciamiento que –por ejemplo– no supere en más de tres o cuatro veces el salario testigo que el juez escoja del Convenio Colectivo más representativo del sector empresario. La idea es que también los trabajadores y acreedores laborales no empleados perciban que los directivos harán un esfuerzo conjuntamente con ellos, durante la etapa de cumplimiento del acuerdo.
- e. Prohibición de contratación de familiares para cargos de asesores externos o cargos gerenciales, todo mientras dure la etapa de cumplimiento. En las empresas familiares, es frecuente conceder cargos gerenciales a hijos y otros familiares y allegados, a fin de dotarlos de un estipendio que reduce las perspectivas de cobro de los acreedores, al menos mientras dure la etapa de cumplimiento concordatario.

- f. No retribución de honorarios sobre las utilidades mientras dure la etapa de cumplimiento.
- g. Suspensión de todo pago a los cuadros gerenciales que implique valores superiores a los que percibe el directorio. Suspensión de los acuerdos de pago de adicionales sobre las utilidades.
- h. Concesión de premios gerenciales excepcionales por incremento de la productividad. No de la ganancia (que es nominal), sino de **productividad**.
- i. Información mensual al Comité de Control, de información sobre la base de un tablero de mando que diseñen entre síndicos, auditores forenses y el mismo comité de control.
- j. Prohibición de concesión de préstamos y adelantos a directores, gerentes y accionistas.
- k. Suspensión de todo “gasto de representación”.

Adviértase que no hemos consignado limitaciones inherentes al ejercicio de la función administrativa, como prohibición de contratar con la sociedad, o de realizar actos en competencia, ya que ello no puede verse afectado por el proceso concursal y son inderogables aun cuando se transite la senda de la cesación de pagos.

b) Plan de no distribución de dividendos mientras dure la etapa de cumplimiento: va de suyo que la distribución de dividendos entre los accionistas es absolutamente contradictoria con la idea de imponer quitas y esperas a los acreedores. La distribución de dividendos entre los accionistas, cuando los acreedores soportan una quita, no solo que es una decisión societaria írrita, sino que implica un enriquecimiento sin causa de naturaleza fraudulenta.

c) Prohibición de girar utilidades a cualquier otra empresa, sea nacional o extranjera, o a la sociedad *holding*. Las utilidades, se ha dicho, no son tales sino hasta que se hayan cubierto los quebrantos de ejercicios anteriores. Como ya hemos explicado, la cesación de pagos no necesariamente importa la existencia de quebrantos, por lo que aun cuando hubiera utilidades netas, estas deberían ser reinvertidas en la propia concursada como garantía adicional de cumplimiento de la propuesta. Siempre el concursado podrá adelantar los pagos de los dividendos concordatarios y así liberar las utilidades de esta restricción que proponemos.

d) Enajenación de toda la flota de vehículos afectados al

directorio, salvo que se acredite que sean esenciales para el cumplimiento de las funciones. Son formas anómalas de pagos de utilidades o beneficios a los administradores sociales. Ninguna de ellas puede ser convalidada, conforme al desarrollo efectuado más arriba.

e) Suspensión de todo beneficio patrimonial como bonos, vacaciones pagas, viajes de capacitación, vales de combustible, vales de vestimenta, becas y otros emolumentos que se otorguen a socios (mayoritarios, o no), gerentes, directores o síndicos. Nos remitimos a lo expresado en el punto anterior.

3. Justificación

No es admisible que la manda del art. 52.4 LCQ en beneficio del interés general y particularmente de acreedores afectados que no adhirieron o no pudieron adherir a propuestas que transfieren las pérdidas a los acreedores, contrariando el principio del art. 1 de la Ley General de Sociedades (LGS), no considere la integración de la propuesta de acuerdo, soslayando que debe entenderse por un régimen de administración y disposición de bienes en materia societaria.

Un principio de coherencia impone que un acuerdo —suscripto por acreedores que constituyen el mínimo requerido por la ley— donde se transfiera la pérdida a los acreedores vaya acompañado de un “plan” de administración y disposición de fondos coherente con el sacrificio que se requiere²¹⁸.

Ello es congruente con los fundamentos de una legislación concursal que es la conservación de la actividad empresarial, mas no necesariamente de la misma sociedad y menos de los socios que la componen —como enseñaban Yadarola y Cámara—, y que debe asegurar el juez.

La ruptura del principio de buena fe —art. 9 CCC— ha permitido que —al apartarse de los principios legales y doctrinales que sustentamos— importantes sociedades hayan repartido millonarios dividendos a sus socios a pocos meses de homologarse acuerdos predatorios, como es de público y notorio conocimiento.

218 En similar sentido, y con relación a un “esfuerzo compartido”, TRUFFAT, E. Daniel: “Sobre el acuerdo concordatario abusivo”, en: *Jurisprudencia Argentina*, Cita: TR LALEY 0003/014931 “Si se advierte que el acuerdo comporta un auténtico esfuerzo compartido entre los acreedores y el deudor (porque sin socialización de daño no hay concurso; pero ella no puede importar enriquecimiento incausado para el deudor o sus socios), teniendo en cuenta que el deudor debe hacer su mejor y auténtico esfuerzo para honrar su pasivo. // vi) Si el deudor ha brindado generosa y fidedigna información sobre su situación patrimonial al concursarse y en cada oportunidad en que lo requirieron el tribunal y la sindicatura. Nadie puede pretender que le vuelvan a creer, a dar crédito, si no ha sido veraz en procura de esta nueva posibilidad”.

La realidad impone que el juez a cargo de concurso de sociedades, en ejercicio de sus propias facultades y deberes, resguarde la colectividad de intereses que existen en un concurso de sociedades y evite que el concurso se convierta en un negocio. El abuso de derecho evidente y el eventual fraude a la ley societaria debe ser analizado.

VISIÓN DE LA EMPRESA EN MARCHA. LA IMPORTANCIA DEL PLAN DE EMPRESA Y ASPECTOS DE CONSIDERACIÓN IMPRESCINDIBLE EN LA PLANIFICACIÓN Y REALIZACIÓN DE PROPUESTAS

NAGEL, Emanuel

Ponencia

La presente ponencia pretende poner de relieve la relevancia que tiene la información contable —anterior y posterior a la presentación concursal—, así como la planificación empresarial, que debe necesariamente presentarse con las propuestas concordatarias. El informe general y los informes mensuales son esenciales en este aspecto, y debe remarcarse lo trascendental de la función del síndico. Asimismo, se propone sobre la intervención del magistrado concursal en etapas previas al trámite del artículo 52, analizando la o las propuestas e imponiendo la necesidad de cambios en las mismas por no ajustarse a las normas legales, o contener déficits que impidan eventualmente su homologación —procurando optimizar los tiempos, a efectos de subsanar los mismos con anticipación a la negociación y logro de las propuestas—.

Desarrollo

I. El criterio de la empresa en marcha. La importancia de la información contable adecuada y veraz en el marco de la negociación del acuerdo

Hay aspectos de la técnica contable —y por ende los criterios y normativas que se siguen para la elaboración de los estados contables— que, volcados a su debido tiempo durante el proceso concursal —trátese de períodos y actividades anteriores y más aun en los posteriores a la apertura del concurso—, deben ser indudablemente tenidos en cuenta a la hora de la negociación y homologación de la propuesta concordataria. Tanto los acreedores como el magistrado tienen algunas piezas fundamentales (como el informe general del artículo 39) más la información volcada con periodicidad al expediente —informe mensual del síndico— que deben ser ineludiblemente consideradas a la hora de la evaluación de las propuestas efectuadas, a la viabilidad de las mismas en lo que respecta a posibilidad de cumplimiento según los flujos de fondos de la empresa, a lo que debe adicionarse las perspectivas de crecimiento o desarrollo que se informen en las memorias, o de las que el mismo concursado de cuenta al

momento de presentar la propuesta. Sobre todos estos temas, el análisis y la opinión del síndico en cuanto profesional especializado son también de importancia superlativa a la hora de evaluar sobre el desarrollo de negocios por la empresa concursada, las oportunidades perdidas y las logradas, los éxitos y fracasos, los imprevisibles que puedan dificultar el cumplimiento y, en general, una visión que arroje claridad a los acreedores sobre la posibilidad efectiva de recuperarse con una propuesta adecuada, ejerciendo de buena fe de las potestades y soluciones que la legislación concursal les ofrece. La legislación concursal dispersa en un conjunto de normas el tratamiento de la referida propuesta, en los artículos 43 a 45 y 260 de la LCQ y otras normas contenidas en otros artículos.

II. El plan de empresa y los aspectos a considerar: temporalidad, aspectos laborales, aspectos macroeconómicos

El principio de empresa en marcha es uno de los principios contables generalmente aceptados (PCGA) y establece que, cuando se crea una empresa, se considera que la misma proseguirá con su negocio en un futuro previsible. En nuestro país, la preparación y presentación de estados contables se realiza bajo el supuesto de empresa en marcha, de acuerdo a lo establecido por la normativa vigente. Es por ello que muchos de los activos se reflejan a su costo histórico, ya que, por el concepto de negocio en marcha, la entidad requerirá de estos recursos (como sus insumos, terrenos, edificios y equipos) para su uso y no para su venta. Esto es porque se supone que la organización seguirá operando durante el tiempo suficiente para usar los recursos existentes con el propósito para el cual se los tiene. Por lo tanto, cuando el uso del negocio en marcha es apropiado, los activos y pasivos se registran sobre la base de que la entidad será capaz de realizar sus activos y liquidar sus pasivos en el curso normal de sus negocios.

A partir de esta breve conceptualización y de conformidad a lo expresado en la introducción, debemos hacernos algunas preguntas en relación al rol del magistrado concursal. Previo a ello, es menester destacar el famoso “plan de empresa”, que no es exigido en su cabal significado en todos los concursos —aunque algunas referencias contempla la legislación en el artículo 45 LCQ—, que contempla la necesidad de expedirse sobre un régimen de administración y disposición de bienes. Esto es ciertamente escaso, en relación a lo que debería necesariamente presentarse como una “planificación empresarial”, que contemple la realidad desde la que se parte —en cuanto al funcionamiento, los negocios activos, pero también el estado de situación patrimonial, los índices de solvencia—, con proyecciones razonadas de superar la crisis, detallando los medios, los flujos de fondos esperados, la posibilidad de acceso al crédito, el

posicionamiento de la empresa en el mercado, entre otros aspectos de importancia ineludible. La planificación es un aspecto esencial de toda actividad de administración empresarial, como parangón de conducta legal y comprometida, de conformidad a la pauta general que brinda el artículo 59 de la LGS. De manera que la misma debería ser una constante, más allá de los requisitos de integralidad que la legislación concursal impone. En relación a la propuesta de acuerdo, y los elementos que esta planificación debe contener, necesariamente debemos mencionar algunos puntos en particular.

- **Temporalidad:** la duración de la planificación presentada deberá ser tan larga como el plazo de cumplimiento para el pago de la totalidad de las acreencias verificadas y admitidas en el concurso.
- **Cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social involucradas,** contemplando siempre la posibilidad de existencia de cambios legislativos para los que siempre debe tenerse un margen de reserva. Asimismo, cumplimiento de toda legislación específica sobre la actividad que desarrolla, la inserción de la empresa en el mercado, entre otros.
- **Contemplar el punto de equilibrio de la empresa,** y definir si la misma se encuentra en tal situación o cuáles son las perspectivas para lograrlo, a efectos de definir cuándo tendrá un margen de rentabilidad que permita lograr afrontar los pasivos concursales en el tiempo propuesto —de allí la importancia de este punto, que debe ser coherente con los compromisos asumidos en el concurso—.

En definitiva, debe presentarse como la proyección de una empresa seria y viable, sustentable en el tiempo, que cumpla con todas las obligaciones legales que rigen su actividad, que pueda sostenerse en el tiempo con medios genuinos, cumpliendo la propuesta ofrecida sin detrimentos patrimoniales, y mantenerse activa e incluso en crecimiento potencial.

III. El rol del juez como director del proceso en el marco de la negociación del acuerdo

He aquí un aspecto también trascendental, en virtud de las facultades que la legislación concursal otorga al juez. ¿Debe llegarse al momento del artículo 52 para manifestarse sobre la propuesta de acuerdo negociada en el marco del expediente o puede intervenir de manera anticipada si advirtiera incumplimientos legales o irregularidades? Allí, deberán tenerse en cuenta las amplias facultades que le otorga el artículo 274 de

la LCQ al juez, como también las que seguidamente se atribuyen a la sindicatura, aspectos de significación en el tema.

Si el juez, en las propuestas hechas públicas en el expediente, advirtiera irregularidades, violaciones de la ley o aspectos legales no contemplados, o bien abusividad en el contenido a la luz de la actividad empresarial y los resultados de la misma, expuestos con opinión del síndico, puede intervenir obligando a efectuar las correcciones que fueran menester. Esto, en el marco de la conservación de la empresa, y a efectos de evitar que, logradas las mayorías y por imperio del artículo 52, la propuesta de acuerdo no pueda ser homologada por violación de la ley, fraude o abusividad. Se insiste entonces en la importancia de las facultades inquisitivas y en el rol del síndico asesorando al juez y brindando los datos que el mismo solicite, opinando fundadamente de conformidad a las normas y técnicas vigentes.

IV. Conclusiones y propuestas

1.- La planificación empresarial es necesaria y es obligación de todo administrador, y configura una pauta de conducta con la que debe evaluarse su responsabilidad. Esta se ve acentuada en la hipótesis de concursamiento de la empresa, donde la misma debe hacerse con integralidad, a efectos de satisfacer los requerimientos legales y brindar adecuada información a los acreedores y funcionarios del proceso.

2.- Las normas y técnicas contables vigentes aportan una herramienta fundamental, en tanto las mismas imponen criterios acordes con el fin del proceso concursal preventivo. El criterio de la empresa en marcha obliga a contemplar diversos aspectos, incluyendo la obligatoriedad o conveniencia de auditorías y evaluaciones con periodicidad; asimismo, el necesario análisis de un período más allá de la evaluación de la administración cuando pueda determinar dudas importantes sobre la capacidad de la entidad para continuar funcionando, las violaciones legales, los actos contrarios al interés social y al del concurso en general.

3.- El rol del síndico evaluando la información aportada, más brindando opinión fundada, es de trascendental importancia para la tarea judicial. El juez **debe** intervenir en el marco de la negociación cuando una o más propuestas se hacen visibles en el expediente, advirtiendo los incumplimientos legales, o el carácter fraudulento o abusivo de la misma, de manera anticipada al trámite del artículo 52. Esto, con el objeto de anticipar eventuales inconvenientes en momentos clave y procurando disipar obstáculos, obligando a subsanar las propuestas efectuadas y haciendo de esa forma saber a los acreedores que pueden verse vulnerados sus derechos. En ese sentido, el rol del juez como director del proceso reviste

una importancia imposible de desconocer, si a buen puerto se pretende llegar, logrando satisfacer los diversos intereses que confluyen en el proceso concursal, incluyendo la legalidad, la preservación de los créditos, la continuación de la actividad empresaria.

POR QUÉ PRESENTAR UN PLAN EN EL CONCURSO: ¿ES EL PLAN MISMO LA PROPUESTA DE ACUERDO A VOTAR?

PEREYRA, Alicia S.

I. ¿Anhelo de salvación o deseo de solución?

La exploración de la identidad argentina nos puede enardecer, enriquecer o alienar. Es el marco unificador de una fogosa diversidad. En ella caben actitudes develadoras y encubridoras, vitales y letales, creativas y sacralizantes. Todo lo que se diga sobre nuestro pueblo es una conclusión aproximada y provisoria. Provisoria, porque no solo cambia el ojo y el espíritu del observador, sino porque lo observado no deja de cambiar²¹⁹.

Alternan en nuestro espíritu la “**salvación**” y la “**solución**”. La solución exige serenidad, autoconfianza y racionalidad; en cambio, la salvación prescinde de ellas. La solución es tarea de uno; la salvación es tarea de otro. La solución puede ser fallida y demandar un nuevo esfuerzo; la salvación es infalible. La solución requiere paciencia; la salvación requiere ansiedad. La solución es tangible, concreta, pedestre; la salvación es una instancia idealizada e inaprehensible. La solución se teje esforzadamente, en un clima de convivencia y equilibrio; la salvación no necesita de la convivencia ni del equilibrio, sino del mesías. A veces, interjuegan ambas. Entonces, la salvación se oculta tras el antifaz de aparentes soluciones; pero, en vez de impulsarlas, las sabotea; en vez de mejorarlas, las desacredita. Las soluciones fallidas se convierten en el camino de un recrudescimiento salvacionista. La solución, a su turno, se sirve de los fracasos de la salvación; entonces, crece una saludable prevención ante los ilusionistas o quienes prometen demasiado. En la alternancia —y a favor de un tiempo prolongado— gana la solución, porque se desacredita la salvación. El **anhelo de salvación**, cuando no satisface la solución, y el **deseo de solución**, cuando fracasa la salvación, muestran que frecuentemente se cambia de caballo: ora la racionalidad, ora la magia; ora el esfuerzo propio, ora el milagro. Esto se vincula con una especie de generalizado deporte; *poner en otra parte también la causa*. La causa de nuestros bienes reside en la riqueza del país. *No somos sus hacedores*. La causa de nuestros males, en la maldad del gobierno, el extranjero, el imperialismo, las ideas ajenas a nuestra idiosincrasia, el patrón, el empleado, el vecino. *No somos los responsables*. De esta

219 Aguinis, Marcos, “Un país de novela”, Edit. Booket, Bs. As, 2006, p. 20.

forma, hemos desarrollado una técnica que nos permite esquivar el bulto. Si no funciona la solución, que venga la salvación. Si nos atormenta la salvación, que jamás se cumple, reclamamos la solución y su costoso esfuerzo²²⁰. Si nos va bien, es por nosotros. Si nos va mal, la culpa es de otro. Culpa y responsabilidad no son lo mismo. Me refiero a la responsabilidad; la que reniega de la solución y fuga hacia la salvación. La que rápidamente dirige su mirada hacia otro u otros cuando tiene que explicar un fracaso. Quien cincela nuestros dramas es alguien o algo que no es uno, pero es más poderoso que uno.

El factor externo es *real*, pero *no exclusivo*. Circunscribirse a él tranquiliza: justifica la derrota. Nos exime de responsabilidad. Pero observado con agudeza, debería avergonzarnos. Porque es una coartada. Porque *obtura futuros éxitos*. La culpa en el otro nos arrincona en la pasividad. La responsabilidad propia nos eleva al rol activo, aunque carezca de espectacularidad²²¹.

¿Y esto qué tiene que ver con el concurso preventivo? Presentar un plan es la “solución”. Escudarse en el proceso concursal sin un plan, sin una estrategia de saneamiento, asignándole a otro/s la culpa del desequilibrio, esperando la solución mágica que nos da el proceso concursal, expresa un “anhelo de salvación”.

II. ¿Qué es la *planificación estratégica*?

La **planificación estratégica** es el proceso por el cual los dirigentes ordenan sus objetivos y sus acciones en el tiempo. De hecho, el concepto de estrategia y el de planificación están ligados indisolublemente, pues tanto uno como el otro designan una secuencia de acciones ordenadas en el tiempo, de manera tal que sea posible alcanzar uno o varios objetivos.

En el caso de una *pequeña o mediana empresa*, en la cual casi todas las decisiones las toma el dueño, la *planificación estratégica* es solo una expresión pomposa para designar la lógica que sigue el patrón en sus acciones. **Simplemente: qué es lo que va a hacer el dueño o patrón.** Si de una gran empresa se trata, la cuestión es más simple, porque existirá el departamento especializado que se ocupará de dicha planificación. Sin embargo, la *planificación estratégica* no es un dominio reservado a la gerencia general o al dueño o patrón. **Sino un proceso de comunicación y de determinación de decisiones, en todo el cual interviene la empresa. Y quienes se relacionan con ella** (proveedores, clientes, acreedores, el fisco, empleados, por ejemplo).

220 *Ibidem*, pp. 22 y ss.

221 *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¿Qué necesita el dirigente para planificar la acción empresarial?: **información. En ausencia de información no hay estrategia posible, sino solamente juego de azar.** La planificación depende de la calidad de los objetivos; pero también es cierto que la calidad de los objetivos depende de la calidad de la información que posee la empresa sobre sí misma, sobre los recursos y su medio ambiente. Dotadas de un buen sistema de información, toda empresa está en capacidad de efectuar un diagnóstico claro de su situación.

Ahora bien: ¿cómo pasar del diagnóstico a la prescripción de una acción?

III. Diagnóstico vs. pronóstico

Cuando una empresa, independientemente de la forma jurídica que tenga (societaria o personal), toma la decisión de presentarse en concurso preventivo —ya sea de manera voluntaria o presionada por un pedido de quiebra que tiene que convertir en concurso preventivo—, el “diagnóstico” ya lo hizo: está atravesando un estado de insolvencia o de dificultades financieras o económicas. A partir de ese momento, con la información que cuenta (poca o mucha, según las circunstancias), elabora su “pronóstico”: decide superar esa situación ayudada por las herramientas que le brinda el proceso concursal. Que no es ni más ni menos que un proceso judicial. **Proceso que por sí solo no basta para superar la crisis, ya sea económica o financiera. El proceso es la cáscara.** Y dentro de la cáscara, la empresa debe tomar sus decisiones. Y para tomar decisiones, debe saber hacia dónde va. Cuál es esa secuencia de acciones ordenadas en el tiempo, de manera tal que sea posible alcanzar uno o varios objetivos.

IV. ¿Proceso judicial o saneamiento empresarial?

La **crisis empresarial** no se supera con un procedimiento judicial, sino **con medidas económicas o financieras que debe tomar la empresa, dentro de ella y en su relación con terceros.** Y que debería hacer saber dentro del concurso. Y este es el error en el que incurren la mayoría de los deudores en concurso: consideran al proceso como el remedio que pondrá fin a sus males. Lejos de ello, el concurso es un *apretado corsé* que limita el accionar de la empresa. Y acá es donde el concursado se revela: no se deja atar, no se deja encorsetar, no informa en el proceso más que lo necesario. Todo lo demás queda en el ámbito privado de las negociaciones entre deudor y acreedores (período de exclusividad).

¿Es acaso el proceso judicial el que logra la superación de la crisis? ¿No será acaso el saneamiento empresarial pergeñado por el empresario y que debería expresar en su plan, el responsable de la superación de la

insolvencia? ¿Por qué los empresarios no quieren decir al presentarse en concurso cómo piensan superar la situación de crisis? ¿Tienen miedo a quedar prisioneros de sus palabras? ¿No saben cómo van a hacerlo y esperan a ver qué acreedores se presentan? ¿O por qué las propuestas a los acreedores son diferentes a la expresada en el concurso? ¿Por qué son diferentes, por qué no hay una sola propuesta? Y tantas otras preguntas más que podríamos formularnos alrededor de la reticencia que muestra el deudor a decir cómo piensa transitar el proceso judicial.

V. Cuándo anticipar el plan y por qué

El artículo 11 LCQ exige requisitos formales, enumerados taxativamente. Estos requisitos importan información “retrospectiva”, “actual” y “prospectiva”. Según explica Rouillón, están encaminados a convencer al juez interviniente de la seriedad objetiva de la solicitud del deudor y de un manejo formalmente correcto de su administración. Analizando la información, la “retrospectiva” explica las causas que llevaron al deudor a presentarse en concurso; la “actual” implica saber precisamente el estado actual de las cosas. Mientras que la “prospectiva” ayuda a evaluar cuáles son las posibilidades que tiene el concursado de tramitar un concurso exitoso. En mi opinión, **solo es de utilidad la “prospectiva”**; ya que, respecto de la retrospectiva, la sola confesión del deudor y su petición bastarían para la apertura del concurso²²². Lo que interesa conocer es qué piensa hacer para superarla. Además, la información surgirá de las investigaciones que realice la sindicatura y que deberá volcar en el informe general y en los informes mensuales. Durante el siglo XIX, no fue la viabilidad económica de la empresa lo que delimitará la apertura del concurso frente a la quiebra, sino una especial calificación del deudor comerciante²²³. En el siglo XX y hasta la actualidad, otros intereses son tomados en consideración. Y, en concreto, uno específico y prioritario en la conservación de la empresa por razones de interés público y sobre la base de su viabilidad: la conservación de la empresa viable. Conservación y viabilidad que han sido fuertemente condicionadas por la pandemia y las políticas delineadas en los diferentes países y dentro de las más diversas economías.

²²² Los requisitos exigidos por la Ley 4156 en su artículo 8 o por la Ley 11719 en su artículo 10, vemos que le bastaba al deudor con presentar un estado actualizado y valorado de su activo y pasivo. Es la Ley 19551 la que introdujo la obligación de presentar, además, los tres últimos balances, con la finalidad de conocer la historia de los negocios. Sin embargo, *“el estado actual de los negocios no depende de los balances que se presenten, sino de otro instrumento actualizado”*.

²²³ Pulgar, Juana, “Los nuevos institutos reorganizativos”, Edit. Civitas, 1994, Madrid, p. 29.

De la misma manera que el deudor explica cuáles son las causas de su desequilibrio, debería explicar qué piensa hacer para superarlo. *Plan - Plan de empresa - Plan de saneamiento*, asusta, abruma y ata. “*Qué voy a hacer para superar la crisis*” suena diferente. Sin embargo, es lo mismo. **Entonces**, ¿por qué no decirlo en la presentación? De manera simple, de la misma manera que el deudor relata las causas de su crisis, también puede decir cómo va a superarla.

VI. ¿Por qué es conveniente presentar un plan en el concurso?

En la legislación argentina vigente, el deudor hace pública su propuesta, que generalmente consiste en “quita y espera” en la oportunidad del art. 43 LCQ. No está obligado a explicar por qué, en base a qué, propone esa quita y esa espera. La vida de la concursada, su conservación, se produce —en una abrumadora mayoría— a través de estos acuerdos, sin que se contemplen otras medidas de carácter económico-financiero. Por su lado, hemos visto que diversas legislaciones tanto del derecho anglosajón como del derecho continental, vienen proponiendo desde el siglo XIX nuevos institutos concursales reorganizativos sobre la base de un plan de reorganización o reflotamiento de la empresa, cuyo contenido está integrado por lo tradicional en los convenios (quitas y/o esperas); pero, además, abarca la posibilidad de otras medidas de carácter económico-financiero en función del caso concreto, que persiguen conservar la empresa reorganizándola. Medidas de carácter “económico-financiero” que resultan indispensables para superar la crisis. Porque, como ya lo dijimos, el proceso concursal no es mágico. Es tan solo un proceso.

La viabilidad de la empresa no puede ser medida en términos y tiempos jurídicos; deberá realizarse de acuerdo a las leyes económicas, reales y vigentes al momento de producirse la crisis, inmersa en la coyuntura económica, política y social. Si la empresa es insolvente, debe reestructurarse para ser relanzada al mercado. Y será ese mercado el que fije las pautas a seguir. No pueden ser normas generales, en abstracto, porque la empresa es una realidad económica y social, dentro de un contexto determinado. Es necesario definir el problema, especificar la respuesta, decidir el camino, llevarlo a cabo mediante el plan, el curso de acción elegido, examinar su validez y corregir los desvíos. La presentación de un *plan, propuesta de saneamiento, curso de acción, qué voy a hacer para superar la crisis*, brinda transparencia, información, disciplina, claridad de objetivos, confianza. Pero, además, flexibiliza el proceso. **Ya que el plan se va a ir acomodando de acuerdo a las posibilidades de su ejecución.**

Efraín Richard²²⁴ viene sosteniendo desde el año 1993 (o quizás antes), la necesidad de contar con un plan de empresa en el que se informe y expliquen las correcciones que se aplicarán para llevar adelante el proyecto y atender el cumplimiento. Junyent Bas, preocupado por la empresa como entidad clave del desarrollo social, afirmó que *“la formulación de un plan de administración es lo mínimo que se le puede exigir a un empresario diligente y con mayor razón si afronta dificultades económicas”*²²⁵. E. Marcelo Alberti²²⁶ sostiene la necesidad de la presentación del plan de empresa como recaudo del concurso preventivo.

Un proceso de planificación es un esfuerzo organizacional disciplinado y bien definido y que tiende a la especificación completa de la estrategia de una empresa y a la asignación de recursos y responsabilidades para su ejecución²²⁷. Si no hay un plan, la propuesta es una eventual promesa, que posiblemente el deudor pueda cumplir. Suele suceder que la propuesta expresada en el concurso no sea la que realmente se acuerde con los acreedores. Y que, a pesar de que la ley obliga a un trato igualitario, existan acreedores que se ven premiados con condiciones especiales, reservando el deudor la “propuesta hecha pública” para aquellos que le son hostiles. El deudor está sometido a la presión que ejercen determinados acreedores, que le imponen condiciones excepcionales a cambio de asegurarle la suerte de su concurso. Con ellos arregla condiciones especiales encubiertas; con los otros, lo que hizo público en el expediente. La presentación de un plan que no se limite a expresar una propuesta de quita y/ o espera, sino que exprese una reorganización integral que abarque a todos los partícipes del proceso, cada uno, asumiendo el rol que le compete en la empresa y fuera de ella, es liberador de las presiones ejercidas por determinados acreedores. Permite mayor flexibilidad, libertad de acción y corrección adecuada del rumbo.

Criterios y medidas flexibles que se irán acomodando a los distintos escenarios que se van sucediendo durante el proceso. Medios económicos y financieros a disposición del deudor, con especial referencia a la necesidad de que se le brinde una financiación adecuada, ya sea por parte del Estado (disminuyendo la presión fiscal) o por parte de las entidades

224 Richard, Efraín H. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa”, D.S. y C., abril 1993, pp. 337 y ss.

225 Junyent Bas, F. “Hacia una prospectiva de la noción de empresa como entidad clave en el desarrollo social”.

226 Alberti, E.M., “Una contribución de E. H. Richard al derecho concursal. El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en derechos patrimoniales, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 949.

227 Pereyra, A.S. “Plan de reorganización empresaria. Su necesidad de implementación. Modificación del art. 11 de la ley 24522”, ponencia presentada en la Jornadas nacionales de actualización y debate en derecho Concursal”, Rosario, 17 y 18.10.2002, p. 47 y ss. “El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” (tesis de grado).

bancarias, facilitando la utilización de los distintos productos financieros. La fijación de un período de reorganización que seguramente se verá modificado según las circunstancias. La forma y condiciones en que han de ser satisfechas las deudas, permitiendo diferentes alternativas según los acreedores. **Ya no se votaría una fórmula rígida, sino un proceso de reorganización.**

Estas pautas mínimas pueden ser ampliadas según la complejidad de la reorganización propuesta. Y pueden ir variando a medida que el deudor vaya negociando con los acreedores, hasta lograr la conformidad y la homologación del plan de reorganización. Se pone así en funcionamiento **un proceso de comunicación y de determinación de decisiones, en el cual no solo interviene la empresa, sino también quienes se relacionan con ella** (proveedores, clientes, acreedores, el fisco, empleados, por ejemplo). Ya no será el proceso concursal el que cumpla con el “**anhelo de salvación**” del deudor. Serán las **medidas económicas o financieras que tome la empresa, dentro de ella y en su relación con terceros** las que logren el “**deseo de solución**” frente a la crisis.

Si lo que se vota es la reorganización, la realidad es otra. Y si esa reorganización está expuesta en el expediente, involucrando a todos los participantes, tejida esforzadamente, en un clima de convivencia y equilibrio, el éxito parece estar asegurado. La presentación de un plan otorga serenidad, autoconfianza, racionalidad. A veces podría demandar un nuevo esfuerzo frente a posibles caminos fallidos, corregir el rumbo, introducir nuevas medidas, pedir otras autorizaciones y/o colaboraciones. Pero así se construye la reorganización de la empresa, con el esfuerzo y la participación de todos. Ya no podemos dudar de que la solución no es exclusiva del deudor. Que la reorganización no se logra transitando un proceso judicial. Sino a través de una reorganización económico-financiera con amplia participación y debate.

EL PLAN DE EMPRESA –IMPERATIVAMENTE– FORMA PARTE INTEGRANTE DE LA PROPUESTA DE ACUERDO

VAISER, Lidia - RICHARD, Efraín H.

Son pilares del concurso de sociedades la viabilidad de la actividad y la no alteración de su funcionalidad —salvo algunas decisiones que deben contar con la autorización judicial—. Esto conlleva llevar contabilidad en legal forma, asegurar la fidelidad de sus administradores y la satisfacción de los intereses en juego conforme la tipicidad de la organización.

Conforme lo previsto en el artículo 45, cuarto párrafo: *“El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”*. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta” por la relevancia que trae, tal como se verá.

La norma y la doctrina mayoritaria se refieren a un “deudor” genérico, que en el caso de una sociedad importa integrar las exigencias concursales con las normas propias de esa persona jurídica.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el artículo 2 CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis, unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico —obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia—.

Alberti²²⁸ señala: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación”.

228 Alberti, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *Derechos Patrimoniales Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II, pág. 949.

El artículo 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de “informar en la memoria sobre el estado de la sociedad”.

La memoria importa una obligación de los administradores para que “los accionistas de informen adecuadamente no solo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LSA)”.

La omisión de la memoria implica una violación de la ley de sociedades en su artículo 234, inciso 1, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que: “ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios [...] no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado”²²⁹.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”²³⁰.

Se trata de un aspecto formal-substancial. Formal la presentación del régimen, substancial que este se corresponda al contenido exigido.

Bajo la óptica recién focalizada, la “reorganización societaria” y la “administración de bienes en beneficio de los acreedores”, nociones desprendidas del texto legal (art. 43, LCQ), no pueden más que considerar-

229 Carlino, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H. Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

230 Palmero, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

se como una “propuesta complementaria eventual”. Y la denominamos “eventual” en contraposición a la “necesaria”, que normativamente viene impuesta en cuanto al “régimen de administración y limitación de los actos de disposición” y a la “constitución del comité definitivo”. Habíamos considerado en oportunidad anterior que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: “el plan”²³¹. También podría afirmarse en un plano más profundo que la aquí denominada “propuesta complementaria eventual” podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del “plan”.

¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? Hemos considerado que la adenda introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en cuanto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso “plan de empresa”. Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. No pueden existir dudas acerca de que el estándar jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: planificación, control y coordinación.

Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración, las cuestiones vinculadas al planeamiento empresarial se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. El presupuesto sirve —en consecuencia— como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande, de modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta.

Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresarial a los estándares jurídicos de “buena conducta” engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también genera responsabilidad a los administradores (art. 173, LCQ). El artículo 59 de la Ley de Sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre

231 Vaiser, Lidia “Vivisección de la propuesta de concordato” ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia; Ed. Ad-Hoc, t. I, p. 441, y “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” en LL, diario del 05/08/1999.

de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. A los socios y administradores de una sociedad en crisis, con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio, habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis.

Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta, parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo.

Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor.

Existe otro argumento, que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El artículo 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 —recordemos— le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incisos 4 y 6, el síndico debe: “4): [Presentar] el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado” y “6) las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación”. Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. Se impone preguntarse entonces si es dable exigir menos al concursado que al síndico. De allí que esta cuña injertada por la ley 24.522, este “plan de administración” adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar, en alguna medida, los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria.

La necesidad de contemplar una razonable planificación empresarial como parte integrante de la propuesta concordataria parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresarial y por ende al del crédito, bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los “operadores jurídicos” se encuentra la posibilidad

de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aun reconociendo sus marcadas limitaciones.

Sobre el punto, en aquel Congreso de Rosario se ha dicho: “La propuesta de acuerdo preventivo que debe presentar la sociedad concursada juntamente con el régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, va a determinar los derroteros de la vida societaria por un largo tiempo que seguramente excederá con creces el período por el cual se designaron los administradores sociales, que desempeñan sus funciones en ese momento y además puede contener cuestiones cuya aprobación exceda las atribuciones que la ley le confiere a los administradores societarios, como emisión de bonos y debentures, reorganización, constitución de sociedad con los acreedores, etc.”. Tales resoluciones corresponden al órgano de gobierno. Un régimen de administración y de disposición de bienes diferente al que resulte del estatuto social implica su modificación, con efectos para la sociedad, los socios y terceros contratantes, por lo menos por el largo período de cumplimiento de los llamados acuerdos írritos —con larguísimas esperas—, no lo puede realizar imputando a la sociedad un representante legal ni un mandatario, ni un órgano de administración efímero (siempre en el sistema societario) —particularmente en la sociedad anónima—, sino que debe ser adoptado por el órgano de gobierno de la sociedad, incluso con inscripción del mismo cuando fuere aprobado.

Por otra parte y analizando la cuestión desde una faz pragmática, los socios deben conocer e intervenir en la decisión acerca de la propuesta y el régimen de administración por los efectos y consecuencias que pueden llegar a producirse, sobre la sociedad de la que ellos son partícipes como de sus propias participaciones y, obviamente, deben revisar y aprobar todas las cuestiones fundamentales atinentes al proceso del concurso preventivo de la sociedad donde se intenta superar el estado de cesación de pagos. No solo sobre la continuación del trámite iniciado, sino respecto al plan de empresa y las estrategias a seguir, que incluyen el contenido de la propuesta a formularse, evitando la disolución de la sociedad²³².

No puede pensarse que en la propuesta heterónoma (la de los intervinientes en la vía abierta por aplicación del art. 48 LCQ) —al igual que en la autónoma— no se exija “el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado” que se requiere al síndico en el supuesto del artículo 190, inciso 4, que se mantiene en forma idéntica en el nuevo texto fijado por la ley 25.589. Ello impone con más razón que ese régimen de administración tenga cierta racionalidad, como se exigía en la reforma del año 83 a la ley 19.551 en los acuerdos

232 Borgarello, Luisa Isabel - Richard, Efraín Hugo “Legitimación para formular propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades comerciales” t. 1 p. 763 de los libros del Congreso.

preconcursoales para juzgar la validez de los actos con posterioridad, que el plan presentado conforme el artículo 125-1 no fuera irracional (125-2).

Se trata a la postre que el órgano de gobierno prevea la funcionalidad de la sociedad, como forma de conservación de la empresa, durante todo el lapso de cumplimiento de la propuesta, e imponga ciertas conductas a futuros administradores o socios. Incluso deberá analizarse si el plazo de duración de la sociedad es coherente con el plazo de pago del acuerdo, y en un todo lo que prevé ahora imperativamente el artículo 100 LGS.

No pueden desoírse estas visiones de la obligación del concursado y de los administradores de la sociedad concursada de integrar la propuesta con un plan de empresa, por cuanto son lógicamente integrables con la presentación en concurso de una sociedad y surge de los imperativos tanto de la legislación societaria como de la concursal.

Mussi²³³ refiere una posición también globalizante: “Se trata, insisto, de que el deudor explique cómo va a hacer para cumplir lo que está prometiendo, habida cuenta que deberá atender, a más del pasivo corriente, el que motivó el juicio concursal”.

Existen suficientes elementos para sostener que el plan de negocios no es una pretensión *de lege ferenda*, sino del texto legal, específicamente para sociedades, y un requerimiento doctrinal uniforme, tanto respecto a la tempestividad para afrontar la crisis (el *timing problem*) como en la explicitación del plan de negocios para obtener la conformidad de los acreedores y la homologación por el juez²³⁴.

Ahora, la nueva redacción del artículo 100 LGS impone el análisis de la viabilidad económica que el juez deberá tener en cuenta para no disponer la liquidación. Esa necesaria información tiene por efecto equilibrar la información asimétrica de los acreedores y puede potenciar soluciones legales poco transitadas, como y por ejemplo la capitalización del pasivo (arts. 96 y 197 LGS).

233 Mussi, Alberto P. “El *cramdown power* o la imposición de las categorías disidentes” La Ley 05/01/2005, 1.

234 Pacchi, Stefania “Empresa y crisis: eficiencia de los mecanismos de resolución de la crisis”, Conferencia de apertura del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Villa Giardino, 10 a 12 de setiembre de 2015, en *Estudios de Derecho Empresario*, n° 5, Revista Digital de la Universidad Nacional de Córdoba.

HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO CONCURSAL Y PLAN DE EMPRESA: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?

LORENZINI, Fabian S. y MAREGA, Alexis M.

I.- Introducción: ¿astrolabio y brújula, sextante o GPS?

Igual que un navegante escudriñaba las estrellas en medio de la noche y observaba el horizonte con su sextante, rumbeando su barco a buen puerto, el juez concursal debe analizar el acuerdo concordatario y decidir —en un instante— el futuro de una empresa en crisis.

Nos preguntamos entonces, aprovechando la metáfora náutica, si no es tiempo de comenzar a emplear el GPS, entendido aquí como todo tipo de tecnologías aplicadas a los procesos. Y como herramientas que, incluso desde otras disciplinas, tengan la aptitud de hacer la navegación más predecible y confortable con el fin de llevar el barco (la empresa), sus tripulantes (los dueños) y los pasajeros (acreedores, terceros y la comunidad toda) a un puerto seguro en medio de la tormenta.

Creemos que esto resulta posible tanto mediante una reforma total o parcial de la ley de concursos y quiebras como sin modificaciones al texto legal, echando mano de una reinterpretación del artículo 45, LCQ (algo así como mantener la carta misma naval, pero con nuevos elementos que tornen asertivas las decisiones). Algo similar sucedió en la pandemia de COVID-19 con las verificaciones no presenciales y el artículo 32 LCQ²³⁵, con buen resultado.

Podrá pensarse que exigir un plan de empresa o plan de salida de la crisis puede ser exagerado para pymes, empresas familiares y pequeños establecimientos, so pretexto de que torna oneroso el proceso concursal y obliga a contratar profesionales adicionales. Pero la ley de concursos argentina tiene vocación abarcativa de todo el universo de la insolvencia; por lo tanto, privarla de una herramienta que mejora la calidad del proceso y sus posibles resultados no parece razonable.

235 Ver las experiencias realizadas, entre otros casos, en los autos: “Vicentin”, Juzgado CC 2° nominación de Reconquista (Santa Fe); “Cirubon S.A s/ Concurso Preventivo” (CUIJ 21-01486305-9) Juzgado de Distrito en lo CC de la 12ª. Nominación, de Rosario; “CLAXTON BAY SRL s/ Quiebra (Pequeña)”- Expte. n° MO-18421-2018 - Morón; CUIJ: 13-04878528-4 (011903-1020032)- GREEN SA p/megaconcurso, Mendoza; CALZANDO SAS s/ Concurso Preventivo - 21-02924578-6 - Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 18va. Nom. Juzgado Comercial 18 - Secretaría N° 36 COM 4833/2020 - COFINA AGRO CEREALES S.A. s/Concurso Preventivo.

Continuando con nuestra metáfora, sería como pretender que no es necesario el GPS (o al menos un sextante) porque nuestra embarcación es pequeña y nunca navegamos lejos de las costas. Para responder a esta afirmación, basta interrogar por igual a cualquier pescador local o al capitán de un gran barco mercante: ambos lo usan en algún momento o durante casi toda la navegación.

Al igual que ellos, los operadores del sistema concursal y los destinatarios finales de la ley concursal deben contar con herramientas que se revelan útiles (a veces indispensables) para cumplir sus objetivos. Tal vez no sea necesario usarlo, pero ante la posible tempestad nunca es bueno subestimar las aguas profundas.

II.- La discusión en nuestra doctrina

Desde hace muchos años la más distinguida doctrina se ha debatido acerca de la necesidad de que la ley concursal requiera la presentación de un plan de empresa a la concursada para mostrar la viabilidad de la continuación de su explotación económica.

Maffía ha sostenido que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal argentino²³⁶, Vaiser²³⁷ argumentaba que la *addenda* introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso plan de empresa.

En idéntico sentido, el profesor Richard afirmaba que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresas en nuestro sistema concursal (“La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico-financiera de la concursada”²³⁸). Escuti y Junyent Bas²³⁹, por su parte, sostuvieron que la propuesta de un régimen como punto específico del acuerdo es un aspecto muy importante del nuevo ordenamiento. En efecto, expresaban que este régimen permitirá el establecimiento adecuado de pautas de funcionamiento de la empresa del concursado y de control por parte de los acreedores. Sin perjuicio de los insistentes y sólidos argumentos

236 Maffía, Osvaldo, *Manual de Concursos*, T. I, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1997, p. 314.

237 Vaiser, Lidia, *Vivisección de la propuesta de concordato*, ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, Ed. Ad-Hoc, T. 1, p. 441.

238 Richard, Efrain, *III Congreso Nacional de derecho concursal y I Iberoamericano sobre la insolvencia*.

239 Escuti, Ignacio y Junyent Bas, Francisco, *Instituciones de Derecho Concursal*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

vertidos por la doctrina, la cuestión no tuvo, hasta hoy, acogida por parte de los legisladores nacionales, que parecen no advertir la importancia de un plan de empresas por parte de la concursada para demostrar que su explotación económica continúa siendo viable y beneficiosa para sus acreedores. Y, al parecer, los jueces tampoco atinan a reclamarla.

III.- La importancia de que exista un plan, su explicación y seguimiento

La cuestión aquí analizada ha sido receptada por las legislaciones de Uruguay²⁴⁰, Brasil²⁴¹, Bolivia²⁴², Ecuador²⁴³, Perú²⁴⁴ e incluso España²⁴⁵ como de presentación obligatoria en el marco de la propuesta de acuerdo a los acreedores. Acunado por el principio de progresividad-no regresividad²⁴⁶, su implementación en nuestro derecho concursal resulta de una lógica casi indiscutible.

El plan de empresa debe prever diferentes cuestiones referidas al desarrollo de los negocios. Pero sobre todo permite generar confianza y recuperar terreno frente a los acreedores, acreditando la visión de un horizonte (mensurable, analítico, debatible y no meramente voluntarista) en la evolución de su explotación económica.

240 La ley 18.387 de la República Oriental del Uruguay reglamenta que el deudor podrá presentar al juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación. El plan de continuación deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes.

241 La ley 11.101 prevé en su artículo 53 la presentación de un plan de recuperación que deberá contener el detalle de los medios de recuperación, la demostración de su viabilidad económica y la evaluación económica y financiera y la valuación de los bienes y activos del deudor.

242 La ley 2.495 de Bolivia dispone en su artículo 5 que se presentará un plan de reestructuración o liquidación voluntaria y el artículo 8 dispone que el síndico de la reestructuración debe evaluar el plan, opinar sobre su consistencia y, en su caso, proponer alternativas a la junta de acreedores para mejorar el mismo.

243 El artículo 12, inc. "f" de la Ley de Concurso Preventivo de Ecuador dispone que el concordato (acuerdo concordatario) será presentado ante el superintendente en forma conjunta entre el deudor y los acreedores y que contendrá el plan de rehabilitación que servirá de base para la suscripción del concordato.

244 El artículo 66.2 de la ley 27.809 del Perú reglamenta que el Plan de Reestructuración podrá contener las acciones que se propone ejecutar la administración, las propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuidad de la actividad del deudor, las políticas laborales, un presupuesto que contenga los gastos y honorarios de la administración y un estado de flujo proyectado.

245 El artículo 100 de la ley concursal española dispone que las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, denominado luego "plan de viabilidad".

246 GIL DOMINGUEZ, Andrés: "El art. 2 del CCyC, de los métodos tradicionales de interpretación a los principios constitucionales-convencionales de interpretación"; RCCyC 2016; Cita online AR/DOC/2358/2016.

Su formulación no debería estar atada a patrones científicos indiscutibles en cuanto a su metodología de formulación, sino antes bien, a premisas u objetivos asequibles, como estándar mínimo: tomando como punto de partida el acuerdo ofrecido, diferenciando los objetivos a corto y largo plazo, la realidad del negocio, tanto interno como externo, las proyecciones, el requerimiento de capital de trabajo, los plazos, ventas y utilidades que se espera, la delimitación precisa de los costos, estrategias en caso de adversidades comerciales (un plan de contingencia), las definiciones acerca de quiénes serán los administradores del plan, el control financiero y presupuestario y en definitiva todas las previsiones que cualquier buen hombre de negocios debe efectuar en el desarrollo de una explotación comercial, que se ve agravada en el caso de empresas en crisis.

La lógica de la necesidad de presentar o hacer visible este plan (entendemos que, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Sociedades, el plan existe aunque no sea público) descansa en la certeza de que los acreedores deben conocer las posibilidades de éxito y de fracaso a las que están atando su suerte y la de sus propias empresas y familias. La discusión en torno a poder mejorarlo o no, el restablecimiento de la confianza perdida por el deudor para con sus acreedores, no hacen más que robustecer aquella certeza inicial.

La praxis tribunalicia nos enseña que los acreedores no lo exigen para analizar la viabilidad de la propuesta efectuada y la acompañan como quien se aferra irracionalmente a una esperanza improbable de éxito. Otras veces celebrando acuerdos por fuera y bajándose del barco antes de tiempo. Más allá de que hoy no sea legalmente exigible, consideramos que se revela como esencial para analizar la propuesta bajo la lupa de la “no abusividad” que disponen los artículos 52 LCQ y 10 CCC como cota para su aprobación.

Si el juez no puede analizar razonablemente en el contexto de crisis el plan de acción de la concursada para establecer si la propuesta realizada es la más razonable (o la única posible), para la continuación de la explotación económica y el resguardo de los acreedores, continuará homologando acuerdos cuya viabilidad no comprende (soslayando la pauta del art. 52 LCQ) y refrendando con su firma los comportamientos desleales y contrarios a la buena fe que hoy en día son tolerados, aun en perjuicio de los acreedores más desfavorecidos.

Llegados a este punto sostenemos, con ánimo de abrir un debate amplio y generoso, que el plan de acción-de empresa-de crisis, se revela como un documento esencial para conminar la abusividad (o no) de la propuesta realizada. Plan que debe controlar el magistrado previo a su aprobación, que puede recurrir para su análisis al asesoramiento de los órganos

concursoales (sindicatura y comité de control) y que los acreedores podrán monitorear, directamente o por medio de dicho comité (cuando este se constituya). Creemos que aquí deben enfocarse las energías de nuestra prolífera doctrina concursal: analizando **cómo** se debe implementar dicho plan sin demoras ni costos excesivos a la hora de homologar el acuerdo preventivo.

El elenco de posibilidades que otorga la ley concursal para conformar la propuesta concordataria es de tal variedad que, sin este plan, resulta imposible verificar si lo propuesto pudo haber sido sustituido por otra u otras propuestas que requieren menos esfuerzos por parte de los acreedores y más predisposición a asumir su responsabilidad por parte de la deudora y sus socios. En los hechos, la teoría del esfuerzo compartido se ve reemplazada por la especulación de quienes encuentran allí terreno propicio para sacar ventaja. Se trata de ser pragmáticos, corrigiendo los errores y mejorando las malas prácticas; o aceptar que estamos frente a una elección valorativa que no enfrentamos. En todo caso, la inacción y la inercia no son buenos consejeros para navegar un barco en medio de la tormenta.

IV.- Conclusión

Propiciamos *de lege lata* la reinterpretación del artículo 45 LCQ en cuanto establece limitaciones a la administración, considerando el plan de salida de la insolvencia como parte de esta expresión. Y *de lege ferenda*, la modificación de dicha norma, incorporándose expresamente este recaudo como excluyente para homologar el acuerdo. Las víctimas de los naufragios nunca cuentan su historia. Si tal cosa fuera posible, nos dirían que ningún esfuerzo es suficiente cuando se trata de llegar a casa, sanos y salvos.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES



FUNCIONAMIENTO DE LA HOMOLOGACIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

EVALUACIÓN CRÍTICA DEL *CRAMDOWN* DEL *CHAPTER ELEVEN* DEL CÓDIGO DE BANCARROTAS DE ESTADOS UNIDOS. BREVE COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ARGENTINO. POSIBILIDAD DE TRASPLANTE NORMATIVO

MIGUENS, Héctor J.

Objetivo de la ponencia

El mismo está constituido por dos elementos: el primero es una descripción orgánica y sistemática del instituto del *Cramdown* del *Chapter Eleven* del *Title Eleven* del *United States Code*, o Código de Bancarrotas de Estados Unidos, con su noción, características, historia, objetivos, requisitos, efectos, finalidades y vinculación con el resto del plexo normativo aplicable, que han sido estudiados en el artículo referenciado al pie de esta página. El segundo elemento es un análisis crítico de las instituciones concursales analizadas respecto del denominado *Cramdown* del *Chapter Eleven* del *United States Code*, una breve comparación con el instituto de la misma denominación del derecho de quiebras argentino y la posibilidad de su trasplante normativo a nuestro país.

I.- Desarrollo

1. El juez, al considerar la posibilidad de confirmación del plan de reorganización, podrá valorar la conducta asumida por el deudor o los acreedores y aceptar o rechazar las razones esgrimidas por ellos, también cuando haya sido incoada la vía del *non-consensual plan*, mediante el instituto del *Cramdown*, que está en armonía con el resto de las instituciones y finalidades de este proceso de reorganización concursal estadounidense.

2. El proceso estadounidense del *Chapter Eleven* consiste en el cambio de la estructura tanto de los activos como de los pasivos del sujeto concursado, pero además en el cambio sustancial de la estructura empresarial y de su política negocial a corto y mediano plazo. Esta política legislativa es encomiable, oportuna y ajustada a derecho, lo que amerita un estudio profundo a fin de evaluar la prudencia y pertinencia de un trasplante a otros ordenamientos concursales preventivos de la quiebra como el argentino.

3. La *Section 105* del Código –instituto en virtud del cual, en un acusado alarde de pragmatismo, “*el tribunal puede dictar medidas, procesos o decisiones que sean necesarias o apropiadas para llevar a cabo las provisiones de este título*”– constituye el último instrumento destinado a lograr la continuidad de las operaciones empresariales, a criterio del tribunal. Esta norma puede ser aplicada también en los casos de *Cramdown* porque en este supuesto permanecen los objetivos últimos de todo el proceso de reorganización concursal norteamericano, cual es, la continuación empresarial en condiciones equitativas para todas las partes involucradas e incluso conforme los principios del bien común.

4. El plan de reorganización concursal y su confirmación incluyen numerosos elementos de proposición, negociación y confirmación. Estos elementos no solo habrán de ser objeto de planificación económica de la empresa y de negociación con los acreedores, sino también de elementos para decidir la procedencia o no de la confirmación del plan por el juez, en su caso aceptando o rechazando la aplicabilidad del instituto del *Cramdown* al caso.

5. La aceptación consensuada del plan de reorganización por los acreedores es considerada como prácticamente crítica para lograr la confirmación del plan por el tribunal, y forma parte de las negociaciones previas, que deben ser ejecutadas conforme al principio de la buena fe entre las partes. Los poderes de los acreedores disidentes en la votación del plan son muy limitados, pero pueden frenar la reorganización –aun cuando hubiera sido aceptada por la mayoría de ellos– cuando no se hayan reunido algunos requerimientos básicos, como los cuatro mencionados expresamente por la norma y sus demás requisitos. Esta política del legislador no es arbitraria y se ajusta a los objetivos del procedimiento de reorganización de la empresa que evita su liquidación concursal, respetando todos los principios del sistema.

6. El tribunal debe juzgar con independencia la posibilidad de cumplimiento del plan y que no se seguirá del mismo una liquidación forzosa, salvo que esa alternativa haya sido especificada en la propuesta. Esta posición estimula al deudor no solo a proponer un plan ajustado a la realidad económica de la empresa, sino también a los disidentes a llevar al tribunal la posibilidad de la calificación de impracticable del mismo, pero de modo riguroso, no frívolo o superficial, y de buena fe. Esta norma tiene la bondad de lograr un sinceramiento de las partes en el proceso de reorganización y otorga al juez, como otras muchas normas, un rol protagónico insustituible, lo que puede ser útil incorporar a otros ordenamientos concursales como el nuestro, aprovechando sus bondades y conforme a un riguroso estudio conforme los principios del derecho comparado en materia de trasplantes normativos. Esta independencia judicial se halla presente también a la hora de juzgar la procedencia o no del *Cramdown*

que haya sido incoado, lo que es digno de encomio.

7. La posibilidad de confirmación judicial del *Non Consensual Plan* mediante el instituto del *Cramdown* permite acceder a ese paso del proceso incluso en caso de existencia de alguna categoría de acreedores disidentes, si se cumplen determinados requisitos, que son razonables por cuanto constituyen las debidas salvaguardas de una propuesta equitativa y ajustada a la realidad económica y jurídica en juego. Estos requisitos otorgan seriedad y firmeza a las instituciones concursales involucradas y constituyen, por otra parte, una consecuencia del principio de la buena fe que campea en todo el ordenamiento concursal estadounidense.

8. En el caso del *Cramdown*, el Código de Bancarrotas norteamericano exige otros requisitos suplementarios que no pedía en caso contrario para compensar esa carencia de una abrumadora aceptación del plan ofrecido por el deudor. Ello es razonable y proporcionado y coherente con el objetivo final de la reorganización empresarial definitiva (la continuación de la empresa en marcha y el salvataje final de la empresa), que es el máximo o preeminente principio del *Chapter Eleven* y alrededor del cual giran todas las otras instituciones concursales allí legisladas.

9. En el proceso del *Chapter Eleven* la línea divisoria entre la reorganización y la liquidación de la empresa no siempre está clara, y esto es en gran parte beneficioso para las partes en conflicto por su flexibilidad y pragmatismo. El proceso del *Chapter Eleven* puede tener como objetivo no solo la reorganización y continuación empresarial, sino también la liquidación de los bienes en forma parcial o incluso hasta total (es el denominado "*Non-Discharge Plan*"). Esta política legislativa ha permitido llevar a cabo varios objetivos: flexibilizar el proceso hacia la solución liquidativa, sincerar las perspectivas económicas reales de la empresa que no es viable, evitar dilaciones en el tiempo y dispendios inútiles de jurisdicción y, por último, beneficiar a los acreedores con un procedimiento de liquidación más conveniente y flexible que otros procedimientos liquidatorios (como el del *Chapter Seven* del *U. S. Code* o los procesos extrajudiciales de liquidación). Asimismo, con ello se logra un mejor ordenamiento universal de los créditos y una mayor cuota de participación en la liquidación de bienes, se brindan más alternativas posibles entre las partes, se obtienen más facilidades para el arreglo de litigios con los acreedores, se logra una mejor distribución de los bienes concursales entre los acreedores y, finalmente, se obtiene un ahorro en los costos de los honorarios del *Trustee in Bankruptcy* y otros gastos. En el caso del *Cramdown*, todo esto será criterio para decidir su suerte, de tal manera que se otorga una gran flexibilidad al tribunal, incluso en el supuesto de no confirmación judicial del plan. Todo ello es coherente consigo mismo y con el resto del plexo concursal americano y, por ende, digno de encomio.

10. Los propios planes liquidativos del *Chapter Eleven* constituyen otro exponente de la enorme flexibilidad, versatilidad y pragmatismo propios de este procedimiento concursal de Estados Unidos. Como ejemplos de estas características cabe mencionar la posibilidad de múltiples formas de venta de los bienes concursales (lo que puede mejorar el retorno para los acreedores) y también, especialmente, un típico caso como es la atribución de parte o de todo el patrimonio de la empresa a un tercero de confianza (un *Trust*), sea como instrumento de transferencia o bien como destinatario de la misma, eventualmente supervisado o gobernado por un *Trustee* (institución distinta del síndico concursal) designado en el plan. Los activos vendidos de esta forma quedan en muchos casos saneados y en eventuales casos de venta parcial de los bienes de la empresa pueden surgir de ella nuevas empresas autónomas, con la aprobación del tribunal, como ha ocurrido en la práctica, por ejemplo en el caso de General Motors, que —luego de una negociación de pocas semanas— salió finalmente adelante con sus operaciones empresariales. Estas características no suelen encontrarse en otros ordenamientos preventivos de la quiebra meramente liquidativa, por lo que puede ser oportuno un estudio en mayor profundidad y valorar su posible incorporación a otros ordenamientos concursales como el argentino. Estas características son otra expresión de la consideración de la empresa como una realidad económica dinámica, más allá de las formalidades legales que pueden limitarla excesivamente en su desenvolvimiento económico. Como todo esto forma parte de los principios del *Chapter Eleven*, el tribunal deberá tenerlos en cuenta a la hora de decidir sobre la confirmación o no del plan, rechazando o acogiendo en su caso el *Cramdown* incoado.

11. Como otro ejemplo de la flexibilidad inherente en las distintas normas y momentos del procedimiento del Código de Bancarrotas, cabe mencionar la necesidad de la valuación de la empresa en marcha como realidad vinculada a los objetivos del proceso, tema que también se relaciona específicamente con el *Cramdown*. Mucha de la flexibilidad en el proceso seguida en el plan presentado por el *Debtor in Possession* (esto es, el deudor concursado que conserva el dominio jurídico de su empresa) viene del hecho de que el valor exacto de los bienes de la empresa en marcha o de otros bienes en particular es desconocido y, por ende, debe ser razonablemente determinado. En esta evaluación juega un papel importante la profesionalidad en orden a la estimación, *calculus*, e incluso de oportunidad en la operación de venta concreta. Asimismo, los cambios en la valuación vendrán dados por el cambio en las variables micro y macroeconómicas, el curso de las negociaciones entre las partes y las decisiones adoptadas por el tribunal sobre los contratos y demás obligaciones. Esta política legislativa es respetuosa de las realidades económicas inherentes al proceso concursal de reorganización y, asimismo, esta función de la valuación económica constituye una de

las herramientas para lograr la reorganización empresarial y posibilitar la continuación de la explotación en condiciones de supervivencia económica y financiera, mucho más en entornos inflacionarios, que deben incluirse en los cálculos. Ello es así porque sincera las posibilidades reales de la empresa para subsistir y las potencialidades de satisfacción de los acreedores involucrados, en un todo de acuerdo con el principio de la buena fe. Todo esto debe tenerse en cuenta a fin de superar la incertidumbre propia de esa valuación y su incidencia en la posibilidad de continuación de la explotación de la empresa. Por ello, el tema de la valuación es fundamental a la hora de decidir la procedencia o no de un *Cramdown*, ya que mediante la misma se podrá conocer qué valor se está ofreciendo para el pago de los créditos y, por ende, cómo se están tratando a las categorías de acreedores impugnantes del plan de reorganización a través del *Cramdown*. Finalmente, la valuación debe contener la incidencia de procesos inflacionarios remotos o cercanos respecto del patrimonio concursal. Esta íntima relación entre la valuación de la empresa y el instituto del *Cramdown* es coherente con el sistema como un todo, es inédito en otros ordenamientos y quizá deba ser trasplantado a otros ordenamientos como el argentino, con las debidas salvaguardas.

12. Las cuatro exigencias del *Cramdown*, por lo expuesto en estas consideraciones, resultan razonables, justas, proporcionadas y adecuadas a las finalidades del proceso concursal de reorganización. Por ende, ellas pueden inspirar futuras reformas legislativas en el ámbito del concurso preventivo de la quiebra en ordenamientos que no las prevén concienzudamente, como por ejemplo el argentino. Ello, por otra parte, habilita la legitimidad de la posibilidad de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes en condiciones de justicia para todas las partes involucradas.

13. El estudio del *Cramdown* norteamericano arroja una mínima similitud con el homónimo instituto del derecho argentino exclusivamente en el sentido de que ambas constituyen una solución preventiva de la quiebra definitiva, pero con notorias diferencias en lo que respecta a su noción, finalidad, caracteres, efectos y requisitos. Prácticamente, solo tienen en común el nombre de la institución.

II.- Conclusión

La posibilidad de confirmación judicial del *Non Consensual Plan*, mediante el instituto del *Cramdown*, permite acceder a ese paso del proceso incluso en caso de existencia de alguna categoría de acreedores disidentes, si se cumplen determinados requisitos, que constituyen pilares sobre los que se apoya el sistema del *Chapter Eleven*. Ellos son

razonables por cuanto constituyen las debidas salvaguardas de una propuesta equitativa y ajustada a la realidad económica del deudor y de los acreedores. El principio de la buena fe campea en todo el sistema estadounidense, y especialmente en el caso del *Cramdown*. Consideramos que podría incorporarse a nuestro ordenamiento concursal con las debidas salvaguardas.

LA AUSENCIA DE UN ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA ORGANIZACIÓN EN CRISIS. EL MERECIMIENTO DE LA TUTELA POS CONCURSAL. EL ESTÁNDAR DE VIABILIDAD

MARCOS, Fernando J.

1. El problema que plantea esta ponencia es, tal vez, uno de los temas que merece un verdadero replanteo por parte de la ley para definir cuando realmente se debe conservar una empresa en crisis, lo que lleva a tener que considerar cuando es justo y razonable, para que ello prospere, imponer a los acreedores un acuerdo para que dicha actividad siga en pie en manos de la deudora. Como se sabe, el acceso al concurso preventivo no exige que el deudor lo “merezcán”, es decir, no es necesario el análisis de la conducta del deudor o de sus administradores y socios, cuando se trata de una sociedad, sino la acreditación de dos presupuestos sustanciales, subjetivo y objetivo, o sea, ser un sujeto concursable y estar en cesación de pagos, salvo en el APE que también admite las dificultades económicas y financieras de carácter general (pre-insolvencia). Para la presentación en concurso, la ley 24.522 solo impone al sujeto afectado exigencias de orden informativo —cesación de pagos sumariamente expuesta, estados contables, activo y pasivo, listado de acreedores, trabajadores, procesos, etc.— sin demandar mayores datos o pruebas, menos todavía, sobre cómo va a encarar el futuro para intentar superar la insolvencia, lo que es aceptable, porque en medio de la emergencia resultaría inadecuado, y, especialmente, poco útil, pedir que se defina un camino cuando no se sabe si va a existir uno o, en el mejor de los casos, cual de aquellos que se presentan como posibles va a ser el adecuado. Todo es para llegar a tiempo y facilitar el ingreso al proceso conservatorio.

2. Pero una vez que todo esto pasa y comienza a transitarse el proceso la ley vigente no exige a la deudora otra condición para sortear el deficitario “estado económico del patrimonio”²⁴⁷ que la llevó al concurso, que obtener las mayorías legales respecto de una propuesta de acuerdo que debe reunir dos calidades sustanciales: no ser abusiva, ni en fraude a la ley. Lo curioso es que, tratándose de un insolvente, para decidir sobre la validez del acuerdo no se requiera a la deudora exponer su situación económica y financiera post concursal, lo que

²⁴⁷ Yadarola, Mauricio, *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Univ. Nac. de Córdoba, Dir. Gral de Pub., 1963, T. II, p. 211.

resultaría razonablemente útil para evaluar si se dan condiciones que hagan sustentable a esa empresa como para justificar la imposición de un acuerdo a todos los acreedores alcanzados una vez homologado. No obstante, aquel merecimiento que no es requisito para pedir la apertura del concurso, considero —de *lege ferenda*— que sí debería ser exigido a la deudora como una condición necesaria e ineludible cuando se está en la etapa de definir sobre la suerte de la propuesta de acuerdo y su homologación como llave para superar la cesación de pagos y conservar la actividad empresarial que más interesa, o sea, en manos del dueño de esa compañía, aunque no necesariamente. Esto lleva a tener que definir qué se quiere significar con este concepto, es decir, el *merecimiento*, para delimitar adecuadamente su alcance y relevancia, a fin de que no se transforme en un obstáculo que dé razón a quienes prefieren un trámite donde estas valoraciones queden de lado. Limitados por la extensión de esta ponencia, solo diré que ese merecimiento presenta una faz *subjetiva* y otra *objetiva*. Respecto a la primera, se trata de exigir al concursado que obre con *buena fe*, ejerciendo *regularmente su derecho* a concursarse —conforme a los fines previstos por la ley— y sin transgredir el deber jurídico de *no dañar injustificadamente* a otro. Y si bien esto parece, a primera vista, una obviedad, poco se habla de ello en los concursos. Siendo así, ante esta proposición que formulo cabe preguntarse si es lícito prescindir de la *mala fe* del deudor —o de un tercero, en el caso del art. 48 LCQ— al decidir sobre una propuesta como antecedente inevitable para conservar la actividad empresarial. Para el ordenamiento jurídico, con mayor razón aún luego de la unificación del año 2015 y de la nueva mirada que propone, donde principios y valores jurídicos tienen ahora un rol sustantivo, no parece aceptable dejar de lado la conducta del deudor, cuando, por ejemplo, a pesar de ser un sujeto concursable y de estar en cesación de pagos, “surja que el propósito de la convocatoria es burlar a sus acreedores, lesionar el principio de confianza que debe presidir las transacciones comerciales o causar un perjuicio evidente al interés general”²⁴⁸ y, agrego, a los propios acreedores. Nótese que no estoy refiriéndome a un supuesto de puro fraude donde la solución sería más clara, sino a un caso donde se dan los requisitos legales para acceder al concurso, el cual es abierto e iniciado su trámite, pero luego, incluso contando con las mayorías legales, se advierten estas circunstancias para nada valiosas en aquel que propone un acuerdo —concurada o un tercero— para beneficiarse con la solución concursal, sin que exista la más mínima garantía ética de cumplimiento del mismo. Se trata de la asunción real del *compromiso leal* de hacer todo lo posible para sacar la empresa adelante y pagar. Estos recaudos, reitero, no valorados habitualmente para homologar un acuerdo —la ley no los exige, por lo que solo se tiene en cuenta la existencia de las mayorías y el *quantum* de

248 C.Nac.Com., en pleno, “Compañía Swift de La Plata S.A.”, 15/09/1972, LL., 149-468.

la misma—, son los componentes de una conducta lícita que se presenta como un requisito previo y esencial para poder abrir la puerta a cualquier posibilidad de protección por parte del ordenamiento legal. Respecto a esa faceta *objetiva* que mencioné, para acceder a la tutela concursal a la hora de homologar el acuerdo, la empresa debería —debe— ser *viabile*, importando la existencia de una compañía en marcha que cumpla con criterios básicos o mínimos para ser económica y financieramente sustentable, que se presente a futuro como rentable o potencialmente rentable. Para evaluar el aspecto subjetivo citado, el juez cuenta con los antecedentes que llevaron al deudor al concurso, los elementos que aporta al proceso, la información que surgirá de la etapa informativa y, en particular, del informe general, pero principalmente de la conducta procesal del concursado que va a ir dejando a la luz, con mayor o menor claridad, la verdadera intención y fines perseguidos por este. Concretamente: si solo trata de evitar la quiebra y de pagar lo menos posible trasladando sus pérdidas a los acreedores o, por el contrario, si tienen una sincera intención de superar la cesación de pagos, de honrar sus obligaciones de la mejor forma según sus posibilidades y capacidades de repago, mediante la búsqueda de un acuerdo que exprese su mejor esfuerzo, para, de esta forma, no agravar el daño que la mora ya viene causando a sus acreedores y con ello conservar la actividad empresarial en sus manos. Sobre la demostración de la *viabilidad*, también hará falta una hoja de ruta, un *plan*. No un complejo plan de empresa, sino a algo mucho más simple que eso, fundamentalmente si se tienen presente que el universo empresarial argentino es nominal y esencialmente micro y pequeño y, en menor medida, mediano. Es plasmar en palabras qué piensa hacer ese empresario para superar las dificultades, de exponer con transparencia y buena fe qué ideas o estrategias piensa implementar, con qué recursos cuenta, cuál es el mercado al que apunta con sus negocios, cómo se va a financiar, su estructura de costos básica, identificar su capital de trabajo y cuál va a ser su aporte personal como socio —cuando la concursada es una sociedad—, porque el esfuerzo no puede recaer solo en los acreedores concurrentes. Si así fuera, se configuraría un verdadero abuso de derecho en perjuicio de esa masa pasiva que financiaría la continuación de la empresa a expensas de no cobrar.

3. A la falta de este *plan*, nada sofisticado como lo he señalado antes, se suma algo que es más grave aún: no se estudia si la potencial viabilidad de la organización empresarial está justificada de alguna manera. Estos aspectos tienen vital importancia, porque son los que van a permitir, incluso, con las limitaciones que la vida empresarial exhibe, establecer si la conservación de la empresa que habilita la homologación del acuerdo —en el concurso preventivo no existe otro camino posible— no *agrava el daño* que la mora, el tiempo que demanda el concurso y sus efectos viene provocando a los acreedores. Algunos datos sobre la

características de la organización empresarial, como fue indicado, se van a poder leer en el informe general, pero este no es más que eso, un informe, una exposición que la sindicatura debe presentar al juez previo al dictado de la resolución donde deben quedar fijadas las categorías (art. 42) y del posterior inicio del denominado período de exclusividad, espacio este durante el cual, la concursada podrá negociar y alcanzar un acuerdo con los acreedores verificados y declarados admisibles (art. 36). Como lo describe Rivera, tal informe es una “radiografía de la empresa o actividad del concursado”²⁴⁹ donde no existe referencia de ninguna especie —tampoco lo pide el art. 39 LCQ— a la viabilidad de esa compañía, a su actividad en sí, características, capacidades, estructura, recursos de todo tipo con los que cuenta, eventuales posibilidades de superar su estancamiento y continuar operando de manera razonable en el mercado, entre otras variables. La mayoría de los datos que este informe contiene está dirigida a establecer cómo y por qué se llegó al concurso y la composición actualizada de su activo y pasivos, entre otros, pero nada sobre la empresa como organización y como actividad a futuro. O sea, nada que sea relevante para poder considerar si se está ante una deudora que todavía puede salir adelante o si solo se está ante un sujeto cuya suerte está echada.

4. Esta falta de análisis por parte de la ley es realmente llamativa y demuestra que cuando se habla en general de *conservación de la empresa*, esta expresión principista asume un contenido casi dogmático, porque de lo que no trata la ley concursal, ni se pregunta, es sobre las posibilidades ciertas —no exentas de cierta relatividad, pues nadie puede asegurar la suerte de una empresa —ni siquiera cuando esta se encuentra *in bonis*— de sostener la continuidad empresarial, a pesar de que para ello sea necesario someter a los acreedores concursales a dilaciones y a verdaderas pérdidas que no son de ellos sino de su deudor, quien indirectamente se las traslada, porque eso es lo que sucede al fin y al cabo. De allí que encuentre una relación directa entre la conservación de la empresa como principio y el daño injustificado. Este último, en el *sub examine*, hace su aparición cuando se agrava el daño de los acreedores —violación del deber de prevenir el daño— porque se le impone un acuerdo preventivo argumentando la protección y continuidad económica del ente, sin definir si se está ante una actividad empresarial cierta, en marcha y con alguna perspectiva de sustentabilidad económico-financiera que dé razón a ese mayor esfuerzo que le es exigido a los titulares de los créditos concursales. Se suele contestar a esto que en la quiebra perdería más. No obstante, creo que es un argumento reduccionista, más asociado a los tiempos que demanda la realización de los bienes y la distribución de su producido en un proceso liquidatorio ineficiente, que a

²⁴⁹ Rivera, J. C., *Instituciones ...*, T. I, p. 277.

las reales consecuencias de la quiebra. A modo de referencia, el concepto de empresa sustentable o viable es tan importante para que encuentre sentido la tutela legal de la empresa, que aún en medio de la pandemia del COVID-19, en la Unión Europea fue el criterio validador para habilitar la protección financiera de las compañías afectadas²⁵⁰, o sea, no es la quiebra el presupuesto de la tutela, sino la viabilidad de la compañía.

5. La ausencia de toda consideración sobre los aspectos cualitativos que esquemáticamente he reseñado antes se ha advertido especialmente en los casos de propuesta abusiva, supuestos donde básicamente el análisis y control de la misma que efectúa el magistrado, más allá de los aspectos formales que hacen a su aprobación, se limita a establecer si el ofrecimiento de pago es suficiente en términos *cuantitativos* y si en la quiebra se cobraría más o menos. Así, por ejemplo, importa —y no digo que no sea relevante— determinar si la quita es elevada, si los plazos de espera o de pago son exagerados, si se pagan o no intereses y la tasa ofrecida en función de la inflación²⁵¹, solo eso ver si hay abuso. En cambio, creo que es frente al instituto del *abuso* donde, no solo los puntos mencionados en el párrafo precedente deben ser tratados —a los que insisto, no les quito relevancia para un estudio completo del caso—, sino especialmente todos aquellos relacionados con las calidades del deudor, pues estos tienen un lugar definitorio como criterios de validación de esa propuesta. Resulta interesante lo que se establece en el Capítulo 11 de la ley norteamericana²⁵², cuando para la confirmación del

250 Comunicación de la Comisión Europea. Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 164/03) Diario Oficial de la Unión Europea 13/05/2020: “Pto. 6 Por tanto, la presente Comunicación expone los criterios con arreglo a las normas sobre ayudas estatales de la UE, en virtud de los cuales los Estados miembros pueden aportar apoyo público en forma de instrumentos de capital y/ o de instrumentos híbridos de capital a las empresas que atraviesan dificultades financieras debido a la pandemia de COVID-19. Su objetivo es garantizar que la perturbación de la economía no tenga como resultado la salida innecesaria del mercado de empresas que eran viables antes del brote de COVID-19. Por tanto, las recapitalizaciones no deben superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de COVID-19.

251 CSJ de Mendoza, 24/6/2003, “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos SACIA s/ Conc. s/ Inc. Cas.”; CSJN, 15/03/2007, “Arcángel Maggio s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de impugnación de acuerdo preventivo”, Fallos: 330:834; C.Nac.Com., sala D, autos “Editorial Perfil S.A. s/ Concurso Preventivo”, 19/09/2007; C.Nac.Com., sala F, autos “Regisel S.A. s/ Quiebra”, 29/12/2016; sala E, autos “Vieira Argentina S.A. s/ Conc. Prev. s/ Inc. de Apelación art. 250 Cpr.”, 24/02/2017; entre otros.

252 MIGUENS, Héctor J., “El proceso concursal extrajudicial previo en el Código de Quiebras de los Estados Unidos. El prepackaged chapter eleven del United States Code”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2018, n° 292, p. 2. :”[L]as soluciones preventivas de la quiebra que pretende salvar a la empresa de su desaparición económica y jurídica y es conocido por el nombre de su respectivo capítulo, el Chapter Eleven o Capítulo Once del Title Eleven del United States Code. (TR LALEY AR/ DOC/3465/2018).

plan por el tribunal exige que se haya “propuesto de buena fe” (sección 1129, a, 3) y, en lo que hace a la superación de su crisis, “la empresa debe elaborar un plan empresarial realista para su propia recuperación o reorganización futura de modo tal que sea creíble su continuación a los ojos de los acreedores”²⁵³, o sea, que la deudora debe demostrar con datos y propuestas concretas, en definitiva con un *plan*, no solo cuanto va a pagar y de qué manera —único aspecto que interesa en Argentina si se lograron las mayorías—, sino algo, en mi opinión, sustancialmente más determinante: cómo va a salir de su situación económica y financiera deficitaria que la condujo al concurso, pues solo si esto sucede, los acreedores van a poder cobrar sus créditos, y no al revés. Y cuando esto es aceptable y el tribunal lo considera *razonable* (*Bankruptcy Code, Chapter 11*, sección 1129, a, 4) porque está fundamentado y responde a datos ciertos y no a meras expresiones de deseo o dogmáticas, se habilita la salida conservatoria, pues “en la mayoría de los casos, es mucho más valiosa la empresa como unidad productiva que la suma de sus activos considerados individualmente”²⁵⁴.

6. Ahora bien, la viabilidad o de lo que podría llamarse *estándar de viabilidad* no es fácil de definir, pero existen algunos conceptos de índole económica que son útiles para establecer si una empresa es sustentable, es decir, que se puede sostener con sus propios recursos y cumplir regularmente con las obligaciones de su titular, a saber: solvencia, eficiencia operativa (productividad), liquidez y rentabilidad. La *solvencia*, porque demuestra la capacidad del deudor de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma, o sea, justificar que mediante la aprobación de su propuesta de acuerdo —y su homologación—, podrá dejar atrás las dificultades que lo condujeron al concurso que, en gran medida, tuvieron que ser sorteadas gracias a los efectos inmediatos que produce la apertura del proceso concursal. Otro concepto no menos relevante es el de la *eficiencia operativa* que, *prima facie*, cuando se está ante un concursado, va a poder ser considerada o evaluada precisamente si se presenta un *plan* donde se describan los recursos con los que cuenta la organización, la productividad esperada en función de la asignación de tales recursos, del mercado en el que se pretenden intervenir con los bienes o servicios que integran el objeto de la actividad mercantil que se está llevando a cabo —empresa en marcha— y que se va a desarrollar a futuro, claro está, con las limitaciones que toda proyección tiene. Por esta razón, ese plan que es por su esencia dinámico, deberá expresar las medidas que tomó el deudor desde la apertura del concurso —salvo que se trate de terceros en un salvataje—, cómo se va a llevar adelante la actividad económica que, con asiento en los recursos existentes y su

253 *Ibidem*, p. 5.

254 Dasso, Ariel G., Código de Quiebras de los Estados Unidos de América. U.S. Code., Buenos Aires. Ed. Errerius, 2014, p. XXII.

debida utilización, van a permitir salir de la crisis y hacer de esa empresa una organización sustentable para hacer frente al pago de la masa pasiva. Lo propio corresponderá informar en relación a la *liquidez*, es decir, la capacidad de generar dinero efectivo y la existencia de activos fácilmente liquidables, para lo cual, es importante conocer el flujo de caja o *cash flow* de la empresa, actual y el proyectado. Por último la *rentabilidad*, la actual y la esperada –proyectada–, fundamental para que una actividad mercantil se pueda sostener en el tiempo, pues si un negocio no es rentable –si no produce beneficios–, en rigor de verdad, no se está ante una actividad comercial genuina, es decir, que pueda válidamente mantenerse y crecer a lo largo del tiempo, atento a que aquella es la base de todo proceso productivo exitoso en el marco de un sistema de mercado caracterizado por la oferta y demanda de bienes y servicios, donde la *renta* termina siendo el objetivo final que persigue todo empresario.

7. Todos estos elementos que deberían ser analizados, aún con las limitaciones que se presentan ante el estado concursal del deudor, representan datos básicos para poder saber si una empresa es viable. Esa información, debidamente fundamentada, debería integrar obligatoriamente la propuesta de acuerdo, a efectos de que el síndico pueda, mediante un dictamen basado en los antecedentes por él verificados de la empresa en marcha, corroborar su verosimilitud, para que con posterioridad esta pueda ser merituada por los acreedores a la hora de decidir si otorgan o no su conformidad y, finalmente, para que el juez evalúe si *hay empresa* y si esta reúne condiciones mínimas operativas, para después valorar si la propuesta guarda relación con las capacidades económicas y financieras del deudor. Precisamente esto último, apoyado en los elementos aportados por el concursado y en la opinión de la sindicatura, serviría para justipreciar la probabilidad de cumplimiento de la propuesta y, agregó, si esta representa el *mejor esfuerzo* del deudor para satisfacer los créditos que integran la masa pasiva. Es verificar la “conveniencia de la propuesta para la conservación de la empresa y la protección del crédito” –como lo señalaba el controvertido art. 61 ley 19.551–, pero desde otra perspectiva. Digo esto porque el Código Civil y Comercial, al incluir el concepto del *daño no justificado* –injustificado o injusto– y, por lo tanto, ilícito y resarcible, muestra con claridad que existen perjuicios que no poseen esa desfavorable calificación porque son causados por un sujeto que actúa dentro de ciertos límites que la ley establece y que le permiten, incluso, dañar a otro, para proteger sus derechos. Así, al perjuicio que representa para el acreedor la mora de su deudor, se le suma el derivado de la suspensión de tales accesorios, del trámite de todas las acciones dirigidas a exigir la satisfacción de sus derechos patrimoniales, y los causados por la espera de hecho que importa el trámite del proceso hasta la homologación, para luego asumir

parte de las pérdidas ajenas al quedar alcanzado por un acuerdo. Pero todos estos son daños y perjuicios que debe tolerar, están justificados por el ejercicio regular del derecho —en tanto esto sea así— del deudor a tramitar su concurso preventivo. Esta conceptualización del daño permite que se evalúe esa propuesta de acuerdo —en lo que hace a la salvaguarda del crédito— con un criterio más objetivo que aquel que proponía el art. 61 ley 19.551, es decir, el del *daño injusto*, el cual aparece cuando se *agrava* innecesariamente el perjuicio de los acreedores con ofrecimientos que no son el reflejo de la mejor propuesta a la que hice mención antes, que el deudor debería formular obrando con buena fe y ejerciendo regularmente sus derechos. Reitero: solo se puede considerar que ha actuado de esa manera si el concursado, de acuerdo a sus capacidades —nótese que no hablo solo de cuantía— hace su mejor esfuerzo posible para que el daño *justificado* que sus acreedores deben soportar sin posibilidad alguna de reparación, sea el estrictamente necesario. Este debería ser el estándar de licitud exigible al deudor —que naturalmente no es exigida por la ley concursal en la actualidad— para habilitar la aprobación de un acuerdo preventivo por parte del juez. La única excepción estaría dada por un dato no menor y que la ley 24.522 solo prevé para el supuesto del *cramdown power* (art. 52, inc. 2, “b”). Se trata del caso donde, aun cuando el deudor hizo la mejor propuesta a su alcance —esto corre por mi cuenta, pues no lo pide la ley actual— “el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor la que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”. Pasa que mal se puede sostener con algún grado de lógica que el crédito se estaría protegiendo —menos el interés general— si se termina cobrando menos que en la liquidación. Tampoco se podría invocar la conservación de la empresa como único argumento. Es que, si la subsistencia de esta requiere que los acreedores casi no cobren, no solo se estaría obrando en forma contraria al objetivo de proteger el crédito al que alude como fin y criterio de validación la ley 24.522 en su art. 159, sino que, además, quedaría en evidencia algo más trascendente: que se está ante una empresa totalmente deficitaria o, lo que es peor aún, frente a un proceder dirigido a licuar pasivos para favorecer al deudor incumplidor y de mala fe.

8. Para ello se propone la aplicación de *test de viabilidad* para poder activar la tutela legal de la organización empresarial, donde las variables a tener presentes deberán ser las ya mencionadas: *solvencia, eficiencia operativa, liquidez y rentabilidad*. Ello permitiría proyectar y establecer, al menos, si se está ante una verdadera empresa, la existencia de condiciones mínimas de sustentabilidad del ente que tornen posible la superación de la insolvencia, la continuidad de la actividad y si a los acreedores se exige un sacrificio mayor al indispensable. Ese *mejor esfuerzo* en el que se pone el acento es la forma en que se puede estimar realmente si el deudor ha obrado con *buena fe* al concursarse

y al proponer luego cómo pagar sus deudas, como así también, si aquel ha *ejercido regularmente su derecho* que, en el marco de un proceso conservatorio –concurso preventivo, APE– consiste, según el caso, en superar la pre-insolvencia o la insolvencia –cesación de pagos– para que la actividad empresarial pueda continuar, pero pagando a los acreedores en las condiciones más favorables de acuerdo a las reales capacidades y cualidades del deudor. La razonabilidad del ofrecimiento de pago, entonces, no va a estar en la cuantía de lo que se propone pagar –al margen de su obvia importancia–, sino en cuáles son las posibilidades ciertas de pago de ese deudor y en el equilibrio que exista entre el esfuerzo este último en relación al sacrificio que se pide a los acreedores para que la empresa siga adelante. Si ese equilibrio se da porque lo ofrecido es la mejor propuesta que se puede presentar a los acreedores, nada debería impedir la homologación. Téngase presente que a la propuesta que más convenga al deudor, porque es un hecho que a este, en términos financieros, siempre le va a convenir pagar lo menos posible. Pero este objetivo individual, no solo no es propio de un proceso colectivo donde se debe pensar en beneficio de todos, sino que además, deja de ser lícito cuando *agrava* innecesariamente el daño que vienen soportando los acreedores concursales, porque si bien se podía pagar más –porque se estaba en condiciones de hacerlo– se ofreció menos, solo para obtener una ventaja económica que, por ser consecuencia de incrementar los perjuicios patrimoniales a los acreedores –van a cobrar menos, pudiendo percibir más y en mejores condiciones, por ejemplo– se transforma en una violación del *deber jurídico de prevenir* el daño bajo la figura de su agravamiento injustificado (art. 1710, incs. b y c CCivCom.), al no haber mitigado el daño ya producido por la mora y por los efectos que provoca la iniciación de un proceso concursal²⁵⁵. Todo esto lleva a sostener que conservar una empresa a toda costa, por razones sociales y de interés público que prescinden de los aspectos que he mencionado con anterioridad, o sea, lo que hace a la existencia de una compañía y al contexto en el que su actividad se desenvuelve, termina transformando a este principio en una expresión vacía de contenido útil en sentido concreto. Demás está aclarar que, aunque desde otro ángulo, estos criterios y parámetros que vengo describiendo son también aplicables a los terceros que intenten participar en un proceso de salvataje, llegado el momento (art. 48, LCQ).

255 Lammana Guiñazú, Emiliano Carlos, *Daño agravado por el acreedor*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2020, p. 312 y ss.

¿CÓMO DECIDE EL DEUDOR FRENTE A LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO? EL COSTO DE LA INCERTIDUMBRE

RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F.

Ponencia

La presentación en concurso implica requerir la apertura de un escudo ante un estado de cesación de pagos, o de dificultades financieras o económicas, para superarlas abriendo un diálogo con los acreedores, cuya apertura impone la presentación de cierta documentación —particularmente en el concurso de sociedades—, que normalmente es soslayada, impidiendo que se pueda valorar la congruencia de las propuestas de acuerdo, tanto a los acreedores para avizorar los sacrificios que se les requieren y al juez las condiciones de su homologación en cuanto a su abusividad o fraude a la ley.

Desarrollo

1.

Recientes fallos contradictorios demuestran la hesitación judicial a la hora de hacer cumplir estrictamente los requisitos formales de presentación en concurso preventivo, en lo referente a la información contable, económica y financiera. Así, algunos fallos se inclinan por admitir toda petición concursal, aun cuando no cumplan, ni remotamente, con la cantidad de información requerida por la ley, o esta no reúna los requisitos mínimos para su confiabilidad. Se sostiene que la crisis amerita que a toda persona en cesación de pagos se le otorgue la posibilidad de la salida concursal²⁵⁶. Otra línea, más dura, entiende que la solución preventiva concursal es uno de los beneficios derivados del cumplimiento de la carga de llevar un sistema de información contable con arreglo a derecho, tal como lo expresaba el derogado Código de Comercio y que los requisitos

²⁵⁶ Por ejemplo, Gerbaudo, Germán: en “Las causales de rechazo de la apertura del concurso preventivo”, en: LLLitoral 2016 (mayo), 289; TR LALEY AR/DOC/1289/2016 sostiene que es un derecho inherente a todo sujeto insolvente: “Este último es un mecanismo de reestructuración de deudas a la cual tiene acceso todo sujeto insolvente. El ingreso a este proceso debe ser interpretado con amplitud. En tal sentido, debe tenerse presente que en los tiempos actuales se prioriza la reestructuración por sobre la liquidación”.

formales²⁵⁷ son esenciales para tomar decisiones sobre la conveniencia –o no– de aprobar la propuesta concordataria²⁵⁸. Esta ponencia surge luego de analizar diversas posturas planteadas en el grupo de juristas denominado “El Arca” creado por el Dr. E. Daniel Truffat, a partir del fallo “Sudamet Automotriz S.A.-concurso preventivo”²⁵⁹.

Esta orfandad informativa sume a los participantes del proceso, especialmente juez, funcionarios concursales y acreedores en una situación típica de asimetría informativa, donde el concursado dispone de todos los elementos y medios para conocer su plan de acción, que –aunque precario y poco profesional– tiene objetivos concretos, inescrutables todos para los demás. Se plantea, pues, una típica situación de “asimetría de información”, que impide a todos, adoptar la mejor y más racional decisión económica²⁶⁰.

257 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín: Biondini, Néstor A. y otros • 30/04/2002, Cita: TR LALEY 35024214: “El reconocimiento de que la sociedad no lleva ningún tipo de contabilidad, determina sin más el rechazo del pedido de apertura del concurso preventivo”.

258 Por ejemplo Ciminelli, Juan C. en: “Presentación en concurso preventivo. Cesación de pagos. Requisitos del artículo 11, LC... ¿Nada más?”, comentario al fallo: UNICMA SA s/ quiebra, Obra: Sociedades y Concursos Cám. Nac. Com.Sala C, 13/07/2018, Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE), Cita digital: EOLJU187220A “Unicma SA s/quiebra” - Cám. Nac. Com. - Sala C - 13/07/2018 - Cita digital EOLJU187053A: “Ello implica que solo deberá admitirse el concursamiento preventivo de una empresa en la medida en que la misma detente capacidad de generar flujos de caja a fin de afrontar no solo el ofrecimiento de una propuesta solutoria sino su cancelación a fin de dar cumplimiento con la finalidad del proceso concursal. // ¿Qué sentido tiene dictar una sentencia de apertura de un proceso colectivo, con la incidencia que produce en las relaciones creditorias, si el deudor carece de posibilidad alguna de generar el pago de lo adeudado? // Nos apresuramos a responder: ninguno”.

259 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, Sudamet Automotriz S.A. s/ Concurso preventivo • 15/04/2021

Cita: TR LALEY AR/JUR/11336/2021: “Si bien quien pide su concursamiento no está obligado a presentar sus libros ante el Juzgado, lo cierto es que también tiene la carga de acreditar en los términos del art. 11 de la ley 24.522, el real estado de su activo y su pasivo, y persuadir adecuadamente al juez sobre la existencia de un patrimonio reestructurable por medio de hechos debidamente explicitados. // La finalidad perseguida por la actual legislación concursal es convencer al juez acerca de la existencia de un real pasivo susceptible de reorganización y reestructuración y, además, evitar la aparición de créditos espurios con los que el deudor pueda eventualmente digitar el concurso en desmedro de los legítimos acreedores insatisfechos, conformando mayorías inexistentes”.

260 Vgr. Nuestra ponencia conjunta: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La certeza de la ciencia contable y la desaparición de libros de la sociedad que se presenta en concurso”, en la IV Jornada Nacional de Derecho Contable organizada por la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Morón y el Instituto Autónomo de Derecho Contable. Buenos Aires, 25 de agosto de 2011. Publicado en el Libro de Ponencias “Nuevos Aportes al Derecho Contable - IV Jornada Nacional de Derecho Contable”, Ed. Errepar, Bs. As. 2011 Pág. 297. FUSHIMI, Jorge Fernando: “Asimetría de la información. El rol de la información contable en las empresas In bonis y en procesos concursales” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 218, Noviembre/Diciembre 2016, pág. 623 a 637. Ed. Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Bs. As. 2016. FUSHIMI, Jorge Fernando: “Asimetría de la información y análisis de la propuesta de acuerdo preventivo” en el IX Congreso

Entonces, ¿cómo deciden los acreedores sobre la necesidad de dar —o no— la aprobación a la propuesta de acuerdo preventivo que no tiene historia, no tiene objetivos, no tiene explicación de medios y recursos necesarios para cumplirla? Y, consecuentemente, cómo puede el Juez decidir fundadamente la congruencia de su homologación con la cesación de pagos aducida. Nos centraremos en el problema de los acreedores.

2. Los requisitos formales: fundamentos técnicos

Toda la literatura concursal es razonablemente conteste en expresar que los requisitos formales contenidos en los incisos 3 y 5 del artículo 11 LCQ, son necesarios no solo para conocer el estado detallado y valorado de activo y pasivo, sino para conocer la composición patrimonial del concursado. Si bien la norma exige certificación contable, en el caso del inciso 3 (estado detallado y valorado del activo), la ley no es clara con relación a qué es lo que se desea que se certifique, mientras que, en el caso del inciso 5, (estado descriptivo, desarrollado y valorizado del pasivo) lo hace con más detalle y precisión. En este último caso, la exigencia legal expresa se requiere dictamen de contador público sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y sus registros contables o documentación existente y la inexistencia de otros acreedores en registros o documentación existente. La reforma de la ley 26.684 introdujo el contenido del inc. 8 (detalle de la deuda laboral), que —nuevamente— es impreciso con relación a lo que se pretende respecto de la certificación contable, extremo que es más cuidadoso al exigir el denominado “informe laboral” del síndico en el art. 14 LCQ.

Esta información es crucial, e incluso una de las bases para el posterior análisis a la hora de la verificación de créditos, la emisión de los informes individuales y del informe general del síndico, además de ser útil para el pronto pago de los créditos laborales.

En caso de salvataje empresario, también los elementos brindados serán útiles para que el evaluador determine el valor de las participaciones sociales de la sociedad “*cramdeada*”.

Nosotros consideramos esencial la presentación de los estados contables exigidos por el inciso 4 del art. 11 LCQ. La ley concursal requiere que se presente copia de los balances u otros estados contables exigidos al deudor por las disposiciones legales que rijan su actividad, o bien los previstos en sus estatutos o realizados voluntariamente por el concursado, correspondientes a los TRES (3) últimos ejercicios. En su caso, se deben

Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, (7, 8 y 9 de septiembre de 2015); Villa Giardino - Provincia de Córdoba, en el Libro de Ponencias del Congreso, Tomo III, pág. 132 a 141.

agregar las memorias y los informes del órgano fiscalizador.

Esta información, como hemos explicado reiteradas veces, es fundamental porque –dado que los estados contables (EECC) se deben presentar en forma comparativa, conforme a las normas contables– cualquier analista puede disponer de la información histórica de los últimos cuatro (4) ejercicios, con los tres EECC y de esa manera intentar trazar tendencias históricas y realizar un mejor análisis y seguimiento de variables determinadas que permiten obtener importantes conclusiones a la hora de tomar decisiones por parte de los acreedores. Fundamentalmente sobre si aceptar –o no– una propuesta preventiva.

Sin embargo, aceptamos (a desgano) que la exigencia del requisito de certificación de los estados contables es improcedente, atento a que ni la ley societaria, ni la ley concursal, imponen tal requisito²⁶¹. Obviamente, los estados contables deberán estar aprobados por el órgano de gobierno, pero ello no da garantías de la razonabilidad o de la confiabilidad de la información allí expresada, que solo puede darlo el dictamen de auditor independiente.

El conjunto informativo, pues, es de radical importancia en el proceso concursal. Un viejo fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín²⁶² lo expresó así: *La pauta definitoria para determinar la suficiencia de las registraciones contables está dada no por un elemento formal como la regularidad, sino por otro sustancial, que es la adecuada funcionalidad de las registraciones contables, en tanto brinden elementos suficientes para describir la gestión y situación del concursado, franqueando el acceso al concurso preventivo ante la actitud dolosa o negligente del deudor de ocultar la contabilidad, mediante la no presentación de los libros y documentación respectiva, impidiendo de este modo la reconstrucción histórico-negocial de su patrimonio.*

Nos dejan perplejos las posturas que postulan que los consumidores (en especial los hipervulnerables) tienen derecho a la información, y frente a las soluciones concursales, con relación a los acreedores, las mismas

261 Sin embargo, algún fallo ha sostenido que la certificación contable de estos estados, aun cuando sean llevados voluntariamente, es indispensable: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala I, en la causa Amasato, Ernesto • 29/12/1995, (LL Bs.Aires 1996-531), Cita: TR LALEY AR/JUR/3854/1995 “Que cuando la ley de concurso 24.522 menciona en el art. 11 inc. 4º a “*las copias de balances... realizados voluntariamente por el concursado*”, no se refiere a que en ellos se pueda obviar la certificación de contador público, sino que el legislador hace referencia a los que lleva a cabo aquel deudor que la ley no lo obliga a su confección. Pero, aunque no tenga obligación legal, si los efectúa y los quiera hacer valer ante los poderes públicos, debe realizarlos cumpliendo con las obligaciones impuestas por la ley 10.620 en sus arts. 9º, 12 a) 1 y cons., vale decir, certificados por contadores públicos”.

262 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín: Biondini, Néstor A. y otros • 30/04/2002, Cita: TR LALEY 35024214.

personas se inclinan por la negativa a que el deudor deba brindar la más amplia panoplia informativa.

3. Análisis de la propuesta

Alguna parte de la doctrina, en lugar de propuesta de acuerdo preventivo, habla sobre la “reestructuración de pasivos”. Hemos dicho que los problemas financieros requieren soluciones financieras, mientras que los problemas económicos requieren soluciones económicas. Si el fenómeno que afecta al ente es la mera cesación de pagos (es decir, activo corriente igual o menor al pasivo corriente), el fenómeno es financiero, y contra tal estado corresponde una reestructuración (que puede –o no– incluir una espera). Si el fenómeno que afecta es la insolvencia (es decir, que el activo es igual o menor al pasivo, con lo cual el patrimonio neto es cero o negativo), la solución habrá de ser económica. La mera reestructuración de activos y pasivos, en esencia implica cambiar o modificar la estructura del pasivo, y del activo, por lo que –más allá del perjuicio que implica dilatar en el tiempo el pago de los créditos adeudados y de plazo vencido– no habría mayores problemas. Pero, las soluciones económicas requieren de otros elementos complementarios entre los que también está la quita. Más allá de nuestra consabida posición en torno a este instituto, si los acreedores voluntaria, racional y conscientemente, debidamente informados y satisfechos, acuerdan su concesión, no habría inconvenientes –de allí la conveniencia de propuestas optativas de quita u otra solución para los acreedores que no pueden expresarse temporalmente–. Pero diferente es cuando la decisión de imponer la quita a los acreedores se basa en una situación de información asimétrica, donde el concursado deudor conoce su situación, sus posibilidades actuales, las de corto plazo y –tal vez– las de mediano plazo, mientras que no ocurre lo mismo con los acreedores que están sumidos en la oscuridad de la falta de información.

Una propuesta financiera tiene efectos financieros propiamente dichos, pero también tiene efectos económicos, con fundamento en la pérdida (ya acaecida o la futura) que sufre el acreedor. Un análisis razonable, parte de analizar el valor actual de los flujos de pagos comprometidos en el acuerdo homologado y compararlo con la totalidad del pasivo verificado y declarado admisible, y con reservas para el pasivo que se encuentra en trámite de verificación tardía, en revisión o en apelación. Pero, este análisis es imposible de ser realizado solo con un texto simple de una propuesta de quita y espera y alguna otra cuestión menor, sin un amplio bagaje complementario que haga transparente no solo la viabilidad del acuerdo, sino los objetivos del concursado.

4. ¿Cómo decide el acreedor?

Salvando la eventual e hipotética instancia de que se lleve a cabo la audiencia informativa, donde el acreedor interesado podrá realizar todas las consultas que estime pertinente, el mismo toma la decisión de aprobar o rechazar la propuesta de acuerdo preventivo, en la más absoluta oscuridad informativa. Negada o soslayada la posibilidad de que se exija un plan de empresa; sin información contable confiable, sin un conocimiento de objetivos, ni de ninguna otra índole.

Se afirma, con preocupante liviandad y generalidad, que el acreedor tiene dos opciones: aceptar la propuesta o aceptar el dividendo falencial. Más allá de que decidir a cuánto asciende el dividendo falencial es una tarea cíclopea y muy compleja, y que —además— no lo hará el concursado, sino el síndico, la realidad es que las opciones planteadas son falsas, porque se debería poder evaluar racionalmente, sobre la base de información contable confiable, emitir un consentimiento informado sobre las consecuencias de aceptar o rechazar la propuesta. Incluso para evaluar si el dividendo falencial no será incrementando por acciones de responsabilidad.

Una propuesta financiera tiene efectos financieros propiamente dichos, pero también tiene efectos económicos, con fundamento en la pérdida (ya acaecida o la futura) que sufre el acreedor. Un análisis razonable, parte de analizar el valor actual de los flujos de pagos comprometidos en el acuerdo homologado y compararlo con la totalidad del pasivo verificado y declarado admisible, y con reservas para el pasivo que se encuentra en trámite de verificación tardía, en revisión o en apelación.

Recuérdese que es unánime la doctrina que sostiene que los deberes fiduciario de los administradores societarios deben priorizar los intereses de los acreedores ante la crisis de la sociedad, con la finalidad de mantener la viabilidad de la actividad empresarial, y presentar un cuadro de situación que equilibre los intereses concurrentes, y no termine —como en muchos casos— generando una ganancia a los socios, avalada por el juez que homologa un acuerdo de mayorías —particularmente frente a la pérdida de universalidad por la reforma del art. 21 LCQ— de una sociedad que se presentó invocando cesación de pagos y logra una traslación del riesgo a los acreedores obteniendo una recomposición patrimonial propia de una insolvencia, que tiene otras soluciones legales.

En la misma línea, como se puede pretender que el Síndico del concurso se exprese sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo, y más grave aún, avalar por esa falta de información una propuesta incongruente con los fundamentos concursales y los intereses en juego, no equilibrándolos para la viabilidad de la actividad, sino beneficiando indebidamente a la sociedad y a sus socios. Esa orfandad de información afecta las funciones

del Síndico y del Juez.

Más aún, es contradictorio pensar que, siendo el concursado quien está en administración de sus negocios y solo bajo vigilancia del síndico, no deba brindar la información disponible, y pretender que sea el funcionario concursal quien realice todas las actividades y evalúe una propuesta absolutamente carente de información técnica y contable, para determinar si es viable o no. Quien conoce todos los elementos propios de su empresa, y del entorno en el que esta se desenvuelve, es el concursado. No es el síndico. Y por ello, la pretensión es —cuanto menos— absurda.

Como nos hemos cansado de decir en diversos foros, el deudor propone “sígueme, que no los voy a defraudar”, y —dada la orfandad informativa— al acreedor solo le resta aceptar o soportar los restos de la quiebra. Riesgo moral y selección adversa llevadas al extremo, lo que —en períodos de crisis— acentuará la apatía racional de los acreedores, que —cansados de fracasos concursales— abandonarán toda forma de negociación o reestructuración por la forma más sencilla y directa que es la quiebra. Y allí no solo se agrava la crisis, sino que todos pierden.

NOVACIÓN CONCURSAL Y FIANZA

MARTINEZ, Marisol

Introducción

En la Sección de “Efectos del acuerdo”, el artículo 55²⁶³ de la ley de concursos y quiebras dispone: *“En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”*.

La redacción establece el efecto novatorio para determinado universo temporal de obligaciones: aquellas con origen o causa anterior al concurso.

A su vez determina que *“Esta novación”* no produce la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios, dejando en claro la vigencia de estas obligaciones.

Ahora bien, ¿estas obligaciones que permanecen vigentes resultan o no novadas?

La norma no brinda solución expresa y su interpretación mereció dos versiones principales:

1) Vigencia de las obligaciones de fiadores y codeudores solidarios en sus extensiones originarias, sin novación

Parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que la norma del artículo 55 LCQ excluye la obligación de fiadores y codeudores solidarios, tanto de la extinción como de la novación concursal, establecida en la primera parte de su enunciado.

Los fundamentos tradicionalmente esgrimidos versan sobre:

1º. 1. La especialidad de la novación “concursal”

Se ha defendido una especialidad de la novación “concursal”, y sus diferencias con aquella regulada por las normas comunes.

Se ha sostenido un “carácter atípico” de la novación de las obligaciones

263 Versión reformada por la ley 25589 que le devuelve el tenor originario del momento de la sanción por ley 24522, suplantando la reforma parcial que introdujera al mismo artículo 55 LCQ la ley 25563 de emergencia.

originarias del concursado: 1) un efecto restrictivo, al no extenderse sobre ciertas obligaciones accesorias a las novadas, como las de garantía (fiadores y codeudores solidarios);

2) un efecto expansivo al alcanzar a todas las obligaciones principales del concursado reconocidas en el proceso universal, incluso aquellas habidas con quienes no participaran del mismo (art. 56, ley 24.522)²⁶⁴.

La novación del artículo 55 de la ley concursal es impuesta por la ley, resultando irrelevante la conformidad prestada por el acreedor a la propuesta concordataria –produciéndose aun ante su falta de conformidad–, a diferencia de la novación del derecho común, novación voluntaria que tiene como “requisito esencial” el *animus novandi* (artículo 812 CC.; artículo 934 ²⁶⁵ CCCN).

Así, la novación concursal abstrayéndose del *animus novandi* del acreedor, resultaría una novación legal, impuesta por la ley, no discriminando la situación del garante principal pagador, con o sin beneficio de excusión, etc., habiéndose considerado asimismo como anómala o impropia, constituiría una novación respecto de la persona del deudor concursal, y subjetiva desde ese punto de vista.

La novación concursal excluiría expresamente el principio de comunicación civil entre la obligación principal y la accesorio (artículos 624 CC²⁶⁶; 899, inc. a CCCN²⁶⁷).

Desde este punto de vista se defiende una “ultra especialidad” de la novación concursal.

1º. 2. La previsión de concurso del garante

De acuerdo a lo previsto por el art. 68 LCQ: “quienes por cualquier acto jurídico garantizen las obligaciones de un concursado, exista o no agrupamiento pueden solicitar su concurso preventivo para que tramite en conjunto con el de su garantizado”.

Si bien se refiere a quienes garanticen la obligación del concursado, se ha entendido –*a fortiori*– al codeudor del concursado incluido en esta

²⁶⁴ Voto Dr. Lazzari, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa C104.360, “Banco de la Provincia de Buenos Aires contra Garbin S.A. y otro. Cobro ejecutivo”, acuerdo del 18/05/2011.

²⁶⁵ Artículo 934 CCCN. Voluntad de novar. La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción.

²⁶⁶ Artículo 624 C.C.: “El recibo de capital por el acreedor sin reserva alguna de los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos”.

²⁶⁷ Artículo 899: “Presunciones relativas al pago. Se presume, excepto prueba en contrario que: a) si se otorga un recibo por saldo, quedan canceladas todas las deudas correspondientes a la obligación por la cual fue otorgado”.

previsión del artículo 68 LCQ²⁶⁸.

La figura del concurso del garante es interpretada como una herramienta atenuadora de la responsabilidad de este obligado de garantía frente al concurso de su garantido.

Sin embargo, la presentación concursal en el caso del “garante” debe ser formalizada dentro del plazo de treinta días a partir de la última publicación de edictos (art. 68 LCQ) del concurso de su garantizado, oportunidad en que, además de la exigüidad de este plazo, desconocerá las contingencias futuras de ese concurso.

Asimismo, si la finalidad perseguida es la de lograr que los efectos novatorios del futuro acuerdo de su garantizado se aplicaran a sus obligaciones, debería tramitar un concurso por agrupamiento con un único acuerdo, exponiéndose, además, a la declaración de quiebra en cualquiera de los supuestos legalmente previstos.

Esto demuestra la deficiencia de este mecanismo como alternativa para los garantes y codeudores solidarios.

1º. 3. Supresión de la reforma de la ley 25.563

Esta ley de emergencia reformó por pocos meses este mismo artículo 55, disponiendo de forma expresa: *“Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios, los que quedarán obligados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado”*.

La redacción resolvía de forma expresa la cuestión, y las aparentes contradicciones con la normativa civil.

A su vez, su sustitución por ley 25.589 sería atribuida a una intención legal en sentido contrario²⁶⁹, y, por lo tanto, corroborante de la tesis de la subsistencia de estas obligaciones en su extensión originaria, es decir, excluidas totalmente de la novación.

2) Vigencia de las obligaciones de fiadores y codeudores solidarios, pero en la extensión de la novación producida por el acuerdo

La otra postura sostiene la aplicación de las normas del derecho común, en todo lo no dispuesto por norma “especial”, en particular atenta la falta de regulación de la figura de la “novación” en la ley concursal.

El clásico representante de esta corriente, el Profesor Dr. Roberto A. Muguillo²⁷⁰, siempre sostuvo que la ley concursal argentina no contiene

268 Quaglia, Marcelo, 2000 Jurisprudencia Argentina (Lexis Nexis) Nro. 3, Pág. 1053, Lexis Nexis (Jurisprudencia Argentina S.A.), Id SAIJ: DASA050089.

269 Que la reforma no explicitara.

270 Roberto A. Muguillo, ponencia presentada en el XXV Encuentro de Institutos de Derecho

—como la ley italiana— una norma que expresamente indique que la obligación de fiadores y codeudores se mantiene por el total de la obligación²⁷¹.

Adunaba el argumento de la incorporación de la ley concursal al Código de Comercio —antes de su derogación—, siéndole aplicable en todo lo no dispuesto por norma “especial”, el derecho común a tenor de lo dispuesto por los artículos 1 y 207 del hoy no vigente Código de Comercio. Se extendía sobre normas del Código Civil Velezano: arts. 499/500 CC (no hay obligación sin causa); art. 2049 CC (se mantiene la fianza cuando la renuncia o remisión es en acuerdo de acreedores); arts. 2043-2045 CC; art. 1994 CC (la fianza no existe sin una obligación válida); art. 1995 CC (la fianza puede otorgarse por menos y nunca por más de la obligación afianzada).

El mismo autor sostuvo que el acuerdo homologado, en tanto resolución judicial, al adquirir firmeza hace cosa juzgada, y, por lo tanto, es oponible a todos los involucrados.

Invocaba asimismo el derecho constitucional de defensa en juicio, garantías de debido proceso y de propiedad del garante y del codeudor solidario a oponer todas las defensas del deudor principal, entre ellas, la cosa juzgada.

Los principios de solidaridad pasiva (art. 699 CC²⁷²) y el principio de accesoriedad (art. 525 CC²⁷³) avalaban su análisis.

Integración normativa

El tenor literal del artículo 55 LCQ no resuelve de forma expresa la virtualidad de la novación concursal sobre las obligaciones —que expresamente declara subsistentes— de los fiadores o codeudores solidarios, y, por lo tanto, su extensión.

La introducción de la figura de la novación en la ley concursal generó contrariedades que no parecen resueltas aún en la actualidad.

La norma aparece contrapuesta tanto al régimen de la precedente ley de concursos y quiebras 19.551, como a las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield coetánea de aquella.

Plantea un problema normativo, veamos en él una laguna normativa,

Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, celebrado en Mar del Tuyú del 7 al 9 de noviembre de 1996; XXIV Encuentro de abril 1996 celebrado en Bahía Blanca; LXIV Encuentro Tandil 2016.

271 Como lo estableciera la ley 25563, reformada por la ley 25589.

272 Arts. 827 y 828 CCCN.

273 Art. 857 CCCN.

axiológica, un tema de *lex specialis*, de excepcionalidad, de supletoriedad, de solución implícita, etc.

Se impone la integración de la norma dentro de la propia ley concursal, pero también dentro del sistema normativo en el cual está inserta, aun cuando se pretenda reconocer como un “microsistema legal autosuficiente”²⁷⁴.

La primera parte del enunciado de la norma del artículo 55 LCQ refiere a un universo temporal de obligaciones sin excepciones. La segunda parte se refiere de forma expresa a “*esta novación*” —la de la primera parte—, y determina la exclusión de la extinción de las obligaciones a la que se refiere.

De no haberse dispuesto la supervivencia de estas obligaciones las mismas hubieran resultado extinguidas por aplicación de las normas comunes que regulan la novación, tanto las del Código Civil Velezano como las del Código Civil y Comercial de la Nación²⁷⁵.

La figura de la novación en la ley 24.522 ha sido comparada con la *discharge* del *common law*, aplicable tanto en el derecho inglés como en el americano, figura que implica la liberación del deudor de todas las obligaciones comprendidas en el trámite, sin perjuicio del porcentual satisfecho en el procedimiento y su mejora de fortuna²⁷⁶.

Desde esta perspectiva de la finalidad de liberación del deudor, la duda respecto de la extensión de estas obligaciones debería resolverse en ese sentido liberatorio, el que, además, es principio general del derecho. Ante la falta de solución clara de la ley concursal, no serían admisibles argumentos que agravaran la carga de la obligación del deudor.

Sin embargo, aún sin abandonar la especialidad, la detenida lectura de la norma del artículo 55 de la ley 24522, permite sacar algunas precisiones:

- 1) el primer enunciado es lacónico en la previsión de la novación de “todas” las obligaciones con el solo límite temporal anterior a la presentación concursal, con lo cual no podría juzgarse excluidas las obligaciones analizadas en la presente;
- 2) el segundo enunciado excluye a las obligaciones del fiador y de los codeudores solidarios **de su extinción** (exclusión necesaria si se tiene en cuenta la normativa del código de fondo), pero no las excluye de la

274 Conforme Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

275 Art.940 CCCN. “Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación solo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio.”

276 Heredia, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 244 y siguientes, citando a Pulgar, J. La reforma del derecho concursal comparado y español.

novación.

Si el único efecto que de la novación sobre estas obligaciones se excluye de forma expresa es la supervivencia de la obligación de garantía frente al acuerdo novatorio, podríamos deducir, *a fortiori*, que los restantes efectos se producen, y, entre ellos el efecto novatorio del acuerdo homologado.

Obsérvese que esta conclusión no resulta expresa ni tácitamente excluida por el texto de la norma del artículo 55.

La conclusión resulta reforzada por la disposición del 56, primer párrafo LCQ: “Aplicación a todos los acreedores. El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento”.

Puede agregarse que la exclusión de los efectos novatorios infringiría la *pars conditio creditorum*.

Las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aportaron argumentos decisivos a la controversia. No solo las normas que regulan la novación, sino también aquellas que regulan la fianza, Capítulo 23 del Título IV del Libro.

La norma del artículo 2 del CCCN: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Dentro del mismo cuerpo codificado se establece un orden de prelación normativo reiterado en las disposiciones de los artículos: 150; 963; 1709 y 1834.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 963:

“Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código”.

Aun cuando defendemos la especialidad de la ley concursal y de sus disposiciones, cuando autoridades como Heredia y Rouillon han expresado que la figura tendría carácter imperativo, sino supletorio, y que podría

ser acordado en contrario con fundamento en la libertad de formulación de las propuestas, y a fin de facilitar la solución preventiva, debemos reconocer la imperatividad de algunas de las normas que rigen la cuestión.

El artículo 1575 CCCN: “Extensión de las obligaciones del fiador. La **prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella**, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa.

La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero **autoriza su reducción** a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza”.

Este, si bien sustancialmente similar al artículo 1995 del Código Civil²⁷⁷ —ya no vigente—, aporta mayor precisión y claridad a la problemática analizada, en tanto se refiere a la “prestación” a cargo del fiador, apartando la engorrosa cuestión de la obligación, su causa y vicisitudes.

La misma norma del artículo 1575 CCCN no deja dudas, tampoco, de la procedencia de la “reducción” de tal “prestación” a los límites de la obligación principal.

Por otra parte, el artículo 1597: “Novación. La fianza se extingue por la novación de la obligación principal, aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. **La fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor**²⁷⁸, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador”.

Esta norma es congruente con la norma del artículo 55 de la ley concursal, y asimismo la complementa. Se trata de expresa excepción para el acuerdo preventivo del deudor homologado, a la regla que considera extinguida la fianza por la novación de la obligación principal.

El artículo 941 CCCN alude en forma expresa a la aplicación de estas disposiciones a la novación producida por ley: “*Las disposiciones de esta Sección se aplican supletoriamente cuando la novación se produce por disposición de la ley*”.

A partir de la vigencia de estas nuevas normas codificadas, parece completado el vacío legal de la norma concursal, presentándose dificultoso sostener aún la pregunta sobre la extensión de la prestación objeto de la obligación del fiador o codeudor solidario una vez producida la novación concursal.

²⁷⁷ Art.1995 CC. El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal; pero puede por garantía de su obligación constituir toda clase de seguridades. Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda si se obligó por menos, o por otro tanto de la obligación principal, entiéndase que se obligó por otro tanto.

²⁷⁸ En expresa alusión a la novación dispuesta por la ley concursal.

FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ CONCURSAL MANIFESTADAS EN LOS INCS. 2 Y 4 DEL ART. 52 LCQ

PRONO, Javier R. y PRONO, Josefina I.

I.- Introducción

El concurso preventivo se trata de un proceso que se origina y que transita con características y circunstancias fácticas particulares, motivo por el cual se rige —además de los principios procesales del derecho común— por principios propios, normas de fondo y de forma específicas, ello a los fines de resguardar el interés social involucrado en estos procesos, como también de procurar la superación del presupuesto objetivo de apertura: el estado de cesación de pagos del concursado, priorizando la conservación de la empresa económicamente viable. Hacemos mención de estos dos principios porque son los que mayor relación guardan con el trabajo en análisis: por un lado, la conservación de la empresa como causa-fin subyacente en la mayoría de las normas concursales. Se trata de un aspecto social que al derecho le interesa tutelar. Y por el otro, los intereses sociales involucrados en estos procesos, que fundan el carácter predominantemente inquisitivo de los mismos, que se manifiesta en potestades judiciales amplias y genéricas y —consecuentemente— un poder de disposición de las partes ciertamente morigerado, aunque latente. Es decir, el juez concursal se caracteriza por ser un “juez director del proceso”, en el sentido de que debe actuar la ley por el Tribunal, no limitarse a aplicar las normas en una posición rígida, ritualista y literal, sino procurando la armonía entre ellas, los principios subyacentes del proceso concursal, y las particularidades propias del caso concreto. En efecto, se trata de no circunscribir el rol del juez concursal a la idea meramente de “voz de la ley”, sino de contemplar e incluir en el análisis de su figura la “responsabilidad social” con que debe aplicar la norma. *“En los juicios concursales existen, amén de los intereses privados, otros intereses, públicos, generales o sociales (que fundan la existencia de normas imperativas, indisponibles para los interesados), y que exigen mayores poderes del Juez, tornando estos procesos en prevalentemente inquisitorios”*²⁷⁹. Es tal la preponderancia que la normativa concursal otorga a estos principios, que prevé varias instancias y soluciones

²⁷⁹ Prono Ricardo S. “Derecho Concursal Procesal” (adaptado al Código Civil y Comercial). La Ley, 2017, p. 56.

“previas” y tendientes a evitar una declaración de quiebra. La doctrina refiere a cinco “vías” posibles para arribar a una resolución homologatoria de acuerdo preventivo, que se pueden ir suscitando antes y durante el trámite concursal: el acuerdo preventivo extrajudicial, el período de exclusividad, el período de concurrencia (salvataje, art. 48 LCQ), el *crowdown power* (inc. 2, art. 52) y la posibilidad de “mejora sustancial de la propuesta”, en casos de propuestas no homologadas por fraude o abuso (inc. 4, art. 52). Son estos dos últimos supuestos sobre los que ahondaremos en este trabajo.

II.- Manifestación de los poderes del juez en los incs. 2 y 4 del art. 52 LCQ

Como adelantáramos, las facultades y potestades del juez concursal (art. 274, LCQ) se manifiestan de manera clara en el artículo 52 LCQ, tanto en su segundo inciso (*crowdown power*) como en el cuarto, hipótesis de propuesta fraudulenta o abusiva. Aquí se vislumbra con evidencia la posibilidad o —mejor dicho— el deber del magistrado de no limitarse a hacer un control formal, extrínseco, que fuera el que reguló la normativa originaria de la ley 24.522 en el año 1995 (el antiguo juez “cuentaportos”), sino de ir más allá, realizando un control de “legalidad sustancial”.

La norma en análisis regula dos soluciones normativas: por un lado, en aquellos supuestos en que existen propuestas diferenciadas (categorización) y el concursado no logró reunir las mayorías legales, concede al juez la posibilidad de “aplantar” a la categoría “hostil” de acreedores, siempre y cuando —lógicamente— cumpla estrictamente todos los requisitos que el artículo establece para la procedencia de esta “imposición jurisdiccional” del acuerdo. La realidad de los hechos indica que la imposición de estas condiciones dificulta notablemente la aplicación práctica de esta figura, sobre todo la exigencia de una mayoría representativa del 75% del capital social computable. No obstante lo cual, entendemos que las mismas tienen su razón de ser: justamente porque se trata de un supuesto excepcional en el que se habilita la homologación —con los efectos jurídicos que esta conlleva— de un acuerdo que inicialmente no reunió las mayorías legalmente requeridas. Lo que resultaría necesario en una futura modificación legislativa, quizás, sería tomar los requisitos contemplados por la normativa actual y adecuarlos —aunque respetando los principios y razones en que se fundan— a la realidad práctica para lograr que el *crowdown* pueda ser efectivamente utilizado por los magistrados en el caso concreto.

Por otro lado, en el inciso 4 del artículo en análisis, aborda la hipótesis de propuesta de acuerdo aprobada cantidad suficiente de acreedores representativa de la mayoría legal, pero que, sin embargo, razonablemen-

te puede ser considerada como abusiva o fraudulenta. En estos casos, es clara la norma al determinar que el juez no puede homologar una propuesta en la que subyace un posible fraude a la ley, y debe actuar inmediatamente rechazando la homologación. Ello trasciende el acuerdo privado –entre deudor y acreedores–, en tanto esa propuesta de acuerdo fue expresamente firmada por los acreedores y por una cantidad tal suficiente para alcanzar las mayorías requeridas por la ley, es decir, reúne las exigencias formalmente previstas para la procedencia de la aprobación judicial de ese concordato. Y, no obstante, ello no sucede como consecuencia de una valoración sustancial de las condiciones intrínsecas de esa propuesta efectuada por el magistrado en ejercicio de sus poderes y facultades concursales.

Ahora bien, retomando la idea de la “quinta vía” (de creación pretoriana, jurisprudencial), se trata de una nueva instancia de prevención de declaración de la quiebra para el juez, en uso del amplio margen de poder discrecional: conceder al concursado la posibilidad de que reformule la propuesta, ofreciendo una mejor en la que desaparezcan las circunstancias que anteriormente invalidaron la homologación (condiciones abusivas, intención fraudulenta); ello siempre y cuando sea razonable y se funde en la conveniencia económica, comercial y social que implica la continuación en actividad de una determinada empresa. Nuevamente, aquí el juez concursal tendrá que aplicar el derecho –en el caso, la casuística jurisprudencial– con un fiel cumplimiento de los principios generales de equidad (adecuación de la norma a las causas particulares del caso concreto) y de búsqueda de la verdad real. Vale decir, se observa como un supuesto excepcional en el que justamente lo que activa su procedencia –lo que habilita al juez a dar al concursado una “nueva oportunidad”– son las condiciones específicas del concurso en cuestión, y la necesidad social de evitar la declaración de quiebra de la determinada persona jurídica que supondría el rechazo de homologación del acuerdo –pese a haber obtenido las conformidades– por subyacer fraude o abuso en la propuesta.

III.- Antecedentes jurisprudenciales de magistrados haciendo uso de estas facultades

Como precedente importante de lo que estamos diciendo, podemos citar el caso de “Talleres Reunidos Italo Argentino SA s/Concurso Preventivo”²⁸⁰, en el que Tribunal Superior sostuvo: *“el magistrado es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia*

280 C. N. Com., Sala F, 2012/04/14. En *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año II, N° 3, junio 2012, p. 612.

del acuerdo no solo sobre la base de su conveniencia económica – respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros– sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo (Del voto de la mayoría)”. Asimismo: “Los magistrados siempre se encuentran facultados –y aún constreñidos– a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor [...] No obstante lo que pareciera resultar del texto actual del art. 52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales. Ello así toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad”²⁸¹. Tal como se advierte, este fallo analiza las facultades judiciales para homologar o no el acuerdo, y concluye que si bien el juez del concurso nunca perdió tales atribuciones, la reforma de la ley 25.589 las hizo explícitas al disponer en el inciso 4: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y concluye desestimando la opción de la tercera vía y optando, por el contrario, por la apertura del procedimiento del artículo 48 LCQ.

Es pertinente destacar el análisis sobre el abuso del derecho que hizo la Corte Suprema de Justicia: “La arbitrariedad de una sentencia se configura cuando se afecta sustancialmente el crédito, derivado de un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado, lo cual, trasladado a una propuesta concordataria, el juez aprecia objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social de aquel, dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también por el logro de una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores”²⁸².

Otro fallo en el cual los jueces de Alzada sentaron interesantes criterios relativos a las figuras en análisis es el dictado en autos “Casasco Ricardo Alberto s/ concurso preventivo”²⁸³, resolución por medio de la cual se revocó la homologación del acuerdo concursal preventivo con fundamento en el carácter abusivo de la propuesta y en la configuración de fraude

281 Del voto de la mayoría.

282 Prono, Ricardo S. y Prono, Mariano R. “Permanente búsqueda de vías concursales para evitar la quiebra”, p. 69.

283 Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Sala I. 31/10/2013.

a la ley, teniendo en especial consideración el contexto fáctico de los hechos, que claramente acreditó que el deudor recurrió a la herramienta concursal de un modo notoriamente reñido con los fines que aquella norma tiene en miras al otorgarla.

Destacamos el voto del Dr. Ibarlucía —al cual adhirió el Dr. Bagattin— quien se refirió a *“La necesidad de valorar objetivamente si el deudor ha empleado su derecho a concursarse respetando o contrariando la finalidad económica y social del mismo, que —en palabras de la Corte— no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva [...] el abuso debe ponderarse en función de las circunstancias del caso y que la conformidad de los acreedores es condición necesaria pero no bastante para la homologación. En esa línea, invoca el requisito de la transparencia como elemento integrante de la garantía del debido proceso y la paralela trascendencia de un control sustancial del Juzgador respecto de la propuesta [...] Concluye así que no puede tolerarse que un concurso de acreedores se constituya en una vía para eludir responsabilidades, siendo inaceptable que los sacrificios recaigan únicamente en aquellos o los beneficios obtenidos —a su costa— por el deudor sean excesivos [...] Invoca también la doctrina de los actos propios —sustentada igualmente en la buena fe— y descarta que el instituto concursal pueda utilizarse de la forma en que lo fue en la causa fallada, es decir, no ejerciendo en el juicio donde se reclamara un crédito defensa alguna, invocando ese mismo reclamo como causa de la cesación de pagos al requerir la apertura del concurso preventivo y contribuyendo decisivamente para que el crédito no fuera computado para la aprobación de la propuesta. Entiende, al cabo, que se ha buscado de ese modo violar la finalidad de la ley concursal lo que debe impedirse en resguardo del interés general de la sociedad por evitar lo que califica de manipulación de los institutos concursales”*.

Consideramos que este último párrafo es un ejemplo muy claro que describe una situación fáctica de abuso y fraude a la ley por parte del concursado, condiciones y circunstancias que se constituyeron en motivo fundado y razonable para que el Tribunal de Alzada revocara la decisión del juez de primera instancia de homologar un determinado acuerdo concordatario. Reiteramos aquí la expresa necesidad de que la configuración del fraude o del abuso del derecho sea manifiesta, fehaciente, y ello dependerá —en gran parte— del análisis valorado y circunstanciado que el magistrado haga de las características propias del caso, de la realidad de los hechos en que el concurso se originó y cómo prosiguió la situación de la persona jurídica concursada durante su tramitación.

IV.- Límites a las facultades de investigación del juez y en el ejercicio de su poder discrecional en la decisión de rechazar una propuesta aprobada por los acreedores

Resulta interesante citar el precedente jurisprudencial “Corrugadora Centro S.A. s/ Concurso”²⁸⁴, en el que el juez de primera instancia ordenó a la sindicatura —como información complementaria— que informe “sobre el valor real y actual de la propuesta formulada y sobre la eventual proyección de utilidades y capacidad de pago que esta genera en el tiempo”. Al respecto, cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el límite de lo que el juez puede indagar, averiguar y tomar en consideración para aprobar o rechazar una propuesta concordataria? En el caso referido —entendemos— el magistrado fue aún más allá del control de legalidad sustancial de la propuesta, dado que se inmiscuyó en el análisis de las cuestiones económico-financieras de la misma e intentó recabar la información necesaria para cerciorarse de su efectivo cumplimiento a futuro. Ahora bien, consideramos que dicho requerimiento por parte del juez —en ejercicio de las facultades expresamente conferidas por la LCQ, específicamente, el art. 274— a los fines de reunir datos complementarios y conexos con la propuesta en cuestión, aunque innovador, no podría ser tildado de “excesivo o irrazonable”: en efecto, una resolución que rechace la homologación podrá ser juzgada como “arbitraria o infundada” en el caso de que la información investigada, las circunstancias de hecho y características evaluadas, como también la valoración que de ello haga el magistrado refieran —sea explícita o implícitamente— a un razonamiento sobre “el derecho del concursado a gozar de un acuerdo concordatario”.

Nos permitimos tomar esta pauta —extraída de regulaciones anteriores de la materia, la idea del deudor “merecedor o no de concursamiento”— puesto que se observa como un “tope” razonable a las valoraciones del juez, un límite preciso basado en los principios concursales ya referidos armoniosamente conjugados: por un lado, nos encontramos con el de inquisitorialidad, en virtud del cual el juez concursal goza —como dijéramos— de amplias facultades de ejecución y decisión, y debe velar por el respeto de los intereses de todos los sujetos involucrados en el proceso falencial. Por el otro, el principio fundante de los institutos preventivos de quiebra, “la conservación de la empresa”, vinculado —asimismo— con la objetividad en el presupuesto de apertura del concurso preventivo —por contraposición a ausencia de análisis subjetivo de la conducta del concursado (dolo/culpa)— y con el rol “intermedio”²⁸⁵ que

284 Juzg. Civ. y Com. N° 39 Nom. de Córdoba, 23/09/2005, “Corrugadora Centro S.A. s/ concurso”. Extraído de: “Acuerdo abusivo o en fraude a la ley” Gasparini, Juan Andrés. Publicado en: *DJ* 27/11/2013, 9. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3386/2013.

285 Hablamos de intermedio haciendo alusión a la evolución legislativa en este tema: desde el régimen de la ley 19.551, en el que el juez no tenía límite alguno, puesto que no solo realizaba el control formal de la propuesta, sino que hacía también examen de mérito y

la normativa actual otorga al juez en la homologación.

Entonces: las facultades del juez concursal, tanto en oportunidad de realizar la tarea investigativa previa –y eventualmente, posterior a la presentación de la propuesta– como también al momento de admitir o rechazar una propuesta que formalmente reúne las mayorías de ley, o –a su vez– en los supuestos en que podría llegar a aplicar un *crowdown power*, deberán ser interpretadas y ejercidas a la luz de los siguientes parámetros: como toda resolución judicial, y de conformidad con los principios de equidad y búsqueda de la verdad real, tendrá que ser un análisis fundado de las circunstancias particulares del caso concreto, atendiendo a las “pautas mínimas de razonabilidad”.

Tratándose de un proceso concursal, estas pautas refieren al **control de legalidad formal, extrínseco** (cálculo de las mayorías legales, sea las efectivamente recabadas por el concursado, sea las exigidas para la imposición de acuerdo en caso de categorización e imposición judicial de la propuesta) y al **control de legalidad sustancial** (“control genérico de las prestaciones convenidas”: que sean lícitas, que se ajusten a derecho y no afecten al orden público ni a la moral ni a las buenas costumbres; como también que la propuesta no sea fraudulenta ni abusiva). Pero, además, dentro de estas pautas podría el magistrado incluir una valoración respecto del beneficio objetivo de la homologación de la determinada propuesta, esto es, la conveniencia financiera, comercial, a nivel empresa y –por ende– sociedad; ello por contraposición del criterio del beneficio subjetivo (personal del deudor) relacionado con la antigua idea del “merecimiento de concursamiento”. Se tendrá presente que, en aquellos casos en que la línea entre una y otra hipótesis normativa sea fina o confusa, las características fácticas y particulares podrían ser determinantes. Pero, ante la duda, la interpretación de este tipo de valoración deberá ser –a nuestro entender– restrictiva (respecto de la negativa): es decir, ante la duda, se deberá estar a favor de la homologación.

conveniencia; el régimen de la ley 24.522 originaria, que modificó significativamente ese sistema, y apareció la conocida figura del “juez cuentaporotos”, limitando el control a un mero análisis formal del acuerdo; y luego, por reforma posterior, la posición intermedia entre estos dos extremos que actualmente se encuentra vigente: juez que no debe analizar la conveniencia empresarial, pero sí debe procurar el resguardo de las minorías disidentes.

SI QUEREMOS JUECES ACTIVOS, DÉMOSLES HERRAMIENTAS

VANNEY, Carlos E.

Ponencia

Los jueces son los directores del proceso y cuentan con importantes facultades ordenatorias. Pero respecto de ciertas cuestiones, la ley les pone un corsé, limitando su accionar en el proceso e imposibilitando que tomen decisiones referidas a esos temas. Uno de ellos es la facultad para imponer las propuestas de acuerdo en caso de que no se hubieran obtenido las mayorías que marca la ley.

El único supuesto que prevé la ley actual es el del artículo 52, inciso 2 B, el cual lo que realmente le permite al juez es computar las mayorías de una forma diferente —y más compleja, tomando otros parámetros—, y el magistrado puede utilizar o no esta facultad. Pero esa norma no es realmente una facultad supra homologatoria.

El magistrado puede, tal como expresamente reconoce la ley, negar la homologación a una propuesta —técnicamente a un acuerdo— si considera que esta es abusiva, a pesar de haberse obtenido las mayorías de ley. Y la ley le permite, reiteramos, computar las mayorías de una forma distinta, como expresáramos en el párrafo anterior.

Pero no le permite imponer un acuerdo fuera de esos dos supuestos. Creemos que, si le damos la potestad de negar una homologación, debemos también darle al juez una potestad amplia de imponer una homologación cuando las mayorías no son obtenidas. Confiemos en el prudente criterio de los jueces que, a través de muchísimos años de buena jurisprudencia, han creado derecho.

1. Introducción

Las facultades judiciales en los concursos y quiebras son amplias, y exceden la mera “dirección del proceso”. Puede tomar las “medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias”, y disponer la comparencia del concursado y la presentación de documentación (tanto al concursado como a terceros). Esas facultades que le otorga la ley no son taxativas, sino que se detallan “entre otras” que también podría ordenar.

Pero lo que no está sujeto a criterio judicial, sino que la ley establece pautas expresas, es al cómputo de las mayorías. En esto la ley es clara: *“Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado [...] el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en el caso de entes públicos nacionales, provinciales o municipales, de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría”*²⁸⁶.

No se encuentra dentro de las facultades del juez modificar ese doble cómputo —de capital y de personas—. Nótese que el artículo 50 de la LCQ establece que el acuerdo puede ser impugnado por “error en cómputo de la mayoría necesaria” y que el juez —art. 52 LCQ—, ante una propuesta única aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla. Las únicas facultades discrecionales que le otorga la ley al magistrado en cuanto a la homologación, referido al cómputo de las mayorías, lo encontramos en el artículo 52, inciso 2 B LCQ. Ello, por supuesto, sin desconocer la facultad del juez de negar la homologación en caso de abuso, tal como prevé el artículo 52, inciso 4 LCQ.

2. Ampliación de facultades judiciales para imponer las propuestas

Creemos que el sistema de mayorías rígido que prevé la LCQ debería ser modificado, a fin de otorgarle al juez del concurso mayores facultades para imponer la propuesta a los acreedores que no la aceptaron, y modificar para ello el artículo 52 de la LCQ²⁸⁷.

286 Art. 45 LCQ.

287 *“Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías: a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del artículo 45 o, en su caso, las del artículo 67; b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario; iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta; iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”* (art. 52, inc. 2, LCQ).

El primer supuesto previsto por el artículo 52 no genera mayores problemas, ya que se refiere a una propuesta única que obtuvo las mayorías legales. Donde el juez cuenta con una facultad discrecional es con el *cramdown power* criollo.

Pero si analizamos este, vemos que no otorga al magistrado una facultad supra homologatoria, sino que se limita a computar las conformidades de otra forma —más compleja, por cierto—. El juez solo puede decidir si utiliza o no esa forma de cálculo, ya que la norma establece con mucha precisión cómo deberán computarse esas conformidades, y sin que esta le otorgue al juez la posibilidad de decidir cómo aplicarla en cada caso concreto.

Además de una reforma que entendemos que resulta necesaria en dicha norma, puntualmente creemos que debería aliviarse el requisito de los tres cuartos del capital quirografario, por una mayoría menos estricta, mediante un sistema escalonado en el cual, cuanto menor es la quita y espera, menos gravosa es la mayoría que se exige; consideramos que debería agregarse además una norma final que le permita al magistrado, como director del proceso²⁸⁸, y tal como se permite en los Estados Unidos de América²⁸⁹, apartarse de esas rígidas pautas y aprobar una propuesta que considere conveniente, con la única limitación de no aprobar una propuesta que sea inferior al dividendo que los acreedores recibirían ante una eventual quiebra.

Nuestros tribunales tienen una larga tradición jurisprudencial en temas de insolvencia, interpretando las leyes en su aplicación al caso concreto, creando pretorianamente institutos concursales a fin de asegurar la finalidad de los procesos, no solo los jueces de primera instancia —directores del día a día del proceso y quienes determinan muchas veces el destino de los concursados— y los jueces de alzada —creando una importante doctrina concursal judicial—, sino también la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de importantes pronunciamientos —que echaron luz sobre cuestiones urticantes de la insolvencia— a través de toda su historia de casi 160 años²⁹⁰. Nuestros jueces, en más de un siglo y medio, han creado derecho —y en general buen derecho— con sus sentencias.

288 Rol expresamente reconocido en nuestra normativa concursal: “*El juez tiene la dirección del proceso*” (art. 274 LCQ).

289 *United States Bankruptcy Code, Chapter 11, section 1129 (b)*.

290 Como nota de color, cabe destacar que esa historia en temas de insolvencia de la CSJN es tan extensa que el primer caso que llegó a sentencia del Alto Tribunal, en el año 1863, si bien no resolvía directamente una cuestión de insolvencia, se refería a un tema vinculado indirectamente al derecho concursal. Autos: “Otero, Miguel c/ Nadal, José H. s/ ejecución”, sentencia del 15 de octubre de 1863. Fallos 1:17.

La ley ha dotado a los jueces de la facultad de controlar —y evitar— el abuso de las propuestas, tal como ha expresado con gran claridad el profesor Francisco Junyent Bas al decir: “*En este control de legalidad se presenta una bifurcación: control de legalidad formal o extrínseco y control de legalidad sustancial o intrínseco, que siempre queda reservado al magistrado como fundamento del ejercicio pleno de la función jurisdiccional, y que como veremos, la actual redacción del art. 52 ha impuesto con carácter genérico en el inc. 4. Admitiendo que el derecho concursal no es una ínsula aislada, sino que interactúa con las otras ramas del derecho, el juez concursal no puede desarrollar un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio del ordenamiento jurídico general*”²⁹¹.

Hemos otorgado a los magistrados esa función de custodios del ordenamiento jurídico y no de meros ordenadores, pudiendo torcer la voluntad de los acreedores que presentaron su conformidad y del deudor que presentó su propuesta y obtuvo las mayorías legales, al otorgarles la facultad de no homologar una propuesta que obtuvo las conformidades de ley, evaluando ellos un eventual abuso, a pesar de que los acreedores no hubieran considerado que este existiera. Por supuesto que esta potestad la utilizan teniendo a la vista varios aspectos, como son —por ejemplo— la cantidad de acreedores que prestaron conformidad, las cesiones de crédito que existieran en el expediente, la cantidad de incidentes de revisión y verificación tardía pendientes de resolver (a quienes, en caso de prosperar esos incidentes, se les impondría una propuesta de cuya negociación no participaron).

Si le damos el juez la facultad de torcer la voluntad de los acreedores, negando la homologación, entonces corresponde otorgarle la facultad contraria. Es decir que, si le pedimos al juez que no tenga “*un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio del ordenamiento jurídico general*”, tenemos que dotarlo, sobre todo en tiempos de crisis de insolvencia generalizada, de la fuerza para imponer el acuerdo —aunque los acreedores no lo hubieran acompañado en cantidades suficientes para lograr las mayorías de ley—, otorgándole la facultad supra homologatoria que tienen sus colegas del norte del continente. Del mismo modo, el magistrado podrá excluir, utilizando esta facultad, la influencia en el fracaso del acuerdo —y que impidió lograr las mayorías legales— que pudo tener un acreedor hostil²⁹².

291 Junyent Bas, Francisco, “Una nueva mirada del concurso preventivo”, *Revista Económica*, Año I, Número 2, p. 53 (ver: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0002.pdf>).

292 Sabemos que este es un tema ríspido, ya que conocemos la discusión doctrinaria sobre la existencia o no de este tipo de acreedor y cuándo podría considerarse a un acreedor como tal, como también la reticencia de la jurisprudencia en admitir la exclusión de este tipo de acreedores.

Investir al juez de facultades homologatorias aun cuando no se han obtenido las mayorías podría evitar las maniobras tan comunes en los concursos de compra de créditos —y votos— o pagos por terceros que luego pretendan votar, cerrándose entonces el debate doctrinario, y también jurisprudencial, sobre la cesión o transferencia del voto²⁹³ —o técnicamente facultad de prestar la conformidad a la propuesta de acuerdo—, tema medularmente expuesto en una de sus sentencias por la jueza Julia Villanueva²⁹⁴, donde incluso sostuvo: “Acto de cesión habilitará al cesionario a cobrar, pero no a ‘votar’”.

Queda claro entonces que proponemos otorgar a los magistrados las más amplias facultades homologatorias, que podrán ser utilizadas a favor o en contra de los acreedores y el concursado, evitando cualquier tipo de abuso de las partes, combatiendo los intentos de fraude y con el objetivo final de conservar la empresa y los puestos de trabajo.

Respecto de este último punto, y como bien sostiene Francisco Junyent Bas, al analizar las facultades homologatorias del juez concursal, este —al momento de ejercer esas facultades en el caso concreto— deberá “considerar a la empresa ‘viable’ y ‘útil’, es decir, como unidad de producción de bienes y servicios pero, fundamentalmente, como fuente de trabajo en atención a la relevancia que ostenta ‘el empleo’ para la dignidad de la persona y la distribución de los recursos de la sociedad”²⁹⁵.

293 Quienes ya peinamos canas (o incluso tenemos poco para peinar) recordamos las juntas de acreedores, previstas en el art. 46 de la ley 19.551, donde allí sí, se **votaba** —conforme arts. 50 a 57 de esa norma— dejándose constancia del resultado en el acta prevista por el art. 58 de la ley.

294 Autos “Mandalunis, Tomás Eduardo s/ Concurso preventivo”, sentencia de la CNCom, Sala C, de fecha el 25 de febrero de 2014, donde se sostuvo: “La afirmación de que la cesión o subrogación de créditos pueden ser utilizadas sin más en el ámbito concursal, ignora la realidad de que dichas figuras pueden ser usadas para consumir maniobras fraudulentas en la votación de la propuesta, o permitir a terceros la consecución de finalidades que exorbitan la negociación concordataria de buena fe, e incluso la dificultan en términos tales que, en muchos casos, la tornan inconciliable con las bases del sistema [...] Nuestro sistema concursal parte de la premisa de que los acreedores deben pronunciarse acerca de la suerte del concordato —decidiendo así cómo distribuir entre ellos las pérdidas sufridas por el deudor con respeto a la *par condijo creditorum*—, solo quienes se encuentren en tal situación (la de ser acreedores llamados a soportar esas pérdidas) pueden hallarse legitimados para intervenir en tal decisión, lo cual no ocurre con esos ‘legitimados sobrevivientes’ que tienen intereses diversos que pretenden conseguir mediante el ‘voto’ que por vía de la sustitución respectiva obtienen [...] La comercialización de créditos concursales ya reconocidos en el concurso en tiempo en que aún no ha sido emitido el voto respectivo debe considerarse lícita —por derivar de actos que no están prohibidos—, pero sin aptitud para extender sus efectos propios en forma automática y de pleno derecho al proceso concursal [...] Es claro que el acuerdo no puede ser obtenido en fraude a la ley, y si igualmente claro es que ese fraude concursal se configuraría si la propuesta fuera votada por quienes no revistieran la calidad de verdaderos acreedores, forzoso es concluir que, ante la aparición de un acreedor que ha devenido tal por subrogación o cesión, el juez debe extremar las medidas tendientes a evitar la consumación del fraude por tal vía”.

295 Junyent Bas, Francisco. Ponencia titulada “Los puntos de las facultades homologatorias

Creemos que estas facultades amplias de los jueces —más allá de que entendamos que hoy ya las tienen— deben expresamente consignarse en el texto legal, dando un respaldo legislativo a ese poder ya que, como decía Carlos S. Nino: “*Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática. En cambio, no pueden renunciar, sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que consideran válidos*”²⁹⁶.

Estas medidas —referidas a las facultades del juez al momento de la homologación judicial del acuerdo— podrían además complementarse con una reforma del artículo 55 de la LCQ, volviendo a la redacción de la ley 25.563, que duró unos pocos meses, la cual —a través de su artículo 7— modificó esta norma haciendo extensivos los efectos novatorios del acuerdo a los fiadores²⁹⁷. Se podría evitar de esta forma la multiplicidad de concursos preventivos, ya que los garantes —al menos por las deudas afianzadas— no estarían forzados a concursarse. Sabemos que este tema, que claramente excede los límites de esta ponencia, es un tema sumamente controvertido, con importantes voces que opinan lo contrario²⁹⁸.

3. Conclusiones

Creemos que los jueces deben contar con facultades más amplias que las que cuentan actualmente. La ley debería otorgarles a los magistrados la potestad de homologar un acuerdo cuando no se hubieran obtenido las mayorías legales, si considera —de acuerdo a su prudente criterio— que esa solución es la mejor para todos, para el deudor, para los acreedores y para la sociedad en su conjunto. No debemos tener miedo a las facul-

del juez concursal”, X Congreso de Derecho Concursal - VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Santa Fe, octubre de 2018, Tomo II, *El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra*, p. 207.

296 Nino, Carlos S. “Introducción al análisis del derecho”, 2ª edición. Ed. Astrea, 2003, p. 436. Citado por Verónica F. Martínez en “Período de exclusividad - Alternativas de la prórroga y recursos”, publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 2019-2, Insolvencia, I, p. 367.

297 Art. 55: “*Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios, los que quedarán obligados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado*” (texto según art. 7 de la ley 25.563). En contra: Autos “Abran, José Félix s/ Concurso Preventivo”, por sentencia del 11 de marzo de 2013, la Suprema Corte de Buenos Aires decidió: “*Revocar el fallo impugnado, manteniendo el de primera instancia en cuanto admitió la subrogación pretendida por los terceros*”.

298 En una charla en la que tuvimos la oportunidad de exponer el 1 de julio de 2020, en la “Jornada Argentino-Uruguaya sobre APE”, en el marco del Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial, propuse extender del acuerdo a los fiadores en el APE, opinión que fue duramente cuestionada por el profesor Rafael M. Manovil.

tades supra homologatorias de los jueces, ya que estos han demostrado, a través del tiempo, que son capaces de crear buen derecho a través de sus decisiones.

NO HAY MOTIVO PARA OBLIGAR AL ACREEDOR A COBRAR MÁS DE LO QUE QUIERE

COSENTINO, Javier

Ponencia

En su texto actual, la ley 24.522 dispone en el artículo 52, inciso 4, que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Desde que se sancionó la norma que puso en vigencia dicho artículo (ley 25.589 de mayo de 2002), surgieron las dificultades para darle contornos a la propuesta abusiva por ausencia de parámetros legales para ello. La pandemia demostró que la evaluación de la abusividad no puede implicar pautas rígidas, y más aún en un medio en donde las crisis son recurrentes. Pero más allá de ello, entendemos que no existe motivo alguno para que se altere la situación de aquellos acreedores que han brindado su expresa conformidad con la propuesta de pago que se les ha formulado, por lo que respecto de ellos no debiera evaluarse abusividad alguna. A tal fin, podría preverse la posibilidad de mejoras respecto de acreedores disidentes y eventuales verificantes tardíos, sin que por tal motivo se altere el principio de igualdad de los acreedores.

I.- Desarrollo

- Señor Juez, quiero cobrar el 10% de mi crédito.
- No, lo siento, esa propuesta es abusiva, va a tener que cobrar más.
- Su Señoría, no quiero cobrar más, con eso estoy satisfecho.
- Mire, o cobra más o vamos a la quiebra.
- Pero en la quiebra, ¿voy a cobrar más? ¿O menos?
- Ehhhhh... Téngase presente para su oportunidad.

.....

Pensamos en su momento que, dado que la ley de concursos no contiene parámetro alguno que le indique al juez cómo determinar si una propuesta es abusiva, nos parecía adecuado retornar al sistema de la ley 19.551, que contenía una pauta objetiva: la quita no podía ser mayor del 60% del crédito.

Claro que el compromiso de pago de ese 40% de mínima tampoco se cumplía debido a la eterna distorsión de la inflación y más aún con una prohibición indexatoria vigente.

Entonces, apareció la pauta del “valor presente de los créditos” con la sana intención de otorgar un asidero de dónde agarrarse para decirle al concursado que su promesa no era tal, que en realidad estaba pagando menos de aquello a lo que se había comprometido. Pero ese valor presente es, por el mismo motivo —el eterno contexto nacional de desvalorización de la moneda—, un acto de fe.

En realidad, la cuestión de la propuesta abusiva gira básicamente alrededor de la inflación.

Además, la pandemia nos mostró cruelmente que nada es para siempre. Y en esta realidad, dentro de los sorprendentes proyectos de legislación de emergencia que no llegaron a plasmarse en norma positiva (¿por suerte?), parecía bastante acertado aquel que proponía una modificación de la ley concursal que posibilitara la renegociación del acuerdo ante circunstancias excepcionales (identificado como S-0896/2020).

Gran parte de nuestras diatribas concursales se basan en ejercicios proféticos. Piénsese en eso de “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”, en palabras textuales del artículo 52, inciso 2, acápite iv) como parámetro para imponerle el acuerdo a una categoría de acreedores. Pero bueno, como suele escucharse, “es lo que hay”.

El objetivo de esta ponencia no es ahondar en esos aspectos, que nos resultan complejos y de difícil solución para nuestro por demás limitado intelecto. Buscamos llamar la atención sobre el tópico de la abusividad de la propuesta desde otra óptica, advirtiendo que soportaremos estoicamente tanto los improperios como la hilaridad que pueda generar esta modesta proposición, siempre que alguien se tome el trabajo de leerla.

Nos parece que aquel acreedor que voluntariamente brinda su conformidad a la propuesta que se le hace no puede luego alegar abuso, a salvo la existencia de algún vicio. Propios actos, propia torpeza se lo impiden.

Es entonces que el prisma por el cual debe observarse la cuestión de la abusividad pasa por la protección de aquellos que no han dado su conformidad —porque dijeron que no o porque nada se les preguntó— y por los que no concurrieron a requerir su admisión en el pasivo, pero que pueden eventualmente hacerlo.

Y acá nos topamos de lleno con el principio de la igualdad de los acreedores, principio que puede paradójicamente transformarse en el fin, tanto de la empresa como de las posibilidades de algún cobro razonable.

Pero sabemos que el principio de la igualdad viene siendo interpretado desde hace ya mucho tiempo desde los más altos estrados judiciales acompañados por la más alta doctrina como “igualdad entre iguales”. Entonces ¿por qué no igualar entre iguales?

En esta línea, aparecen aquí dos clases de acreedores, los que han dado su conformidad y los que no. Si seguimos encorsetados en eso de que la propuesta debe ser única para todos los acreedores si el pasivo se trata unificado o única dentro de cada categoría, este razonamiento fracasa.

Pero si se lograron las mayorías legales de manera que la mayoría de los acreedores y las dos terceras partes del capital aceptan lo que se les propone, ya podemos dejar de calificarlo como “abuso” respecto de ellos. Aventamos el posible conflicto siempre latente del orden público, y por otra parte pasamos a centrar nuestra preocupación en quienes no admitieron ser abusados.

En esta línea, la ley 24.522 debería decir en su artículo 52, inciso 4: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva **respecto de quienes no dieron su conformidad**, o en fraude a la ley”, y así tendríamos un andamiaje positivo para admitir la distinción. El fragmento destacado es lo que se promueve como modificación.

Claro que inmediatamente surge un interrogante que ya fue esbozados párrafos atrás y el problema sigue siendo el mismo: ¿cómo consideramos que se trata de una propuesta abusiva? Y volvemos al casillero uno a revolver distintas opciones, en un lugar a donde –como dijimos– no queremos entrar, y por eso aquí concluimos con la esperanza de que alguien siga.

IMPOSIBILIDAD DE IMPONER EL DEPÓSITO OBLIGATORIO DE LAS CUOTAS CONCORDATARIAS SIN RECLAMO DE ACREEDOR

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT, E. Daniel

Ponencia

Frente a una propuesta homologada no resulta posible que el juez pueda imponer en la sentencia homologatoria el deber de consignación judicial (o depósito) correspondiente a las cuotas concordatarias a la fecha de su vencimiento sin reclamo del correspondiente acreedor.

Desarrollo

En vísperas del cierre del plazo para presentar ponencias, se generó un interesantísimo debate en el chat del Ateneo Jurídico Rosario en derredor de cierta decisión de judicial dictada en el mes de junio por un Magistrado del fuero comercial nacional que homologó un acuerdo preventivo.

El punto “d” de la parte Resolutiva de la sentencia homologatoria dice textualmente “Tener presente el domicilio de pago denunciado –sede social– sin perjuicio de lo cual se hace saber que, en el supuesto que los acreedores no se presenten a cobrar sus créditos a la fecha de vencimiento de las cuotas concordatarias, la concursada deberá proceder a depositar en la cuenta de autos el monto correspondiente a las mencionadas sumas no percibidas, sin necesidad de requerimiento o intimación alguna”.

El juzgado interviniente dispuso un depósito obligatorio de las cuotas concursales no previsto en la propuesta homologada. Dicha decisión nos motivó a pensar si tiene facultad el magistrado interviniente para disponer ello, siendo que el lugar de pago es el fijado en la propuesta (y sino lo hubiere, el domicilio del deudor²⁹⁹).

Los firmantes de esta ponencia lanzamos el guante con diversas preguntas:

1. El lugar de pago de toda obligación es (conforme el Código Civil y Comercial de la Nación) el fijado en la obligación y, en defecto de ello, el domicilio del deudor.

²⁹⁹ Artículo 874. Lugar de pago no designado. Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior.

2. ¿Puede entonces el Juez imponer el depósito en sede judicial de las cuotas concordatarias, siendo que se trata de un acto que la ley no manda ni contenido en ninguna previsión legal (CN, art. 19)?

3. Esta hipótesis pretoriana ¿va en contra de la posibilidad de manejar los tiempos del pago por parte del deudor esperando una posible omisión que derive en la prescripción de la obligación?

4. ¿Hay algún impedimento legal a pretender que una deuda no reclamada prescriba? ¿Hay algo ilícito o reprochable en tomarse de un instituto (la prescripción) que la ley civil autoriza expresamente? ¿O a valerse de la implícita remisión de la deuda que el no ejercicio del derecho por parte del acreedor en tiempo útil importa?

5. Si el deudor no deposita (sin requerimiento expreso en autos del acreedores respectivo), ¿incurre en incumplimiento y quiebra? ¿El Síndico (o el comité de control) “debe” denunciar la falta de depósito? ¿Qué consecuencias traería tal circunstancia si no existe acreedor reclamante?

Adúnase a tales preguntas que porta respuestas que *prima facie* llevan a desestimar la validez de la decisión en cuestión, relevantes argumentos de carácter económico.

Siendo que uno de los problemas más graves de cualquier deudor concordatario es la dificultad para acceder al crédito, y que estos tiempos de pandemia no son precisamente florecientes, si se considerara que la decisión es válida normativamente, ¿sería defendible teleológicamente?

¿No es razonable que si el acreedor no reclama su cuota el deudor puede redireccionar sus fondos en estos tiempos de desazón?

Va de suyo que la suma es debida y que el vencimiento (mora) es automático. Pero, de nuevo: ¿ello habilita la decisión en cuestión? En nuestro criterio, no. Tal circunstancia generará la carga de intereses correspondientes y, ante la intimación instada por el acreedor respecto (solo ante ello) no cumplida, la quiebra.

Durante el debate se la reivindicó por la tutela de la propuesta habida a los acreedores laborales, mas dicha diferenciación no surge del texto del fallo que disparó la cuestión, sino que aplicó a todo tipo de crédito sometido a propuesta.

Y a todo evento, y si se considerara que la especial tutela convencional y constitucional de los trabajadores explica la decisión cabría recordar que dicha tutela no habilita el tomar la decisión que el Juez entendiera procedente sin otra discusión.

Cabría debatir, además, si el garantizar que no prescriban los créditos laborales encuadra en un escenario de razonabilidad (CN, art. 28). En

tal caso aparecería de nuevo el argumento teleológico y la gran duda si ese modo de obrar de verdad protegería a los trabajadores o al revés, al poner en mayores dificultades la supervivencia de la empresa, podría terminar afectándolos. Esto último es un tema de prudencia judicial y de visión del caso concreto —lo que reforzaría la exigencia de que se fundara tal medida en el caso específico—.

En conclusión:

- a) No creemos que el Juez pueda imponer ese deber de consignación judicial si la cuota no fuera reclamada por el acreedor —al menos *in genere*—.
- b) Para admitir tal mecanismo respecto de acreedores laborales (si se diera la rarísima situación de un concordato dirigido a los trabajadores) sería menester una fundamentación no solo en derecho —indicando que normas supra legales o legales habilitarían al obrar— sino una ponderación del caso concreto, explicando por qué en el caso tal accionar no tendría virtualidad de poner en riesgo el cumplimiento del acuerdo por a la concordataria.

¿CUÁNDO ANALIZAR LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO? PRESUPUESTO ACTUAL DE LA LCQ, “TERCERA VÍA” Y PROPUESTAS DE CAMBIO

LAMBRECHT, Augusto

I. Ponencia

El presente trabajo se propone analizar la interrelación existente entre los artículos 42 y 52, inciso 4, de la LCQ, el desarrollo de la actividad de la concursada, la sindicatura y el juzgado desde que se presenta la propuesta de acuerdo preventivo hasta que se homologa el acuerdo.

La aceptación de la propuesta de acuerdo por parte de la doble mayoría de acreedores que exige la LCQ, la declaración de existencia de acuerdo y las impugnaciones que se hagan a esta resolución constituyen “test de viabilidad de la solución preventiva”, que se ven complementados con el último análisis del abuso o fraude en la propuesta que hace el juzgador al examinar si corresponde dictar la resolución de homologación del acuerdo preventivo.

No obstante, la jurisprudencia —con el objeto de evitar la frustración del acuerdo preventivo— ha adoptado una “tercera vía” —que también será objeto de análisis de este trabajo— en la cual le impone a la deudora mejorar su propuesta para que esta deje de ser abusiva y/o fraudulenta.

Finalmente, corresponde concluir que este análisis circular de la propuesta de acuerdo que en primer lugar hacen los acreedores que aceptan la misma y luego —al “cerrarse” el concurso— realiza el juzgado debe evitarse y, para ello, se plantea una tesis superadora que establece que la propuesta debe ser aprobada antes de que el/la concursada inicie las gestiones necesarias para obtener la doble mayoría de conformidades que le exige la LCQ.

II. El método de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ). Los “test” de viabilidad del acuerdo preventivo

La LCQ actual le exige al deudor la presentación de su propuesta de acuerdo en el expediente veinte días hábiles antes del vencimiento del período de exclusividad (art. 42 LCQ). En el caso de que no se presente dicha propuesta, el deudor será declarado en quiebra, salvo que pueda

optar por las soluciones del artículo 48 LCQ. Este es el primer hito de la LCQ que impone la declaración de quiebra indirecta en el caso de incumplimiento del deudor.

Una vez que el deudor presenta y hace pública su propuesta de acuerdo, cuenta con veinte días hábiles para obtener las conformidades de la mitad más uno de los acreedores que poseen el 66,66% del pasivo verificado.

La LCQ le otorga otra opción al deudor, que es la de reformular la propuesta realizada hasta la celebración de la audiencia informativa. En este caso, el deudor tendrá una semana para obtener la doble mayoría de las conformidades exigida por ley.

La aceptación de la propuesta de acuerdo por la doble mayoría de acreedores que exige la ley puede considerarse un “primer test” de viabilidad de la solución preventiva.

Si el concursado acompaña las conformidades de la doble mayoría que le exige la ley, el/la jueza dictará la resolución haciendo saber la existencia de acuerdo. Los acreedores con derecho a voto y quienes hubieran deducido incidente podrán impugnar el acuerdo únicamente con fundamento en las siguientes causales:

- 1) Error en cómputo de la mayoría necesaria.
- 2) Falta de representación de acreedores que concurran a formar mayoría en las categorías.
- 3) Exageración fraudulenta del pasivo.
- 4) Ocultación o exageración fraudulenta del activo.
- 5) Inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo. Esta causal solo puede invocarse por parte de acreedores que no hubieren presentado conformidad a las propuestas del deudor, de los acreedores o de terceros.

Respecto de las impugnaciones con causa en los incisos 1, 2, y 5, las mismas tienen fundamento en defectos formales que es poco probable que ocurran, en tanto que las conformidades y el cálculo del cómputo son analizados en primer lugar por la concursada, luego la sindicatura hace un segundo control y dictamina al respecto. Y, finalmente, el propio juzgado podrá revisar nuevamente los documentos y coincidir o no con el cómputo de la sindicatura. Es decir, se chequearán tres veces los supuestos formales.

Las impugnaciones con base en los incisos 3 y 4 —en el estado actual de las leyes del derecho argentino— resultan difíciles de fundamentar, porque si el/la impugnante no tiene pruebas fehacientes de la exageración u ocultación que esgrime, deberá investigar y el escaso tiempo con el que

cuenta para probar su presupuesto será un obstáculo.

Este hecho podremos considerarlo un “segundo test” de viabilidad de la solución preventiva.

En el caso de que no se deduzcan impugnaciones, o que las impugnaciones sean rechazadas, corresponderá que el/la juez/a se pronuncie respecto de la homologación del acuerdo preventivo.

El inciso 4 del artículo 52 LCQ establece: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Por lo que aquí se impone un “tercer test” de viabilidad del acuerdo preventivo y un primer análisis por parte del juzgado de la propuesta de acuerdo, que ya ha sido analizada y aprobada por la doble mayoría requerida por ley.

En la actualidad, puede afirmarse que la gran mayoría de acuerdos frustrados o no homologados tienen como causal el presupuesto del artículo 52, inciso 4, y no las impugnaciones deducidas por las causales del artículo 49 LCQ.

III. El análisis de las propuestas de acuerdo. La llamada “tercera vía”

A. Parámetros a tener en cuenta para analizar si existe abuso o fraude

Darío J. Graziabile acierta al expresar que en el caso de que se logren las mayorías y la propuesta no sea abusiva ni fraudulenta, el/la juez/a deberá homologar el acuerdo (primera vía). Siendo abusiva la propuesta o fraudulenta, no habrá homologación y se declarará la quiebra (segunda vía)³⁰⁰.

El artículo 52, inciso 4, le concede una facultad al juez que implica que este no sea un autómatas homologador. Es decir que el hecho de que se obtengan las mayorías y que no haya impugnaciones por parte de los legitimados no resulta óbice para que el juzgador analice la propuesta de acuerdo y determine si corresponde homologar el acuerdo preventivo.

Para definir si la propuesta es abusiva, el/la juez/a tendrá como base lo dispuesto por los artículos 10, 279 y 1.004 del Código Civil y Comercial (CCC). Por otra parte, tomará en cuenta diversas pautas entre las que concurrirán no solo la pretensión de los acreedores ni el interés público, siendo indiferente que el acuerdo sea incluso más ventajoso que una futura distribución en un proceso falencial o si el acuerdo fue aprobado por una mayoría agravada de acreedores.

El resabio del tope del 40% de quita que implicaba que la propuesta era

300 Graziabile, Darío J., *Derecho procesal concursal*, 1ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 296.

abusiva aún perdura, pese a haberse modificado la ley 19.551 y eliminado dicho límite.

A la fecha, nos encontramos en una economía postpandémica y resulta por demás necesario flexibilizar el porcentaje nominal de quita de las propuestas de acuerdo.

En un país inflacionario, no debe tomarse como único norte para analizar si la propuesta es abusiva el porcentaje de recupero del crédito, sino que también deben analizarse los presupuestos subjetivos de la concursada, tales como su propia realidad económica, social y financiera; el dividendo que se percibiría en caso de quiebra; sus ratios de endeudamiento concursales y/o posconcursoales; la viabilidad de pago de la propuesta; la comparación con las empresas de su misma industria; las tasas de interés a la fecha; la proyección económica; la planificación y su capacidad de repago.

Es esencial analizar qué implicancias tendría la quiebra de la empresa en caso de que no se homologue el acuerdo, si se considera que la propuesta es abusiva, y determinar si el deudor tiene posibilidades que le permitan, por un lado, asegurar o mantener un lugar en la actividad económica a la que se dedica y, por el otro, establecer de qué forma se obtendrán los fondos suficientes que le permitan hacer frente a las obligaciones asumidas en su proceso de reestructuración de deuda, generando al mismo tiempo, un plan de negocios, con una adecuada planificación³⁰¹.

Como se expresó, si el análisis supera los presupuestos nombrados, corresponderá homologar el acuerdo preventivo, ya que la propuesta no será abusiva y el deudor merecerá el acuerdo.

B. La llamada “tercera vía”

En los últimos tiempos, la tendencia predominante en los concursos donde las propuestas de pago pueden considerarse abusivas es evitar la quiebra que impone la lógica de la lectura del artículo 52, inciso 4, LCQ y se aplica la doctrina de la “tercera vía” en la cual los/las jueces/zas, haciendo uso de las facultades otorgadas por el artículo 274 LCQ, convocan a audiencias y/o cursan requerimientos a las concursadas compeliéndolas a brindar explicaciones y a presentar una mejora de la propuesta de acuerdo previo a dictar la resolución homologatoria.

Este hecho, el cual puede relacionarse con el refrán popular *el que avisa, no traiciona*, tiene su parte de justificación y de advertencia en la cual se prevé que, para el caso de no mejorar la propuesta, no se homologará el

301 Paz Saravia, Diego Manuel; *Propuesta concursal abusiva o en fraude a la ley*, Tesis presentada conforme los requerimientos del Programa Master ESEADE, 5/11/2007.

acuerdo preventivo y en ese estadio corresponderá declarar la quiebra.

Así ha actuado la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos “ANCERS S.A. s/ Concurso Preventivo”³⁰² confirmando la resolución que resolvió no homologar la propuesta de acuerdo preventivo presentada por el concursado por considerarla abusiva, y concedió a la deudora un plazo de treinta (30) días para readecuarla, considerando esta solución como la más eficiente a fin de procurar conciliar el interés de la concursada consistente en honrar sus deudas de la manera menos gravosa posible (de modo tal que permita proseguir con el desarrollo comercial de su especialidad), y el de los acreedores de obtener la mayor satisfacción de sus créditos conforme a derecho, como también, los intereses concursales generales, tales como la conservación de la empresa, el mantenimiento de la fuente de trabajo, etcétera.

Por su parte, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió revocar la resolución que homologó un acuerdo preventivo considerando que se habilitaría a la deudora a liberarse de sus obligaciones mediante pagos insignificantes que vulnerarían la protección del crédito. Sin perjuicio de ello, **la Sala consideró que ello no ameritaba declarar la quiebra, ya que no existió argumento alguno para impedirle al juez de grado concederle la posibilidad a la deudora de reformular su propuesta, dentro del plazo que considere pertinente**³⁰³.

En conclusión, ante la declaración de abuso en la propuesta de acuerdo, esta “tercera vía” resulta ser el remedio que contempla los intereses de la concursada y de los acreedores, evitando la quiebra.

IV. Propuesta de cambio: el análisis de la propuesta de acuerdo debe hacerse previo a la negociación de las conformidades

La propuesta de acuerdo preventivo debería ser analizada y aprobada por el juzgado antes de que la concursada comience a reunir las conformidades de los acreedores.

Cuando la concursada presenta su propuesta de acuerdo preventivo, debería ordenarse correr traslado a la sindicatura y al comité de acreedores para que dictaminen si esta es abusiva y/o fraudulenta. Con el dictamen de la sindicatura y la opinión de los miembros del comité, el juzgado deberá expedirse y resolver acerca de la abusividad de la propuesta.

302 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A -Alfredo Kollikers Frers y María Elsa Uzal-, “ANCERS S.A. s/ Concurso Preventivo”, Fecha: 24.05.2019.

303 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D -Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vasallo y Juan R. Garibotto-, “Organización ANSELM I S.R.L. s/ Concurso Preventivo” (Expte. N° 8406/2016), 14/05/2019.

Nótese que la locución del inciso 4 del artículo 52 expresa: “*En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”, por lo que corresponde preguntarse: si casi un mes antes del vencimiento del período de exclusividad la concursada, los acreedores, la sindicatura y el/la juez/a ya conocen la propuesta de acuerdo preventivo, ¿por qué esperar hasta el último momento para analizar si la propuesta es abusiva o fraudulenta y entrar en un estado de incertidumbre respecto de la homologación del acuerdo preventivo? La solución del derecho se vuelve antieconómica y genera un dispendio jurisdiccional innecesario.

Si el Juzgado estima que la propuesta es abusiva, puede utilizar la “tercera vía” descrita en el punto III.B., para que se mejore el ofrecimiento de pago a los acreedores y evitar futuros planteos al respecto.

En el caso de que el juzgado entienda que no hay abuso en la propuesta de acuerdo preventivo, lo hará saber y así la concursada podrá perseguir la obtención de las conformidades necesarias con la seguridad de que el acuerdo oportunamente se homologará y los acreedores percibirán sus créditos conforme a derecho.

IV. Conclusiones

Para lograr la homologación del acuerdo preventivo, la propuesta debe superar varios test que hacen a la viabilidad del acuerdo.

Ningún/a juez/a homologará una propuesta de acuerdo preventivo que considere que es abusiva o fraudulenta.

Para determinar si la propuesta de acuerdo es abusiva y/o fraudulenta, debe analizarse si el monto de quita y/o el tiempo de espera tiene correlación con la realidad económica, social y financiera del deudor.

En caso de que se considere abusiva y/o fraudulenta una propuesta de acuerdo, se debe otorgar una nueva oportunidad al deudor de mejorar su propuesta para poder arribar a un acuerdo con sus acreedores y evitar la quiebra (tercera vía).

De lege ferenda, la propuesta de acuerdo preventivo debería ser analizada **antes** de que el/la concursado/a inicie las gestiones para conseguir las conformidades de sus acreedores y determinar si la propuesta resulta abusiva. En caso de que se considere abusiva la propuesta, el deudor tendrá un plazo breve para mejorar la misma. Si la propuesta se ajusta a derecho, una vez que se obtenga la doble mayoría de conformidades del artículo 45 LCQ, deberá homologarse el acuerdo preventivo.

MAYORÍAS IRREALES EN EL PROCESO CONCURSAL

MARTÍN, Lidia R.

I.- Introducción

En la actual regulación en materia de insolvencia (ley 24.522), el artículo 56 establece que los efectos de un acuerdo preventivo homologado se extienden a todos los acreedores quirografarios de causa anterior a la presentación en concurso, aunque no hayan participado del proceso.

Sin embargo, la situación de determinados acreedores, especialmente aquellos que no pudieron participar de la conformación de los acuerdos aprobados por las mayorías y sujetos a homologación, son supuestos que, por su situación y naturaleza, deberían tener una mirada especial y diferenciada en relación a la extensión de los efectos de la homologación. Máxime si estos acreedores por su *quantum* podrían modificar las mayorías necesarias para homologar el acuerdo preventivo.

Considero que deben protegerse los intereses legítimos de estos acreedores, en general involuntarios³⁰⁴ no participantes del proceso concursal, para que a través de una reforma legislativa se evite la utilización del instituto concursal con fines ajenos al objetivo de la regulación.

II.- El acceso al pasivo concursal y la conformación de la masa votante

Nuestra ley de insolvencia regula el procedimiento de acceso a la masa falencial, y establece plazos estrechos que en algunas ocasiones repercuten en aquellos imposibilitados de acceder temporáneamente.

La resolución judicial que incluye el reconocimiento para integrar esta masa falimental pasiva impone al acreedor el deber de transitar por el proceso previsto en los artículos 32 y siguientes –para un concurso preventivo– y 200 y siguientes para una quiebra, explicando en forma detallada, clara, explícita, las causas de existencia del crédito, el modo en que obtuvo el derecho al cobro, a fin de que los otros insinuantes, el síndico, el comité de control y/o el juzgado conozcan el origen del

³⁰⁴ El caso del acreedor involuntario es una categoría de acreedores que se encuentra imposibilitada de participar tempestivamente en el proceso concursal por no contar con título suficiente, y se le impone un acuerdo homologado

crédito cuya verificación se solicita.

El legislador tuvo en mira al requerir la acreditación de la causa del crédito la posibilidad de existencia de concilios fraudulentos entre el peticionante y el concursado y así evitar mayorías manipuladas a través de créditos simulados que alteren las mayorías necesarias para aprobar la propuesta concordataria. Sin embargo, ha descuidado regular sobre la imposibilidad de acceso a determinados acreedores que se encuentran limitados en el acceso a la masa en forma tempestiva para formar las mayorías.

En el sistema concursal, que considera aspectos vinculados al interés público, y respondiendo a un interés de orden económico, el juez tiene herramientas para intervenir en el proceso decisorio. Son los criterios de exclusión de acreedores, criterios de interpretación, que avanzó la jurisprudencia enfáticamente; sin embargo, carece de facultades para incluir acreedores que carecen oportunamente de documentación para insinuarse, tal es el caso de un acreedor involuntario. Aunque dicho acreedor pueda ingresar al proceso aun dentro de los seis meses de obtenida la sentencia —conforme artículo 56, párrafo VI, LCQ— dispone la regulación que dicho pedido no es tardío.

III.- De las modalidades de ingreso al pasivo y diferencias con la conformación del capital computable

Nuestra regulación concursal establece claramente las distintas formas de acceder para integrar el pasivo falencial.

La primera se encuentra en el artículo 16 LCQ, que regula el pronto pago para aquellos acreedores laborales informados por el síndico —en su informe del artículo 14, inciso 11, a y b—, quienes no deberán efectuar la verificación de su crédito³⁰⁵ conforme lo dispone el artículo 32 LCQ.

Una vez declarada la admisibilidad de aquellos acreedores concurrentes tempestivos, se incorporan a la masa falencial pasiva. Los que fueron declarados inadmisibles pueden revisar —art. 37 LCQ— e incorporarse eventualmente a la masa.

³⁰⁵ Otros acreedores que gozan también de la prioridad en el cobro anticipado son aquellos que por sus circunstancias particulares requieren aplicar el crédito a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitirían demoras. Estos últimos gozarán del beneficio de cobro prioritario si fuera autorizada por el juez. En Correo Argentino SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación por Segura Carlos”, el magistrado otorgó pronto pago a un crédito por honorarios profesionales a un abogado por costas de origen laboral para afrontar una intervención quirúrgica, toda vez que el peticionante letrado demostró que se encontraba gravemente enfermo. El fundamento legal de esta excepción se encuentra en el art. 16 *in fine*, que permite extender el trato del pronto pago laboral a situaciones urgentes que no admitan demora.

Los acreedores que no han sido concurrentes tempestivamente dispondrán de un plazo de dos años contados a partir del pedido de concurso preventivo por el deudor para iniciar un incidente de verificación tardía.

Este plazo se extiende para aquellos acreedores que hayan estado tramitando juicios de conocimiento de sus créditos en otros fueros o jurisdicciones, por seis meses desde que la sentencia favorable haya quedado firme o consentida. Dentro de esta categoría generalmente se encuentran los acreedores involuntarios no tempestivos.

Si bien todos estos acreedores integran el pasivo verificado y, salvo que tengan privilegio, estarán afectados por el acuerdo homologado, solamente los del punto dos –art. 36 LCQ– conformarán el capital computable a los fines de la votación del acuerdo preventivo (excepto los excluidos para otorgar la conformidad).

¿Cómo resuelve la regulación, el acceso al procedimiento a aquellos acreedores que no poseen título suficiente para presentarse tempestivamente a verificar su crédito y tener salvaguardado su derecho político y patrimonial?

IV.- Las mayorías legales irreales

Hemos explicado cómo se consolida la masa votante teniendo presentes las exclusiones legales descriptas relacionadas con esta temática. La propuesta realizada por el deudor y homologada se impone a la minoría no votante y a aquellos acreedores que con posterioridad al dictado de la resolución del artículo 36 LCQ se incorporan al pasivo concursal (arts. 20, 56, 59 LCQ).

Es importante tener presente que, a veces, esos acreedores que se agregarán a la masa pasiva pueden llegar a representar la mayoría pasiva. De tal manera que la mayoría votante podría ser un porcentaje muy menor del pasivo –por ej., el 10%–.

Esto puede generarse por razones ajenas o puede ser provocado por el deudor al que el sistema le habilita dicha acción. En este caso, la existencia de un litigio en trámite contra el deudor de un considerable valor (ej. juicio por daños, accidentes) sería un incentivo para la presentación del deudor en concurso preventivo, abusando de la figura concursal, para fingir una insolvencia y lograr una imposición concordataria que luego será oponible a ese acreedor, aún imposibilitado de insinuarse o votar³⁰⁶.

Otro caso de manipulación de la masa votante, que influye en la representatividad de esta y no relacionado con el acreedor involuntario, se

306 Caso Vilar Manuel Jorge s/Concurso Preventivo (Expte. 85654.04), CNCo Sala C 28/9/09.

genera cuando el deudor, mediante la impugnación de créditos genuinos, puede lograr que haciendo lugar a la observación se impida al acreedor participar de la votación. Todo ello por la necesidad de obtener certeza para determinar la legitimidad de un crédito, se opte por no incluir ese crédito (quizá el mayor en capital del pasivo concursal) en la resolución verificatoria del artículo 36 LCQ.

V.- El gran problema en el cómputo de las mayorías³⁰⁷

Mis consideraciones con las reales “minorías” y la tentación a cometer abuso del derecho o fraude a la ley se refieren a que toda vez que en la masa de acreedores que otorgan la conformidad son aquellos que se encuentran en la resolución del artículo 36 que les declara verificado el crédito y el privilegio, quedan excluidos de votar los siguientes:

- a) aquellos que han sido declarados inadmisibles por resolución del artículo 36 LCQ, aunque en la revisión se les haga lugar a su crédito;
- b) aquellos que no se han presentado tempestivamente ante la sindicatura, iniciando un incidente de verificación tardía, aunque con posterioridad se les haga lugar a la verificación. Sin embargo, en la ley el artículo 56, párrafo sexto, no los considera tardío, pero tampoco autoriza a emitir la conformidad.

De aquí que el pasivo concursal con derecho a voto pueda no ser relevante frente al total de la masa concursal pasiva.

Es común que en un concurso preventivo en el que tengamos acreedores inadmisibles incorporados a la masa en la revisión, o tardíos, como podría ser un involuntario extemporáneo, al incorporarse a la masa falimental pasiva, se observe que el pasivo con derecho a voto podría ser minoritario con respecto al pasivo total afectado por el acuerdo. Así, la mayoría legitimada para imponer el acuerdo a la totalidad del pasivo se transforma en minoría.

Nos preguntamos, ¿la legitimación de la minoría puede ser impuesta? ¿Debería existir al momento de la homologación un control judicial sobre la

307 Ejercitemos un escenario posible: en un concurso preventivo, en la resolución del art. 36 LCQ, solo el 10% de los acreedores son verificados o declarados admisibles. De esa forma, si solamente el 7% del pasivo total otorga la conformidad, se le impone el acuerdo al otro 93% no votante. Entonces nos preguntamos cuánto estaría dispuesto el concursado a invertir en obtener ese 7%. ¿Es representativa esta mayoría? ¿En qué legitima esa imposición minoritaria a la mayoría de acreedores?

mayoría votante con relación al pasivo total, incluidos los potenciales acreedores? Y, por último, ante detección jurisdiccional de esta mayoría irreal que se impone, ¿qué puede hacer el magistrado?

Creo que una propuesta *de lege ferenda* es excluir a acreedores determinados, como por ejemplo los acreedores involuntarios que por razones ajenas a su voluntad, como ser el estrecho plazo para insinuarse, o no contar tempestivamente con la documentación necesaria para concurrir a verificar su crédito, es excluirlos de los efectos patrimoniales homologatorios³⁰⁸.

VI.- Conclusión

Nuestra legislación concursal no brinda herramientas suficientes para que un acreedor involuntario pueda hacer valer sus derechos patrimoniales tempestivamente en el proceso, y tampoco surge de nuestra legislación la posibilidad de excluirlos del alcance de los efectos patrimoniales de un acuerdo homologado.

Esta situación, además, impide que puedan utilizarse herramientas —que sí las tendría si hubiera concurrido tempestivamente— como impugnaciones o nulidades al acuerdo homologado y genera una situación de inequidad que torna vulnerable a estos.

308 Alguna jurisprudencia en este sentido va tomando fuerza, y se encuentra orientada a otorgarle preferencia de cobro (caso de concurso preventivo). Un ejemplo es el caso González Feliciano, en el que se dispuso el pago en un plazo mucho menor al homologado en la propuesta realizada por el deudor, teniendo en cuenta la avanzada edad de la acreedora. Nótese que el decisorio se apartó de la normativa concursal que no establece pautas para una decisión equitativa en los casos como el citado.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

GIMÉNEZ, Sofía I. y SÁNCHEZ, Noelia S.

I.- La conceptualización del abuso del derecho y el fraude a la ley. Pautas de homologación

1. Aspectos Generales. Recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación

El principio general del abuso del derecho ha sido consagrado por todos los ordenamientos jurídicos del mundo, sea en forma expresa o implícita, con un criterio amplio o restrictivo³⁰⁹. En nuestro ordenamiento jurídico, fue receptado en el artículo 1.071 Código de Vélez modificado por la ley 17.711 y en los artículos 9 y 10 CCyC.

En primer término, cabe resaltar que ambos artículos están presentes en el Título Preliminar, como directrices fundamentales de todo el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 9 CCyC recepta el principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano, que es el de la buena fe, mientras que el artículo 10 CCyC prevé la regla del abuso del derecho y fija una doble directiva para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho: contraría los fines del ordenamiento jurídico (criterio finalista o funcional); y exceda los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres.

Por su parte, el artículo 12 CCyC consagra el concepto de orden público y fraude a la ley.

Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto: *“Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, contratos y los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado”*³¹⁰.

309 Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M.: “El Abuso del Derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101. citado en Ranea Roberto G. Loutayf “Abuso del derecho”, publicado en *Revista Jurisprudencia Argentina* 2015 Tomo II.

310 http://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Anteproyecto_CCCN_2012_fundamentos.pdf, p. 17.

Se ha definido al abuso del derecho como el ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure, se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable con afectación de los derechos de otros³¹¹.

Ambos supuestos deberán ser interpretados en cada caso en concreto y en forma dinámica, pues lo que puede ser abusivo en un determinado caso, o bien en un determinado tiempo, puede no serlo en otro. El nuevo precepto del artículo 10 CCyC posibilita una interpretación evolutiva, que comprende también los fines sociales del ordenamiento (art. 2 CCyC).

A su turno, el artículo 12 CCyC contiene dos conceptos vinculados: orden público y la regulación del fraude a la ley imperativa. En el primer párrafo, prevé el orden público como límite a la autonomía de la voluntad. Ahora bien, el concepto de orden público —como siempre hemos estudiado— es variable, dinámico, evolutivo, mutable, no puede estudiarse en forma estancada y comprende aquellos preceptos inderogables, imperativos, indisponibles de un determinado momento en el funcionamiento de la sociedad³¹².

Por su parte, el fraude a la ley se trata de un determinado acto, realizado bajo la cobertura legal de una norma, pero destinado a evitar o burlar la prohibición establecida por otra, de carácter imperativo. El fraude a la ley no se materializa mediante ninguna inobservancia o incumplimiento de unas normas jurídicas, sino todo lo contrario, el fraude es tal porque en apariencia es ajustado a derecho. Es decir, hay negocio de fraude cuando las partes pretenden alcanzar la finalidad de un negocio prohibido por la ley con la ayuda de otro que no está expresamente prohibido.

El fraude a la ley y el abuso del derecho tienen su punto de encuentro en tanto el fraude a la ley genera una reacción del derecho contra un abuso de la función instrumental de un negocio concreto cuando a este se lo hace servir para una ilicitud indirecta. Si bien ambos conceptos se diferencian entre sí y tienen características propias, muchas veces actúan en forma conjunta, pues se suele recurrir al fraude a la ley para imponer un acuerdo abusivo.

Igualmente, debe quedar en claro que en el abuso del derecho no se quebranta la norma jurídica, sino que la ilicitud sucede cuando se contrarían los fines que se tuvieron en cuenta al reconocer el derecho del que se abusa o se exceden de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; mientras que en el fraude a la ley, para evitar la aplicación de una norma jurídica, una persona se ampara en otra

311 Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, Tomo I, 2015, p. 38.

312 Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *ob. cit.*, p. 42.

que le sirve de cobertura para evitar la prohibición o la obligación que le imponía la norma vulnerada.

2. Recepción en el ámbito concursal

El artículo 52 inciso 4 LCQ prevé expresamente: “*En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”. Más allá de la redacción del artículo 51 LCQ: “*Si la juzga improcedente, debe proceder a la homologación del acuerdo*” y el inciso 1 del artículo 52 LCQ: “*Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla*”; sabido es que el juez no debe necesariamente homologar una propuesta que ha obtenido las mayorías previstas por el ordenamiento, sino que deberá hacerlo si considera que además se encuentran reunidos los requisitos. Incluso, se encuentra compelido a no homologar un acuerdo abusivo o fraudulento.

La norma del artículo 52 LCQ contiene dos aspectos diferenciados del abuso del derecho, por un lado, regula el contenido de la propuesta del deudor en cuanto a que no puede exceder los límites de un ejercicio regular de la facultad concordataria; por otro, prevé la facultad superhomologatoria del *crawdown power* y tiende a evitar el abuso de los acreedores³¹³.

La actual redacción de la ley de concursos —a partir de la 25.589— no solo cambia el “deber” de homologar ante la falta de impugnaciones del acuerdo por el de “pronunciarse sobre la homologación”, sino que veda al juez la posibilidad de homologar propuestas “abusivas o en fraude a la ley” (art. 52, inc. 4, LCQ), y restituye de tal modo al juez concursal el control de mérito del acuerdo y es el responsable de equilibrar los derechos de los acreedores, del deudor, la conservación de la empresa y la necesaria preeminencia de la buena fe en las relaciones involucradas³¹⁴.

En el caso de acuerdo abusivo, el derecho del que se abusa o se extralimita el deudor es aquel que le concede la ley de concursos a que se libere parcialmente de sus obligaciones mediante la propuesta de quitas o remisiones de sus deudas. Es decir, el derecho legitima y legaliza al obligado al pago a que en situaciones críticas —como es el concurso preventivo— pueda abonar menos de lo que debe, pero sin excederse de lo “justo”, lo “razonable” o el “esfuerzo compartido para los acreedores”, pues en tal caso será abusivo.

313 Junyent Bas, Francisco, “Las facultades del juez concursal. Artículo 52 de la Ley de Concursos Quiebras” publicado en *Summa Concursal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 2074-2075.

314 Jalom, Débora R. “El activismo judicial y las facultades homologatorias del juez concursal” publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*; *Insolvencia I*. 2019-2, pp. 201-236.

Y entendemos que el ‘test de abusividad’ no dependerá de la voluntad conformada por los acreedores, pues podría suceder que aun cuando la totalidad de los acreedores hubieren consentido la propuesta, igualmente podría ser injusto y no debería homologarse, pues otros acreedores podrían verse sometidos a tal propuesta, como ser los acreedores con incidentes de revisión pendientes de resolución, incidentes de verificación tardía, juicios de conocimiento en trámite, a quienes se les impondrá el acuerdo y, por ende, pasibles de ser afectados por los términos del acuerdo homologado en el que no participaron³¹⁵.

Pugnan así la libre disponibilidad de los derechos patrimoniales, por un lado, y la custodia jurisdiccional de ciertos parámetros ineludibles, como es la ponderación de los términos de un acuerdo en el marco de un proceso colectivo y universal, como el concurso preventivo y su adecuación a los términos de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10 CCyC)³¹⁶.

Vale decir entonces que el dilema, al momento de decidir sobre el abuso del derecho y homologar o no la propuesta de acuerdo, surge de conciliar la tensión generada por las finalidades de la ley de concursos, tratando de conjugar los intereses en juego del modo más justo posible, en tanto el interés del deudor y a la vez social de que continúe funcionando la empresa que explota, como el interés de los acreedores dirigido a la percepción de sus créditos; pretensión que, por supuesto, se presenta harto dificultosa³¹⁷.

Por imperativo legal, el juez interviniente deberá ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (art. 10 CCyC *in fine*), pero la doctrina insiste en que se trata de un remedio excepcional, de allí la necesidad de que los jueces hagan un uso restrictivo del instituto.

Ahora nos preguntamos si existen parámetros legales para mensurar el abuso del derecho. La ley concursal establece en el artículo 52, inciso “b”, cuarto párrafo, que toda propuesta debe ser superior al ‘dividendo de liquidación’, pero este único parámetro se presenta como insuficiente para habilitar la homologación del acuerdo.

Casadío Martínez³¹⁸ ha sistematizado metodológicamente pautas para diferenciar los acuerdos homologables de las propuestas abusivas. Para

315 Verón, Alberto V., “La no homologación de un concordato preventivo”, en LL 27/06/2012, p. 9.

316 Esparza, Gustavo A.; Figuerola, Melchor E., “Quiebra indirecta”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, 2014, p. 910.

317 Jalom, Débora R., *ob. cit.*

318 Casadío Martínez, Claudio A., “Propuesta concordataria: el “test de abusividad” y el síndico (un modelo de construcción)”, DSC 255-122.

ello, se tiene en cuenta la justificación de la propuesta en relación a la factibilidad de cumplimiento, el porcentaje de la quita real en relación con el valor actual del acuerdo y con el eventual dividendo falencial; siempre teniendo en cuenta el valor social de la empresa. Asimismo, también analiza pautas para el fraude a la ley, considerando la categorización de acreedores y la propuesta en sí misma, analizando la existencia de cesiones de crédito o pagos para subrogación o supuestos de renuncia de privilegios.

II.- Naturaleza del acuerdo preventivo frente al Código Civil y Comercial

Se ha ubicado al acuerdo dentro del marco de los negocios jurídicos (art. 259 CCyC), haciendo aplicable a él todas las normas y principios de la autonomía de la voluntad contenidos en el derecho común, especialmente los artículos 10 y 279 CCyC. Siendo tales reglas indisponibles para las partes, el juez deberá ponderarlos al homologar el acuerdo³¹⁹. Botteri³²⁰ plantea que la redacción amplia del artículo 957 CCyC permite incluir a los acuerdos concursales a la matriz contractual, ya que los acuerdos que se alcanzan en los concursos son actos jurídicos que tienen por objeto crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, por más concursal que sea el acto y se encuentre aún regulado por normas de orden público, pero con libertad en cuanto a sus contenidos dentro de las reglas establecidas.

Si bien sostenemos la naturaleza jurídica de contrato, es dable puntualizar que en materia concursal adquirirá ciertos matices, por ejemplo, no será necesaria la equivalencia de las prestaciones, toda vez que el deudor está habilitado —entre otras opciones— a realizar quitas y esperas razonables a sus acreedores (art. 43 LCQ).

Por ser un contrato extensible incluso a quienes no prestaron expresa conformidad, resulta ser *prima facie* invariable y plurilateral. Es invariable porque el concursado no puede, bajo pena de nulidad, conceder individualmente a ciertos acreedores comprendidos mejores beneficios que los acordados a su categoría (art. 56 de la LCQ); ya que su cumplimiento debe ser estricto y porque no se accede al procedimiento que habilita este tipo de acuerdos, sin haber transcurrido un plazo legal a partir del cumplimiento que supone su completa extinción, conforme lo establece el artículo 59 de la LCQ. Sin embargo, no puede soslayarse que estas características propias del acuerdo homologado, hoy con la

319 Graziabile, Darío J “Instituciones de Derecho Concursal” Buenos Aires, Ed. La Ley, Tomo III, 2018, p. 277.

320 Botteri (h) José D, “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos, y la integración entre el Código Civil y Comercial y la Ley de Concursos y Quiebras”, LL, 08/06/2016 p. 3.

crisis provocada por la pandemia (COVID 19) para miles y miles de sujetos concursados, se han puesto en jaque. Ello así, pues se ha establecido la posibilidad de reproponer el plan una vez homologado, es decir, modificarlo y rehomologarlo con las mismas mayorías o agravadas, lo que se ha denominado *el reconcurso*³²¹.

III.- Nuestra propuesta

Al considerar al acuerdo preventivo un contrato, le resultan aplicables normas de interpretación e integración típicamente contractuales (predisposición de cláusulas, arts. 984 y ss. del CCyC), criterios de prelación normativa y de integración (arts. 963 y 964 del CCC) y las normas y doctrina general en materia de vicios de actos jurídicos contractuales plurilaterales³²², por lo que la falta de conocimiento por parte de los acreedores sobre las reales o aproximadas posibilidades potenciales del patrimonio del deudor para cumplir, dentro de situaciones normales con lo pactado, puede llevar a que el consentimiento otorgado al prestar su conformidad se encuentre viciado por error (art. 267, inc. “d”, CCyC). Ello así, ya que el error esencial y de hecho recaería sobre el motivo personal/interno que tuvo en miras el acreedor, el cual es el recupero de su crédito a través de las cuotas concordatarias que, de haber conocido sobre la verdadera capacidad del deudor, no lo hubiera otorgado. En estas condiciones, podría darse el supuesto de nulidad del concordato. Entonces, si es aconsejable que los acreedores no voten erróneamente el concordato, mayor razón asiste que el juez al momento de decidir sobre la homologación cuente con la mayor información posible.

En este sentido, sostenemos que es de vital importancia la realización del plan de empresa, que posibilite primero a los acreedores analizar el plan de cumplimiento, su conveniencia, el esfuerzo del deudor y luego al juez, que le brinde herramientas para dilucidar la seriedad de la propuesta realizada. Así las cosas, pregonamos la vuelta del derogado inciso 6 del artículo 40 de la ley 19.551 correspondiente al informe general en el cual el síndico debía expedirse “*sobre la posibilidad de cumplimiento de la propuesta de acuerdo y si ella es susceptible de mejoras*”.

De tal modo, creemos conveniente que, al dictar la resolución del artículo 42 LCQ (a partir de cuya notificación comienza a correr el período de exclusividad para que el deudor formule propuestas), el tribunal ordene al concursado —máxime en el caso de personas jurídicas— cumplir con el requisito de presentar con las diferentes propuestas un plan de negocios lo más detallado posible —dentro del régimen de administración del

321 Cfr. Barreiro, Marcelo; “Procesos de Insolvencia en la Pandemia. La agenda imprescindible”, enviado por *e-mail*.

322 Botteri (h) José D, *op cit.* p. 3.

art. 45 LCQ— en el que justifique la oferta y que contenga como mínimo una proyección de ingresos y egresos, utilizando para ello parámetros objetivos debidamente fundados. Presentado el plan, se correría vista a la sindicatura a fin de que exprese su opinión sobre la seriedad del plan de negocios y su viabilidad. Por el contrario, si el concursado no cumpliera con lo ordenado por el juez, como director del proceso (art. 274 LCQ), podría otorgar un plazo prudencial para la readecuación de la propuesta. Y si no cumpliera con la manda, el juez podría ponderar dicha actitud como indicio para considerar un acuerdo abusivo o, por lo menos, como falta de colaboración (art. 17 LCQ) y separarlo de la administración de los negocios.

Como se puede notar, más allá de la conformidad expresa de los acreedores, se exige que el juez se compenetre en cuál es la verdadera situación patrimonial de la empresa concursada y de la situación económica que atraviesa, para poder valorar si se cumplen o no las finalidades del concurso preventivo. En definitiva, el criterio de valoración para determinar si la propuesta es abusiva debe guardar directa relación con las posibilidades económicas del concursado.

IV.- Conclusiones

En definitiva, el juez concursal al homologar el acuerdo deberá evaluar el lado económico de la propuesta, como un operador de un sistema de control social y como custodio del orden jurídico en general, en resguardo de la equidad, la moral, las buenas costumbres, y evitar el abuso de derechos. Para ello, creemos que sería de vital importancia que el concursado —fundamentalmente empresario o persona jurídica— presente el plan de empresa o justificación de la propuesta, a fin de brindar información tanto a los acreedores a la hora de dar su conformidad, como al juez a la hora de analizar el acuerdo, ejerciendo de manera regular su facultad concordataria respetando el principio de buena fe y la finalidad económico-social del concurso. De tal modo, la justificación de la propuesta posibilitará analizar el punto de equilibrio actual del acuerdo y el punto de equilibrio luego de la homologación, para lo cual a los costos fijos se le sumarán las cuotas concordatarias. Ello, siempre debiendo analizarse las variantes que la concursada debe modificar para mantenerse sobre el punto de equilibrio. A partir de ello, se podría conocer lo que realmente el concursado puede pagar y así analizar si el acuerdo arribado se da en un marco de “esfuerzo compartido”³²³.

323 Graziabile, Darío J.; “Instituciones de Derecho Concursal”, *ob. cit.*, p. 287.

HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO. PROPUESTA ABUSIVA. INSUFICIENCIA DEL MÉRITO DE LA QUITA Y ESPERA COMO ÚNICO FACTOR DE ATRIBUCIÓN. ACTUACIÓN DE LA SINDICATURA

STOLKINER, Martín Alejandro

Ponencia

Si bien corresponde al juez del concurso la valoración del acuerdo preventivo a la luz de los principios generales del derecho, evitando que la homologación del mismo se convierta en un abuso del derecho del deudor, no puede pasarse por alto que la facultad revisoria del magistrado es de carácter excepcional, ya que si el deudor ha reunido las conformidades necesarias para la aprobación, debe primar la voluntad de quienes la manifestaron, y solo en aquellos casos en los cuales la homologación solicitada pudiera derivar en una burla a la ley, y a los propios acreedores, el juez debería echar mano a esta potestad y denegar la homologación.

Dada la derogación del mínimo previsto por el artículo 43, tercer párrafo de la ley (que establecía el límite de quita), en principio, la magnitud de la quita o de la espera no puede ser dirimente por sí misma para configurar el abuso, se debe atender a la totalidad de la situación de la cesante y sus acreedores.

No existen pautas “objetivas” que permitan fijar como abusivo un numeral u otro. Ello quedará librado al prudente arbitrio del juez. Este no puede “regatear” mentalmente para determinar si un punto más de interés o un año menos de espera hacen cesar el abuso intuido, o si se rinde acriticamente a lo que su sensibilidad percibe como abuso.

En tal orden, resulta imprescindible que el juez cuente con el apoyo de la sindicatura previo a resolver la no homologación de un acuerdo preventivo por considerar abusiva la propuesta traída, particularmente en lo que hace a la propuesta con relación al giro de los negocios de la cesante, las consecuencias sociales y económicas de la misma, el deterioro patrimonial esperado de los acreedores, etc.

El síndico contador público, a partir de su formación curricular, es quien más capacitado se encuentra para la utilización de una diversidad de técnicas y procedimientos que le permiten esclarecer la real situación económico-financiera de una organización, como también proyectar la misma hacia el futuro.

Así, cada caso debe ser considerado en forma individual. La formulación de hipótesis y lineamientos generales para la determinación de la abusividad de una propuesta no resulta posible ante la diversidad de las mismas, como sus destinatarios.

I.- La arbitrariedad en la fijación de topes de quita y/o espera como elemento configurativo del abuso

A la luz de la sanción de las leyes 25.563 y 25.589, con la incorporación del inciso 4 de al artículo 52 de la LCQ, las facultades homologatorias del juez han recobrado notable importancia, ya que el legislador reconoció expresamente la facultad revisora del magistrado en cuanto a denegar la homologación del concordato si entendiera que el acuerdo arribado no se ajusta a derecho.

La facilidad revisoria del magistrado es de carácter excepcional. Si el deudor ha reunido las conformidades para la aprobación, debe primar la voluntad de quienes la manifestaron. Y solo en aquellos casos en los cuales la homologación solicitada pudiera derivar en una burla a la ley y a los propios acreedores, el juez debería echar mano a esta potestad y denegar la homologación.

Resulta sumamente complejo —en la mayoría de los casos— determinar si la propuesta en cuestión resulta abusiva y, como tal, sujeta a las disposiciones del inciso 4 del artículo 52.

Ya de antaño, y durante la vigencia de la ley 11.719, se había dicho: “La ley no pone límite a la quita que se proponga y solo hace influir la cuantía de esta en las mayores o menores exigencias que tiene para considerar aceptado el concordato en la junta”³²⁴. Disponía la citada norma (art. 40) que aunque no se hubiera deducido oposición al concordato, el juez negará su aprobación si considerase existentes alguna o algunas de las circunstancias que servían para la impugnación del concordato o que las bases aceptadas por la mayoría resulten notoriamente gravosas para el interés general.

324 Malagarriga, C.C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, Tomo IV, Pág. 205.

El artículo 61 de la ley 19.551, ya instaurado el límite de quita en el 60% del capital, establecía que el juez debía pronunciarse respecto de la homologación del acuerdo, valorando su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general, su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y protección del crédito, las posibilidades de cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para cumplirlo, y si el deudor es merecedor de la solución preventiva. El interés público imponía que el juez, aun de oficio, tomara la iniciativa e indagara el conocimiento seguro de las conveniencias y oportunidad del acuerdo, además de las formas legales³²⁵.

Dada la derogación del límite de quita previsto en la redacción original de la ley 24.522, en principio, la magnitud de la quita o de la espera no puede ser dirimente, por sí misma, para configurar el abuso, debe atenderse a la totalidad de la situación de la cesante y sus acreedores.

Yadarola levantó su voz contra los concordatos irrisorios señalando que el mismo no dejará de ser el medio de despojar a los acreedores, sino cuando se asegure eficazmente su cumplimiento dentro de un porcentaje mínimo prudencial. Por el contrario, Castillo en la exposición de motivos del anteproyecto de ley 11.719 sostuvo que no creía necesario fijar un mínimo de porcentaje, ya que dado el sistema de verificación de créditos admitidos por la ley, se alejaba la posibilidad de que el deudor simulara créditos, por lo que los concordatos irrisorios podían evitarse alejando la posibilidad de que el deudor simule créditos o se ponga en connivencia con algunos acreedores para imponerlos.

Decía Cámara que el 40% puede ser un porcentaje posible y muy satisfactorio en unos casos y, en cambio, resultaba inaceptable por su exigüidad en otros. Imposibilitar el concordato en que no pueda alcanzarse el pago del 40% podía ser un rigor inmerecido para el deudor y un perjuicio para los acreedores, que se verían tal vez obligados a una liquidación judicial más ruinosa que el concordato³²⁶.

Como se advierte, no hay pautas “objetivas” que permitan fijar como abusivo un numeral u otro. Ello quedará librado al prudente arbitrio del juez.

Habrán acreedores que consideren que una quita (aún del 1%) y una espera de seis meses contraria a la moral (al menos la propia). Habrán deudores que se aferrarán al principio de “conservación de la empresa” para justificar que, en la práctica, sus acreedores les regalen un *fresh start*.

325 Argeri, S., *La Quiebra y Demás Procesos Concursales*, Editorial Platense, Buenos Aires, 1972, Tomo I, pág. 368.

326 Cámara H., *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1989, Vol. II, pág. 832.

Afirmo y sostengo que el abuso en la propuesta de acuerdo no viene dado por la quita o espera que sufran las acreencias, sino por las desigualdades, inequidades o discriminación en que pueda incurrirse.

El primer requisito previsto por la ley concursal para la homologación de una propuesta es que el acuerdo sea igualitario dentro de cada categoría³²⁷. En *Argenfruit*³²⁸, Kemelmajer de Carlucci enseña: “En defecto de elección expresa, los disidentes nunca pueden recibir un pago o valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta”. La propuesta residual crea lo que Rivera denomina categoría de *acreedores cenicienta*, es decir, la de aquellos que no formaron parte de las mayorías computables para el acuerdo y que son agrupados en forma irrazonable por el deudor y conminados a aceptar una propuesta de acuerdo preventivo que será por lo menos más gravosa que la del resto de los coacreedores.

Es decir, el “abuso” en la propuesta constituye un estándar legal que debe ser completado en cada caso particular por el intérprete. Puede provenir no solo de la propuesta en sí al resultar de la misma una expoliación de los derechos de los acreedores, sino de la forma en que se alcanzan las conformidades por la composición del universo de votantes, del resultado del acuerdo relacionado con el giro de los negocios de la cesante, de las diferencias que puedan resultar entre las distintas clases de acreedores, etc.

En otras palabras, la propuesta es “abusiva” cuando las condiciones y términos de ella han sido impuestas por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría, y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible para un equilibrio entre intereses antagónicos, tal como lo exige toda solución concursal preventiva.

En atención a la variedad de propuestas que pueden presentarse, para poder evaluarla como “abusiva”, el tribunal necesita contar con mayor información que la prevista por la ley, por lo que resulta conveniente requerirla no solo del propio deudor, sino también del síndico³²⁹, contador público, ello a los fines de desentrañar las implicancias y consecuencias económicas y financieras de cada caso.

327 Conf. Rivera, *Instituciones de derecho concursal*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, Tomo I. pág. 284.

328 Fallo “Argenfruit” del 24 de junio de 2003; publicada en Errepar, *Doctrina Societaria y Concursal*; Nro. 189, agosto 2003.

329 Conclusiones sobre el tema “El abuso en la propuesta de acuerdo preventivo”, realizada en la Universidad Notarial Argentina, Instituto de Derecho Comercial en la Reunión Académica del jueves 24 de abril de 2003 que tuvo como disertantes a los Dres. E. Daniel Truffat, Luis Porcelli y Osvaldo Maffia.

II.- La actuación del síndico en la determinación de la abusividad de la propuesta

Resulta imprescindible que el juez cuente con el apoyo de la sindicatura previo a resolver la no homologación de un acuerdo por considerar abusiva la propuesta traída, particularmente en lo que hace a la propuesta con relación al giro de los negocios de la cesante, las consecuencias sociales y económicas de la misma, el deterioro patrimonial esperado de los acreedores, etc.

El síndico contador público, a partir de su formación curricular, es quien se encuentra capacitado —utilizando una diversidad de técnicas y procedimientos— para esclarecer la real situación económica y financiera de una organización, como también proyectar la misma al futuro.

Es en tal carácter que el síndico deberá agudizar el análisis merituando debidamente las particularidades del caso, ello sin perder de vista el interés general y las consecuencias sociales y económicas que puedan resultar de la homologación o no de la propuesta en cuestión.

Es opinión del autor que el análisis de la sindicatura no debe versar —ni comprender— la posibilidad de cumplimiento del acuerdo sometido a homologación, las causas que provocaron la cesación de pagos ni si el deudor es merecedor de la solución preventiva, todos ellos tópicos incluidos en el artículo 61 de la derogada ley 19.551. Tampoco puede el análisis centrarse en el mero cáclulo aritmético, matemático y/o financiero de la magnitud o cuantía de la quita.

Por el contrario, sin pretender abarcar la totalidad del análisis, ya que cada caso ameritará una labor profesional diferenciada, los elementos a considerar para determinar la existencia de abuso serían los siguientes.

El plan de reorganización

Cuando se hubiese planteado, el plan de reorganización, aun cuando no sea requisito de la ley 24.522, importa una pauta que debe ser celosamente escudriñada por el síndico y por el juez, ya que del mismo surgirán elementos indiciarios respecto de la existencia de abuso en la propuesta.

El plan de reorganización es el elemento central de todo el *Chapter Eleven* de la Ley de Bancarrota³³⁰. La elaboración de un plan que describa los pasos que la concursada habrá de tomar para producir la reorganización de su empresa, permitiéndose así superar la crisis patrimonial en que

330 Lorente J.A., *Ley de Concursos y Quiebras*, Gowa Ediciones, Buenos Aires, 2000, Tomo 1. Pág. 462.

está envuelta. Dicho plan debe establecer con el mayor grado de detalle posible las relaciones comerciales y financieras del deudor con sus acreedores y con otras partes interesadas (trabajadores, clientes, consumidores, proveedores, etc.), además de relacionarse íntimamente con los porcentuales en que los créditos concursales serán satisfechos.

Perfilada como se encuentra, la figura del juez en el pleno ejercicio de sus facultades naturales y sumada la teoría del abuso del derecho en el ámbito concursal, ante el sacrificio impuesto a los acreedores, pocas dudas pueden quedar sobre la necesidad y la conveniencia de que el deudor recurra al concurso con un plan de saneamiento y una propuesta sostenida por la reorganización de la empresa, con parámetros claros sobre las posibilidades de cumplimiento.

Así, el síndico deberá evaluar dicho plan de negocios, ya que para determinar la existencia de “abuso” en la misma, no resulta indiferente si la deudora constituye una unidad económica susceptible de generar riquezas que justifiquen las condiciones del acuerdo.

Si bien no comparto que la empresa tenga un destino social ni que se halle al servicio de la comunidad, sí es innegable que su desaparición puede acarrear trastornos sociales, amén de las consecuencias dañosas que importa la extinción al transformar el valor de explotación, por otro muy inferior de liquidación, sacrificando importantes intereses particulares comprometidos y muchas veces en detrimento de la riqueza pública. El esfuerzo organizador del empresario, el trabajo del personal, los derechos sobre cosas materiales e inmateriales forman un todo al que se une algo imponderable, que resulta la actividad de todos los elementos que hacen que el conjunto deba ser considerado como un todo especial desde el punto de vista económico³³¹.

Flujo de fondos. Exceso de pérdida de los acreedores

Ya hemos expresado que como parámetro orientador resultaba trascendente lo dicho por Cámara al señalar que en la hipótesis que el concursado ofrezca pagar menos de lo que puede, el acuerdo lógicamente no podrá homologarse. El sacrificio de los acreedores solo puede ser exigido en aras de superar el estado de impotencia patrimonial de quien no paga no porque no quiera, sino porque no puede.

En tal sentido, resulta dirimente a la hora de la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo la relación existente entre el ofrecimiento aceptado por los acreedores y el flujo de fondos proyectado de la cesan-

331 Rodríguez, Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, México 1947, Tomo II, pág. 541, citado por Cámara.

te, ya que no cabe admitir una propuesta que implique pagos a los acreedores sensiblemente menores a las reales posibilidades de la concursada. De convalidarse tal hipótesis, al perjuicio sufrido por los acreedores ante la insolvencia del deudor se le sumaría un enriquecimiento –inmoral– a costa de incrementar las pérdidas de sus acreedores.

Debe entonces el síndico investigar si la propuesta se encuentra acorde a las concretas posibilidades de pago de la concursada.

Valores de realización. Perspectiva de cobro

Es ineludible para el síndico, a los fines de determinar la existencia de abuso en la propuesta de acuerdo sujeta a homologación, el análisis del eventual dividendo de liquidación en caso de quiebra, como también la consideración de los plazos de cobro de dicho dividendo.

Así deberá considerarse la existencia de créditos privilegiados cuyo asiento sea el grueso de los activos de la concursada o la mayoría de estos, y las acciones de recomposición patrimonial que pudieran *a priori* mejorar el potencial dividendo en caso de quiebra.

Acreedores que conformaron la mayoría

El análisis que desarrolla la sindicatura no puede prescindir de que al menos la mitad más uno de los acreedores (representativos del 66,66% del capital computable) han considerado “no abusiva” –es decir: ni contraria al espíritu legal ni a la moral y ni a las buenas costumbres– la propuesta que tiene en miras.

Resulta entonces que no podrá dejarse de lado la composición del pasivo que decidió sobre la propuesta. Si existen pocos o pocos significativos incidentes de revisión (por acreedores declarados inadmisibles o por coacreedores alzados contra la admisión de algún otro) necesariamente se deberá sentir el peso de la conformidad de los principales interesados: los acreedores (nadie es más celoso custodio de sus derechos que uno mismo). A la inversa, si el grueso de los acreedores no pudo participar de la decisión, o si participaron muchos sujetos que sus coacreedores reputan indignos de tal calidad, y su situación está pendiente de decisión jurisdiccional, podrá relativizar tales conformidades.

También debe ser una pauta complementaria, pero no dirimente las mayorías alcanzadas. Quien obtuvo el mínimo de conformidades igual es merecedor, en principio, de homologación; pero es evidente que el Magistrado encontrará más difícil hacer tabla rasa sin más con la voluntad de los acreedores cuando esté frente a mayorías abrumadoras.

El análisis de las mayorías con que se arriba al acuerdo debe ponderar si existe un tratamiento similar entre los acreedores (lo que no quiere significar identidad absoluta, sino evitar diferenciaciones que permitan presumir el abuso), evitando a través de la categorización y propuestas alternativas el aprovechamiento de situaciones de inferioridad económica y/o de posicionamiento ante el proceso concursal de algunos acreedores.

Vale citar un ejemplo: en el caso de que una categoría se componga de un solo acreedor verificado o admisible, existiendo un proceso de revisión de otro acreedor por un monto miles de veces superior que de resultar admitido integraría dicha categoría, ¿es aceptable la conformidad dada por el acreedor admisible con una propuesta de pago irrisoria? ¿Puede imponerse al revisionante aquella propuesta conformada únicamente por un acreedor (de su misma categoría) admitido por un monto insignificante?

Propuestas con otras modalidades

Ya se ha expuesto que la propuesta de acuerdo puede consistir no solamente en quita y/o espera, sino que puede involucrar dación en pago de bienes, constitución de sociedades, capitalización de deuda, emisión de acciones preferidas, obligaciones negociables, constitución de fideicomisos, etc.

En tal sentido, previamente a la homologación de una propuesta con las características apuntadas deberá descartarse la existencia de abuso, ya sea por limitaciones en el ejercicio de los derechos resultantes, como en el aniquilamiento de todo derecho creditorio contra la concursada.

En el caso de constitución de sociedad o capitalización de deuda, deberán meritarse los derechos resultantes de las acciones ordinarias y/o preferidas que se emitan (cantidad de votos, tipo de preferencia, etc.), el valor de cambio resultante entre cada peso de deuda y cada acción y si se prevén entonces primas de emisión, informando debidamente sobre el valor libro resultante de cada acción, garantizando por otro lado que los nuevos accionistas estarán en un pie de igualdad con los anteriores.

Finalmente, no podrá perderse de vista en el análisis la existencia o no de mercado secundario (cotización en bolsas y mercados) para la liquidación de los valores mobiliarios que se emitan, como la política de dividendos que pueda comprometerse, todo ello atento que las carencias que puedan verificarse en tales sentidos podrían implicar lisa y llanamente el aniquilamiento del crédito.

En definitiva, estas opciones solo pueden tener eficacia cuando la empresa sea recuperable y pueda proseguir con éxito su actividad, ofreciendo la posibilidad de obtención de dividendos a los accionistas, ya que de lo

contrario nos encontraríamos ante propuestas vacías de contenido real. Cambiar el crédito por acciones de una sociedad irremediadamente en crisis económica significa renunciar al crédito. Ello escapa a la deliberación de la mayoría³³².

Otros aspectos. Interés general

No pretendo agotar la totalidad de las cuestiones a abordar por el síndico al expedirse sobre la existencia de abuso en la propuesta, lo que resulta imposible por cuanto cada caso tendrá particularidades únicas que requerirán la plena capacidad del profesional, pero no pueden obviarse las siguientes circunstancias.

El **interés general**, que no debe contrariar las cláusulas del concordato, no es el de los acreedores —presentes, ausentes, disidentes, etc.—, sino el interés de la colectividad toda. No es lo mismo —en función del principio de la conservación de la empresa— la consideración del concordato de un deudor individual que el de una empresa en marcha eventualmente dadora de empleo para cientos de personas.

Debe tenerse presente la actividad que desarrolla la empresa, si es proveedora de servicios públicos imprescindibles, si se encuentra integrada vertical u horizontalmente con otras unidades económicas, si tiene características monopólicas u oligopólicas, las consecuencias sociales y de mercado que podrían producirse por la desaparición de la concursada, etc.

³³² Cámara, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1989, Vol. II, pág. 852.

ALGUNAS CUESTIONES DE LA RELACIÓN ENTRE EL ABUSO DEL DERECHO Y LA PROPUESTA DE ACUERDO

ESPARZA, Gustavo A. y FIGUEROLA, Melchor E.

Ponencia

La doctrina, pero en mucho mayor medida la jurisprudencia, se han referido en incontables ocasiones a la propuesta abusiva. Se han encargado de dar precisiones acerca de la forma en que debe ser apreciado y perfilado el abuso. Pero se confunde abuso con ilicitud, difícilmente se mencione el derecho del cual se abusa y raramente se le presta atención a los diferentes efectos legales previstos en los diversos cuerpos normativos: el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la ley 24.522. Por otra parte, el CCCN modificó la configuración en que el abuso del derecho estaba legislado en el artículo 1.071 del Código Civil (t.o. según ley 17.711), cambiando el concepto de la figura —según nuestra óptica— sustancialmente. Una correcta sistematización normativa implica que ambas normas, el artículo 10 del CCCN y el inciso 4 del artículo 52 de la ley 22.522 (t.o. según ley 25.589) operen coordinadas, ya que ambas tienen diversos efectos. El objeto de esta ponencia es, con las limitaciones del caso, exponer ordenadamente algunas cuestiones que surgen de la relación entre ambos cuerpos normativos.

I.- El abuso del derecho y la ilicitud

La doctrina del abuso del Derecho surge de las elaboraciones teóricas realizadas por Louis Josserand a principios del siglo xx en Francia.

Parte de la idea matriz de la relatividad de los derechos subjetivos que lleva a admitir “abusos en los derechos, aún en los más sagrados [...]” derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad

para con la víctima de esa desviación culpada”³³³.

Esta doctrina parte de la base de que un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo o con la juridicidad.

Esa es precisamente la base de la distinción con la ilicitud que es la violación flagrante, la fractura expuesta de una norma jurídica, distinción esta que, aunque evidente, ha pasado a veces desapercibida.

El abuso necesita de una investigación, de una interpretación, porque se trata del ejercicio de un derecho, que es precisamente lo contrario a la violación de una norma. La antijuridicidad se encuentra en un segundo plano, escondida, no visible a simple vista.

En el abuso del derecho no se quebranta la norma jurídica, sino que se contrarían los fines del ordenamiento jurídico o se exorbitan los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres (art. 10 CCyC). Esto indica que no hay, en principio, transgresión de ninguna regla, la norma se cumple, se abusa del derecho y el resultado de ese ejercicio es contrario al espíritu del ordenamiento. Esto impone una investigación casuista, con producción de pruebas, acreditación de perjuicios y demás ponderaciones del caso.

En este sentido, la Corte ha dicho: “Y es que, siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4 de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas”³³⁴.

La ilicitud es una transgresión lisa y llana, no se cumple la regla y se cruza el límite claramente trazado. Dasso lo explica con claridad: “Ilícitas por tanto son las acciones o comisiones producidas en contravención a lo expresamente prohibido u ordenado y por esto no difícil de objetivar. Abusivas en cambio son aquellas no prohibidas pero que la ‘ley no ampara’ por ello lábiles, e inevitablemente enmarcadas en las circunstancias de cada caso, referidas siempre a los principios de moral, orden público, buenas costumbres con marcada e inevitable carga subjetiva por ello más próximas a las dudas que a la certeza”³³⁵.

333 Josserand, Louis *Del abuso de los derechos y otros ensayos* p. 4 Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982.

334 CSJN 2007/15/03 “Arcangel Maggio SA s/ concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo s/ recurso de hecho” *Fallos* 330:834.

335 Dasso, Ariel “¿Adónde van los que no concurren?” *Diario La Ley* 2012-10-02 p. 7.

Por eso se ha sostenido que la antijuridicidad del abuso reviste carácter mediato, toda vez que debe encontrarse en los fines o la forma irregular en que se ejercita un determinado derecho y “nunca podrá encontrárselo mediante la comprobación de una violación objetiva de las conductas descriptas en las palabras de la ley”³³⁶.

Si bien excede el objeto de esta ponencia, bueno es señalar que el artículo 988 del CCC (“Cláusulas abusivas”) y los artículos 1.117 a 1.122 que integran el Capítulo 4 “Cláusulas abusivas”, Sección II, del Título III “Contratos de consumo”, merecen un profundo debate, ya que en mérito a lo expuesto, pareciera que en estos supuestos fue el legislador quién no ha sabido distinguir el abuso de la ilicitud.

II.- El derecho del que se abusa en el concurso preventivo

En la mayoría de los casos jurisprudenciales referidos a la cuestión de la “propuesta abusiva”, su descalificación y la no homologación del acuerdo que la conforma, que se leen en los repertorios de las publicaciones especializadas, rara vez se hace referencia al derecho del que el deudor abusa en ese caso.

El estado de cesación de pagos es el presupuesto objetivo para la apertura de los procesos concursales. En el preventivo, el ordenamiento le concede al sujeto la posibilidad de arribar a un acuerdo con sus acreedores.

Ese acuerdo necesariamente implica la prerrogativa del deudor del pago en defecto de sus obligaciones.

La posibilidad de que el pago en defecto sea cancelatorio de las obligaciones del deudor es un derecho del deudor cuyo estado de cesación de pagos ha sido controlado jurisdiccionalmente por un magistrado competente³³⁷. Ese y no otro es el derecho del que abusa el deudor cuando ofrece una propuesta abusiva a sus acreedores y estos la conforman.

Dice Porcelli: “Se admite que el deudor se libere parcialmente de sus obligaciones mediante la propuesta de *quitas o remisiones* de sus deudas. O sea que en situaciones críticas, el derecho legitima y legaliza al

³³⁶ Palmero, Juan Carlos “Régimen de exclusión de voto en los concursos” en AAVV *Dinámica judicial y acciones en las sociedades y los concursos* Advocatus, Córdoba 2007 pp. 300/01.

³³⁷ Para ampliar sobre estas ideas ver Porcelli, Luis *Régimen falencial* pp. 132 y ss. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010 y también “Impugnación del acuerdo” en Cámara, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 24.522 y sus modificatorias* 25.563 y 25.589. Director Martorell, Ernesto E. T. II ps. 335 y ss. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007. En esta última obra el autor dice p. 335: “Para que el cesante pueda obtener el consenso de sus acreedores se torna imprescindible un *contexto procedimental* que garantice el respeto de los derechos de todo tipo —tanto *procesales como de fondo*— para ambas partes, en el que el consentimiento de cada una sea manifestado con plenitud y sin vicios. Es función especializada del derecho concursal regular adecuadamente dicho contexto”.

obligado al pago, *en defecto* de lo legítimamente debido. Se estima que los acreedores han asumido ese riesgo, ínsito y previsible en la dación de crédito, de no ser satisfechos de manera íntegra, sino cobrar de menos o no cobrar”³³⁸.

Cabe concluir entonces que, para encontrar abuso del derecho en una propuesta de acuerdo preventivo, hay que analizar circunstanciada y casuísticamente si el uso que hace el deudor de este derecho no exorbita los fines del ordenamiento jurídico o los de la buena fe, la moral o las buenas costumbres (arg. art. 10 CCyC).

III.- Efectos del abuso en el Código de fondo y en el estatuto concursal

Tampoco se ha reparado con detalle que el Código de fondo y la ley concursal prevén diversas consecuencias para los casos de verificarse el abuso del derecho.

En efecto, de la lectura del artículo 10 CCyC se desprende que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

El estatuto concursal tiene otra solución totalmente distinta.

El artículo 52, inciso 4 t.o. por ley 25.589 dice: “*En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”.

Ello importa considerar que si no homologa la propuesta se imponen dos soluciones previstas por la ley:

1. la quiebra indirecta;
2. si el deudor califica se abre el procedimiento del artículo 48 LCQ, cuyo análisis excede esta ponencia.

También hay una solución pretoriana, la apertura de la tercera vía, cuyo análisis aquí nos excede, pero que a grandes rasgos es una imposición del magistrado para que el deudor purgue su propuesta del abuso que han descubierto, caso contrario incurrirá en las previsiones referidas del párrafo anterior.

³³⁸ Porcelli, Luis “Impugnación del acuerdo” *ob. cit.* p. 341.

IV.- Diferencias entre la norma derogada y la actual en el Código de fondo

Finalmente, y para concluir esta ponencia, destacamos las diferencias que aparecen manifiestas entre la redacción del artículo 1.071 del Código Civil (t.o. por ley 17.711) y la del artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La primera recae en su ubicación sistemática: el artículo 1.071 CC se encontraba en la Sección Segunda, Título VIII del Código: *De los actos ilícitos*. El artículo 10 del CCCN se encuentra en el Título Preliminar, Capítulo 3, *Ejercicio de los derechos*.

Ello importa un cambio estratégico de concepción de la norma, una forma diferente de interpretarla y, definitivamente, otra magnitud en su aplicación.

Los dos primeros párrafos en ambas normas son idénticos: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”.

Hasta ahí las coincidencias, el artículo 1.071 decía: “Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

La nueva norma del artículo 10 refiere: “Se considera tal el que contraríe los fines del ordenamiento jurídico o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

No creemos necesario explicar la sideral diferencia entre contrariar los fines de la norma que reconoce el derecho que los fines del ordenamiento jurídico en su totalidad. Es la misma diferencia que existe entre una norma y todo el ordenamiento. El Código Civil y Comercial regula asimismo el temperamento que debe adoptar el juez frente a un caso de abuso.

Hemos tratado de explicar en prieta síntesis la diferencia entre abuso e ilicitud, el derecho del que se abusa en el concurso preventivo, los diferentes efectos legales previstos en el código de fondo y la ley concursal y las diferencias incorporadas en el CCCN comparadas con el Código derogado.

¿DEBEMOS REVISAR EL CONCEPTO DE ABUSO?

VANNEY, Carlos E.

1. Introducción

Si a fines del año pasado en medio del brindis de año nuevo hubiéramos imaginado que el año 2020 era el indicado para una modificación al sistema de insolvencia argentino, tal vez hubiésemos pensado que, por la crisis económica que vendría por la recesión, el aumento del dólar o la inflación, podía ser oportuno plantear algunos retoques a la Ley de Concursos y Quiebras. E incluso tal vez también hubiéramos pensado que ya era hora de debatir y finalmente aprobar una ley especial para la insolvencia del consumidor sobreendeudado, tema que siempre ha sido tan conversado y debatido en jornadas, congresos o simples charlas con colegas, y que ha merecido múltiples artículos doctrinarios y varios proyectos de ley, algunos muy buenos y otros no tanto, que nunca llegaron a sancionarse, o pensar en nuevos procesos concursales para cada tipo de deudor, o modificar el sistema de recomposición patrimonial de la quiebra, o revisar el sistema sancionatorio del deudor.

Pero indudablemente hubiese sido necesario tener una mente como la de George Lucas o J.R.R. Tolkien, por citar a nuestros autores de universos de fantasía favoritos³³⁹, como para imaginar lo que nos deparaba el año 2020 y que continúa en el año 2021, con su pandemia mundial causada por el COVID-19, que fuera declarada por la Organización Mundial de la Salud el día 11 de marzo.

Esta situación crítica nos enfrenta a desafíos mucho mayores a la hora de repensar nuestro derecho concursal y nos coloca en la situación de tener que pensar no solo en reformas concursales —demoradas legislativamente, por cierto—, sino directamente en cómo enfrentar la insolvencia actual con las herramientas legales que tenemos. Entre esos temas que debemos repensar se encuentra la propuesta —o acuerdo— abusiva³⁴⁰.

339 Para mantener la paz en nuestra casa, debemos agregar a la preferida de la siguiente generación, J.K. Rowling.

340 Utilizamos el término *propuesta* y no *acuerdo* (por más que consideremos que lo que puede resultar abusivo es el acuerdo y no la propuesta) ya que *propuesta* es el término que utiliza el art. 52, inc. 4, de la LCQ: “4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

2. En la situación crítica actual cabe preguntarse: ¿qué propuesta puede ser hoy considerada abusiva?

No tenemos una respuesta cierta a esa pregunta. Si bien siempre el concepto de abuso en la propuesta dependió del criterio judicial y del momento en que esa propuesta fue formulada, creemos que debería modificarse el criterio de los jueces, permitiendo la homologación de propuestas que hasta hace poco tiempo no hubieran sido aprobadas.

El concepto de *abuso* en la propuesta se ha ido definiendo a través de varios pronunciamientos: “Multifacéticas las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de los créditos y plazos de espera”³⁴¹.

De ninguna manera proponemos un retorno al juez “cuenta porotos” que mencionaba el maestro Maffía³⁴², pero sí creemos necesario lograr una flexibilización del criterio de abuso. Por supuesto que el juez deberá mantener su facultad de rechazar “una propuesta abusiva o en fraude a la ley”³⁴³, como también la tenía incluso antes de la reforma legal de mayo de 2002 como director del proceso y como garante de la legalidad del mismo, pero deberá flexibilizar el criterio de abuso al momento de analizar y homologar una propuesta.

Una propuesta como la presentada en el concurso preventivo de la firma Arcángel Maggio SA³⁴⁴, que mereció el rechazo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por consistir en el pago —a valores actuales— del 12,39% de los créditos, tal vez en un futuro no muy lejano —y si la crisis económica global, y sobre todo nacional, se profundiza— pueda no ser considerada abusiva. No decimos que no lo sea, solo decimos que, dependiendo de la profundidad de la crisis, podría llegar a no serlo. Esperemos que la magnitud de la crisis no nos lleve a eso.

No estamos, en estos momentos de insolvencia generalizada, ante socios de una sociedad concursada que pretenden que el esfuerzo no sea compartido, sino que sea solo de los acreedores, contrariando esa máxima que sostiene que el concurso intenta satisfacer todos los intereses y no solo beneficiar a los socios³⁴⁵. Y no estamos frente a administradores

341 Martorell, Ernesto E., Director, *Tratado de Derecho Comercial, Tomo XI: Concursos y Quiebras*. Ed. LL, p. 289.

342 Maffía, Osvaldo J., *Manual de Concursos*, 1997, p. 8.

343 Art. 52, inc. 4, LCQ.

344 Autos “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”. Sentencia de la CSJN de fecha 15/03/2007.

345 Richard, Efraín Hugo. “El plan de empresa (o cómo asumir crisis tempestiva y extra-judicialmente)”, en *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, p. 217, Ed. Lerner, Córdoba 2008,

societarios incumplidores de su obligación de ser un “buen hombre de negocios”, sino frente a directores o gerentes que vieron de un día para otro paralizada la producción de las empresas que administran por un hecho extraño a ellos —la pandemia de COVID-19— y por decisión del Estado —la cuarentena—. Frente a esta realidad, muchas empresas solo podrán intentar lograr su continuidad a través de una solución concursal. Ni hablar de las que, directamente, bajaron su persiana. Si queremos que estas empresas vuelvan a producir, poco podremos exigirle a la hora de pagar sus deudas (además de flexibilizar los requisitos de presentación en concurso —art. 11 LCQ— respecto de los deudores que, por haber directamente cerrado³⁴⁶, no pudieron mantener su contabilidad al día).

Ya bastante difícil es producir en nuestro país, con costos laborales altísimos, con una carga tributaria asfixiante, muchas veces con sindicatos poco colaborativos y con una burocracia que dificulta la producción y comercialización, entre otros problemas a los que se enfrenta a diario el empresario argentino, como para agregarle hoy el cierre casi total de la actividad productiva.

Estamos en la actualidad y en los próximos meses frente a la posibilidad cierta de quiebra de miles de empresas. Las que aún no quebraron, sobre todo las pymes, en muchos casos, es porque directamente no judicializaron su insolvencia. Los parámetros utilizados en tiempos de normalidad no sirven en la situación actual, y deben hoy más que nunca priorizarse la conservación de la empresa y las fuentes de trabajo. Creemos que los jueces deberán considerar, si estas empresas deciden finalmente “salir de la clandestinidad” y concursarse, la realidad de su economía y la realidad de las propuestas de acuerdo que pudieran llegar a hacer, teniendo en mira estos dos objetivos al momento de decidir sobre su homologación.

Creemos que, lamentablemente, no es momento de priorizar la satisfacción de los acreedores, por lo que deberá homologarse el acuerdo, aunque esa satisfacción sea parcialmente negada³⁴⁷.

Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis, Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos Roberto Antoni Piossek y Ramón Vicente Nicastro.

346 Recordemos además que no cerraron por voluntad propia, sino que en la mayoría de los casos lo hicieron por imposición del Estado.

347 A pesar de lo resuelto por la CSJN en “Arcángel Maggio”, donde se sostuvo: “En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez, debe apreciar objetivamente si el deudor -en ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual, naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva”.

Lo que aquí proponemos no es una modificación legal (muy necesaria por cierto), sino un cambio de criterio judicial al interpretar un texto legal, ya que deberán los jueces analizar cuál será el mal menor al estimar cuál sería el monto que recibiría el acreedor en caso de que el deudor sea declarado en quiebra, dejando de lado otros aspectos que se analizan estos casos³⁴⁸, y poniendo también en la balanza el mantenimiento de la fuente de trabajo de los empleados de la concursada y la contribución de esa empresa a la economía nacional.

El tema del abuso es muy controvertido, ya que, si bien pueden existir algunas pautas —doctrinarias o jurisprudenciales—, depende exclusivamente del criterio judicial, de lo que opine un juez en un caso concreto, en un momento concreto y ante circunstancias concretas, por lo que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, con los riesgos que ello implica para los justiciables.

Como decía Maffia³⁴⁹, la palabra *abusiva* es un término “omniabarcativo”, por lo que todo cabe en él, dependiendo para su interpretación de lo que el magistrado opine que es justo. Es por eso que el análisis —y el criterio— variará según cada circunstancia³⁵⁰. Ha llegado el momento de poner en la balanza, al momento de analizar cada caso y sus circunstancias, la situación de crisis generalizada de insolvencia y la importancia que tiene para la economía del país —y como consecuencia de ello, para el bienestar de la población en general— en estos momentos tan particulares, la conservación de las empresas y las fuentes de trabajo, por sobre otras cuestiones.

Consideramos también que, atento la existencia de muchos antecedentes jurisprudenciales³⁵¹, es el momento de analizar la posibilidad de convertir la creación pretoriana de la tercera vía³⁵² en letra de la ley, estableciendo

348 La Cámara Nacional en lo Comercial ha considerado como pautas para determinar si una propuesta es o no abusiva, por ejemplo: “1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país”, CNCom Sala D, en autos “IIG.TOF. B.V. y otro c/ Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación”, sentencia del 19 de diciembre de 2014.

349 Conf. Maffia, Osvaldo en “La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589”, JA 2002-IV, p. 1.292, esp. p. 1.302.

350 Conf. Molina Sandoval, Carlos en “Facultades homologatorias del juez concursal y *cram-down power* en la ley 25.589”, RDPC, tomo 2002-3, p. 103, esp. p. 116.

351 Si bien también hay muchos antecedentes en contrario.

352 Tema profundamente analizado por Ariel Ángel Dasso en un excelente artículo titulado

expresamente que si el magistrado considera que la propuesta no puede ser homologada porque considera que es abusiva y que el concursado está en condiciones de mejorarla, debe otorgar a este —en un plazo breve, por cierto— la posibilidad de hacerlo³⁵³.

Otra solución, para conciliar la situación de la imposibilidad de homologación por considerar el magistrado que la propuesta es abusiva y la norma legal que ordena la apertura del procedimiento del salvataje, sería utilizar esa tercera vía solo en el caso de que nadie se inscribiera en el registro previsto en el punto 1 del artículo 48 de la LCQ, tal como propusiera —con condiciones— el profesor Hugo Richard³⁵⁴.

Deberíamos también considerar la posibilidad de que esa mejora de la propuesta a través de la “tercera vía” esté condicionada a la mejora de la rentabilidad de la empresa, por lo que los acreedores tendrían un interés directo en el éxito de la solución concursal y en el éxito del negocio futuro de su deudor.

Esta inclusión por vía legislativa de este instituto evitaría las sentencias contradictorias, los criterios erráticos de los jueces sobre su aplicación —y sus límites, su oportunidad, su forma, etcétera—, clarificando también la cuestión de la utilización de esta tercera vía en la alzada, lo que suma aún más confusión tanto al deudor como a los acreedores³⁵⁵. No nos extenderemos más en el tema de la tercera vía, ya que no es el objeto principal de este trabajo y es un tema controvertido que escapa a las limitaciones de extensión de esta ponencia.

“La propuesta abusiva, la ‘tercera vía’ o el color del cristal con que se mira. El mito del empresario inmortal”, publicado en la *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, LL año 2, N° 2, abril 2011, pp. 3 y ss.

353 La facultad del juez de no homologar pero tampoco decretar la quiebra —o habilitar el salvataje— fue claramente expuesta en autos “Argenfruit en Pedro López e Hijos SACIA s/ Concurso Preventivo”, sentencia del 24 de mayo de 2003, dictada por el STJ de Mendoza con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, donde sostuvo: “En el caso que un acreedor impugne la propuesta de acuerdo, la regla de que el juez si hace lugar a la impugnación, decreta la quiebra o dispone seguir el procedimiento de *cramdown* en los casos en que formalmente corresponda, y si no hace lugar a la impugnación, verifica que se den los otros presupuestos y homologa, no es absoluta”.

354 “Parecería aceptable aplicar la ‘tercera vía’ también en el caso que nadie se presentara para abrir la etapa, lo que —en caso contrario a esa solución judicial— impondría la declaración de quiebra. No dudamos que, en tales casos, deberá aplicarse en la modalidad de imposición de condiciones por el juez, que de no ser aceptadas por la sociedad deudora implicarán su quiebra”. Richard, Efraín Hugo, “La llamada tercera vía en concurso de sociedades: ¿Salvavidas o cobertura de abuso de derecho?”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Dir. Ricardo A. Nissen, Ed. Legis, 2014-1, año 15, p. 3.

355 Tal como fuera planteado por Lidia Vaiser en la ponencia titulada “La segunda instancia y la tercera vía”. (X Congreso de Derecho Concursal - VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”. Santa Fe, octubre de 2018 - Tomo II, El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra. Pág. 267).

Volviendo al tema del abuso, este cambio de criterio sobre lo que se considera abusivo en las propuestas tendría que estar acompañado también con un cambio del criterio recaudatorio de la AFIP, que debería dejar de considerar que la quita obtenida con la homologación de una propuesta concordataria debe tributar por ser considerada como un hecho imponible³⁵⁶. Pero para que ello ocurra debería modificarse el artículo 30 de la Reglamentación de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones —aprobado por decreto 1.344/1998— que regula las quitas concursales y su imputación en hasta cuatro periodos fiscales³⁵⁷.

Las empresas que logren superar la insolvencia causada por la crisis económica global del COVID-19 a duras penas podrán pagar la propuesta concordataria y claramente no habrán obtenido ganancias con esas propuestas, sino que solo habrán podido administrar la salida de la crisis. No es momento para aplicarles más impuestos, sino para acompañarlas en ese proceso de superación de la insolvencia.

3. Conclusiones

El concepto de propuesta abusiva fue desarrollado ampliamente por la jurisprudencia, y fue incluido en el texto legal expresamente en el artículo 52, inciso 4, de la LCQ.

Creemos que las pautas utilizadas por los jueces en los últimos años —prepandemia— a fin de calificar el acuerdo como abusivo o no deberán ser revisadas como consecuencia de la profunda crisis del 2020 y 2021, y adecuarlas a la realidad de la situación económica actual y de las empresas que no pudieron trabajar por orden del Estado durante varios meses del año 2020 y debieron cerrar sus puertas, en el caso de que esas empresas quieran volver al circuito productivo.

356 Esta cuestión fue largamente debatida tanto respecto del IVA como del Impuesto a las Ganancias. Ver al respecto: <https://www.adelaprat.com/2011/05/las-quitaa-concursales-y-su-tratamiento-en-el-impuesto-a-las-ganancias-y-en-el-iva/>

357 Dicha norma establece que: “...La ganancia neta proveniente de quitas definitivas de pasivos, originadas en la homologación de procesos concursales regidos por la Ley N° 24.522 y sus modificaciones, se podrá imputar proporcionalmente a los periodos fiscales en que venzan las cuotas concursales pactadas o, en cuotas iguales y consecutivas, en los CUATRO (4) periodos fiscales cuya fecha de cierre se produzca con posterioridad a la fecha de homologación definitiva, cuando este último plazo fuere menor.”

NECESIDAD DE IMPLEMENTAR HERRAMIENTAS A PARTIR DEL DERECHO VIGENTE PARA OBTENER LA REPOTENCIACIÓN DE LAS CUOTAS CONCORDATARIAS EMERGENTES DE UN ACUERDO YA HOMOLOGADO AL COMPÁS DE APLICAR A SUS MONTOS ALGUNA PAUTA ACTUALIZADORA POR LA DESVALORIZACIÓN DEL SIGNO MONETARIO

HOLAND, Mario D.

Reseña

En prácticamente todos los encuentros de este tipo en los que se trataron aspectos de una probable reforma concursal, se encaró la cuestión de la *reformulación de un acuerdo homologado* ante la imposibilidad de cumplimiento por el deudor. Y prácticamente nadie estuvo en desacuerdo.

Ahora hablamos de lo mismo, pero desde otro ángulo: evitar la pulverización del crédito y la insolvencia de los acreedores que se quedan sin recupero, corriendo el riesgo de ser trasladados a incómodas situaciones lindantes con su propio desequilibrio económico y financiero. Especialmente, si hablamos del cumplimiento de cuotas concordatarias con quitas, y fundamentalmente esperas, y en moneda nacional.

Desarrollo

Necesidad de establecer fórmulas de corrección frente a acuerdos ya homologados

El acuerdo preventivo ha sido catalogado por amplios sectores de la doctrina como una suerte de contrato que requiere para su vigencia una homologación judicial y que, en cuanto a su conformación, se aproxima a la fórmula del artículo 977 CCC. Para otros, simplemente establece un módulo de cumplimiento de obligaciones insolutas³⁵⁸.

358 Vitolo recalca que —efectivamente— se trataría de un contrato celebrado entre el deudor y una comunidad significativa de acreedores mediante el cual, en el curso de un proceso judicial reglado, acuerdan la reestructuración del pasivo quirografario falencial, acuerdo este que bajo la condición suspensiva de su homologación por parte del juez del concurso permite la extinción de todas las obligaciones —de la naturaleza que comprenda el acuerdo— de causa o título anterior a la presentación del concurso, respecto de todos los acreedores también comprendidos en aquel, produciéndose la novación de las mismas por las nuevas obligaciones que allí se establecen (Vitolo, Daniel R. *Acuerdos preventivos*

Sea una u otra la naturaleza, es evidente que enfrenta —desde hace años— al serio escollo del efecto devastador que impone el transcurso del tiempo, en el seno de una economía inflacionaria, a las prestaciones que el deudor debe efectuar en beneficio de sus acreedores, como mecanismo solutorio.

Nos hemos referido —en otro aporte análogo al presente— a la imperiosa necesidad de establecer correctores actualizadores de los montos correspondientes a las obligaciones comprendidas en un concurso, en la elaboración de las propuestas de acuerdo. Vamos a referirnos, ahora, al supuesto de un acuerdo ya homologado, en el pasado, que enfrenta ahora a la total desvalorización de los montos de las acreencias insolutas, y la posibilidad de estipular herramientas que permitan corregir semejante desequilibrio atentatorio contra el mismo crédito.

¿Cuál es el límite de la cosa juzgada que blindada el contenido de un acuerdo homologado? ¿Puede reformularse dando cabida al reclamo actualizador de los montos cuando —por el transcurso del tiempo— se transforma en una inequidad? ¿Es posible el apartamiento del pacto concursal homologado para dar paso a la adopción de criterios prudentes de actualización aplicables al presente y al futuro?

Posibles caminos a seguir

1. El objetivo

Instalada la cuestión, será vital analizar los valores comprometidos en el acuerdo homologado, y mediante una razonable aplicación de los institutos previstos en la ley de fondo —al compás de la convicción de que todos deben soportar en alguna medida el perjuicio— recomponer el equilibrio en las prestaciones y evitar que el resultado deje ganadores que se enriquezcan frente a perdedores que queden ostensiblemente perjudicados en su esfera patrimonial.

2. Las disposiciones de la ley de fondo

El artículo 960 CCC establece una regla: los jueces no tienen facultades para modificar lo que se ha estipulado en el pacto. La misma norma establece las excepciones.

- Cuando lo solicita parte interesada, como los supuestos regulados en los artículos 332 (lesión) o 1.091 (imprevisión), es decir, situaciones reguladas por la propia ley. Es precisamente el

abusivos o en fraude a la ley. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2009, p. 138).

segundo de los casos el que ofrece las mayores aproximaciones a nuestro objeto de análisis. Esto es, cuando el equilibrio que subyace en el acuerdo se ve alterado en forma extraordinaria por causas ajenas a las partes.

- Y aún de oficio, cuando resulta afectado en forma manifiesta el orden público. Y, digamos, sostener la vigencia de un pacto que notoriamente implica contrariar los fines que la ley tuvo en cuenta para su reconocimiento, imponiendo en forma injusta y arbitraria un notorio perjuicio por circunstancias sobrevinientes e imprevistas, obviamente, configura una situación que alienta la intervención judicial para ordenar lo necesario para la recomposición del equilibrio.

El Código Civil y Comercial es amplio a la hora de brindar otras pautas y herramientas de trabajo.

Es innegable que se imponen pautas de interpretación de la norma conforme a la finalidad perseguida, resguardando los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento (CCC arts. 1-2). No comprender que en una economía como las que transitamos el transcurso del tiempo hace variar sensiblemente todo tipo de ecuaciones y equilibrios al compás de sucesivas devaluaciones del signo monetario es —derechamente— imponer la frustración de la finalidad perseguida por la ley al instituir estos procedimientos (arg. art. 1.090), lo cual implica que quede legitimado quien resulta perjudicado a instar una solución más justa.

Es una elemental solución en absoluto marco de buena fe (arg. arts. 9 - 961 CCC), especialmente aplicada a la etapa de la ejecución (cumplimiento), a fin de evitar que el concursado se beneficie a expensas de quienes en su hora han apoyado la solución concordataria (arg. art. 1.794 CCC).

3. ¿Inconstitucionalidad de la prohibición actualizadora?

El derecho positivo exhibe, hoy, múltiples aplicaciones de los criterios expuestos (adopción de índices correctores), sin que pueda imaginarse tan generalizada incursión en áreas de la inconstitucionalidad, por violación a las mandas subsistentes de la ley 23.928.

Ahora bien, si la excusa sigue siendo tal normativa, como valladar, la *ultima ratio* se afina en la declaración de inconstitucionalidad —sí—, pero de ese obstáculo legal. Es que si bien el derecho de propiedad no es absoluto —conforme reiteradas expresiones de nuestro más Alto Tribunal—, no es menor que los notorios menoscabos patrimoniales que

reciben los acreedores atacan frontalmente la razonabilidad de la solución (art. 28 CN) cuando en prolongados espacios de tiempo son sometidos a la inflación. Nótese que —mientras tanto— los bienes de los concursados alguna repotenciación en valor reciben.

Los sobrevivientes artículos de la ley 23.928 (7 y 8) no resultan razonables en ningún escenario. Máxime en los concursos donde —el sistema *per se*— impone congelamientos, restricciones, quitas importantes y largas esperas. Es uno de los sitios en los que el llamado “test de razonabilidad” se aprecia con mayor claridad ante la falta de una tutela judicial efectiva.

LA INDEFENDIBLE VEDA DEL ART. 59 LCQ

BARREIRO, Marcelo G., LORENTE, Javier A. y TRUFFAT, E. Daniel

Ponencia

Postulamos *de lege ferenda*: la derogación lisa y llana de la veda de un año para volver a presentarse en concurso preventivo, sosteniendo que frente al cumplimiento efectivo de la propuesta anterior puede iniciarse un nuevo proceso concursal preventivo y, *de lege lata*: la posibilidad de declarar inconstitucional dicha veda.

Desarrollo

El largo tiempo de la pandemia ha llevado –casi desde el mismo momento inicial de ella– a una intensa discusión en la doctrina argentina sobre la ley concursal³⁵⁹, tanto *de lege lata* cuanto *de lege ferenda* y respecto de esta última parece haberse llegado a cierto clamor mayoritario sobre diversas medidas³⁶⁰.

Una de ellas es la imprescindible supresión de la veda del art 59 de la ley concursal³⁶¹.

Hoy, en el medio del pánico y frente al derrumbe de ingentes pymes y pérdida de cientos de miles de puestos de trabajo, resulta tan fácilmente denostable el dispositivo que hasta ha habido algún fallo que lo acortó. Sabemos de algún otro ejemplo donde la Cámara Comercial, visto que faltaban algunos pocos meses para se cumpliera el año de espera, demoró su pronunciamiento sobre el recurso que se agraviaba por la denegatoria “ante tiempo” de tal suerte de que el tema deviniera abstracto. Obvio que hoy, ante el desastre económico al que nos enfrentamos –y sobre el que todos los días tenemos información estadística que apabulla–, no hay posibilidad de esperar ese año en cuestión.

359 El colectivo “El Arca” y sus proyectos de ley y conservatorios, así los diversos eventos académicos realizados por las organizaciones académicas, y las Jornadas Preparatorias de este Congreso dieron cuenta acabada de ello.

360 Entre ellas el “reconcurso”; la necesidad de regular el financiamiento post concursal, la previsión de una regulación preferente para los “vulnerables”, la necesidad de reformar íntegramente la ley 24.522, etc.

361 Raspall, Miguel Ángel “Supresión de la inhibición concursal por la jurisdicción (Art. 59 LCQ)”.

Ello es claro, e incluso frente a este escenario trágico hasta podría ser tildado de **inconstitucional** en la coyuntura de la “Insolpandemia”³⁶², lo que así postulamos por violatoria del principio de igualdad ante la ley, por la negativa de acceso a la “tutela judicial efectiva”, y por protección del derecho de propiedad (del patrimonio del sujeto en crisis³⁶³).

Ahora bien, nuestra postura es que dicha veda no solo es inaceptable en la crítica coyuntura pandémica, sino que el dispositivo se merece ser suprimido por demérito propio. Siempre visible y solo más intenso en estos tiempos.

Dice el art. 59 LCQ en lo que nos interesa: **“El deudor no podrá presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta después de transcurrido el plazo de UN (1) año contado a partir de la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo”**.

Objeciones:

(1) El *dies a quo* para el inicio de cómputo del plazo no es feliz. Los Tribunales no lo predicen partir del cumplimiento sino a partir de cierta declaración del Tribunal, tal y como dice la ley. Esa declaración insume tiempos a veces extensos (mucho mayores a un año). El traslado al Síndico —que muchas veces ha cesado y no tiene vocación de intervenir en un trámite en el que dudosamente se le retribuirá y que seguramente, de fijársele honorarios, serán irritantemente bajos— es otro escollo que asegura retrasos. Por razones de seguridad, los Tribunales suelen alargar el momento de pronunciarse pidiendo conformidades o recibos “con firma certificada” que la ley no exige o una “citación por edictos” a acreedores potencialmente desatendidos. Muchos Tribunales, además, mandan publicar edicto haciendo saber el cumplimiento —corrigiendo la previsión legal que los ordena para hacerse saber la “conclusión procesal” del concurso y no lo importante que es la conclusión sustancial por cumplimiento—.

(2) La ley parece olvidar que está tratando a un sujeto que ha reparado su incumplimiento previo y que ha honrado sus pasivos en los términos de una propuesta que mayorías calificadas aceptaron y que el juez reputó merecedor de homologación, dejando atrás el presupuesto objetivo que habilitó el proceso.

(3) La legislación no se hace cargo del tobogán económico que vive hace décadas la República que poco tiene que ver con la legislación concursal sino más bien con el permanente fracaso de nuestros gobiernos. En ese

362 Término acuñado por Juan Anich.

363 Garantía común de sus acreedores (art. 242 y 743 Código Civil y Comercial de la Nación).

contexto es mucho más importante tratar de modo beneficioso a un deudor que se levantó de un mal momento que alzar a su respecto el dedito juzgador de quien fijó reglas de recuperación que el deudor llevó a cabo punttillosamente.

(4) Aunque la ley 24.522 estuvo en su concepción original muy influenciada por la practicidad anglosajona, le quedaron rémoras de su predecesora —la en general magnífica, para su época, ley 19.551—, que, más allá de sus múltiples bondades, se remontaba al Código italiano de 1942, esto es tenía una impronta en algún punto autoritaria y había sido concebida durante alguna de nuestras tristes dictaduras. Dichos gobiernos ilegítimos eran afectos, en el escenario de una increíble negación, a medir con intensa dureza los yerros ajenos reclamando que además de reparación hubiera algún castigo. Un intenso sabor medieval que no se explica haya llegado a la ley hoy vigente.

5) Cualquier hipótesis que se pretenda abusiva³⁶⁴ en el ejercicio al derecho de acceder a un proceso concursal preventivo en las condiciones postuladas en esta ponencia podrá así ser considerada y declarada por el juez interviniente echando mano a lo dispuesto por el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁶⁴ La concursabilidad recurrente fue el argumento (o la excusa) para incorporar esta incomprensible veda en la ley 24.522.

CONCURSO DE EMPRESAS. LA EMERGENCIA Y LA SUPRESIÓN DE LA INHIBICIÓN CONCURSAL

RASPALL. Miguel Á.

I.- Introducción

Como hemos podido apreciar, no obstante la profundidad de la crisis económica que ha producido la pandemia sanitaria, el legislador, ni durante todo el año 2020 ni lo que va del 2021, se ha dignado a dictar normas que faciliten la continuación de la actividad de las empresas severamente afectadas por la crisis.

Juntamente con otros autores del concursalismo nacional, en esta emergencia, hemos publicado trabajos y preparado proyectos de reforma de la LCQ a fin de solicitar la supresión del artículo 59, último párrafo, de esta ley, que dispone la inhibición para el nuevo concursamiento de un deudor hasta transcurrido el plazo de un año desde el dictado de la resolución de cumplimiento del acuerdo. En lo que a nosotros respecta, venimos sosteniendo esta posición desde el año 2012 en diversos trabajos y publicaciones, tanto en el ámbito nacional como en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal³⁶⁵. Hasta la aparición de esta crisis, hemos propuesto la reforma de la LCQ, o sea, excluirlo de la legislación permanente, pero en esta especial crisis, el legislador debería suprimir su aplicación en una norma de emergencia y luego, en al momento de una reforma integral de la LCQ que es tan necesaria, se podría discutir con calma su sostenimiento, morigeración o supresión.

Esta disposición opera como una norma “cerrojo” que no permite que una empresa pueda negociar con sus acreedores su pasivo —que es postconcurstal—³⁶⁶, a través de un nuevo proceso concursal (APE o concurso

³⁶⁵ Raspall, Miguel A. Ponencias presentadas en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 28 y 29 de junio de 2012 en Rosario. Reformulación de la propuesta.- La Ley. Raspall, Miguel A. Diario 16.10.2012. La Ley 2012-E, 1.315. “Institutos concursales que favorecen la conservación de la empresa y la tutela del crédito: Modificación del plan, reproposición del acuerdo y conversión del proceso liquidativo en reorganizativo” Raspall, Miguel A. Diario La Ley del 19 de diciembre de 2018. “La nueva crisis nacional y la reformulación del acuerdo. Modificación de los arts. 59 y 63 LCQ”. Proyecto de reforma presentado en el Arca en marzo de 2020, participación en las Recomendaciones del IIDC trabajo n°. 2 de mayo 2020, y el trabajo citado en nota al pie n° 1 y múltiples exposiciones en Jornadas de la especialidad.

³⁶⁶ Se trata de pasivo postconcurstal, dado que el pasivo concursal fue cancelado, razón por

preventivo). Estamos en presencia de un deudor que ya ha cumplido el acuerdo y que nada les debe, por tanto, a los acreedores anteriores, que han sido desinteresados de ese proceso. Es más, habiéndose declarado el cumplimiento del acuerdo, el proceso concursal se ha agotado, y es esta la verdadera resolución de conclusión del proceso preventivo. En tal orden, el juez del proceso ha cesado en su jurisdicción y si el deudor debiera recurrir a un nuevo concurso, debería presentarlo un *nuevo pedido*, el cual tramitará ante el juez que corresponda. De suyo, el artículo 11, inciso 7, entre los recaudos exigidos para la apertura de un proceso concursado, exige la acreditación de que el deudor no se encuentra en el período de inhibición, y el artículo 13 lo prevé con una causa de no apertura del proceso, ambos de la LCQ.

Descontamos que el legislador de 1995 fue guiado por atendibles razones cuando redactó esta norma prohibitiva (inhibitoria), razones que se ajustarían a una visión sobre el análisis de aquella realidad, lo que es muy discutible de sostener a esta fecha por la evolución habida en el principio de conservación de las empresas³⁶⁷, que se ve profundizado frente a la crisis generada por la emergencia sanitaria. En la repetición de presentaciones se podía presentar el ejercicio abusivo del instituto concursal. El legislador apuntó con esta prohibición a dificultar o impedir la desviación de las finalidades del concursamiento (abuso), tal como lo reconoce Rivera³⁶⁸.

También se ha argumentado que quien volvía a necesitar del remedio concursal en tan poco lapso de tiempo luego del cumplimiento en realidad nunca había logrado superar la crisis de su insolvencia. Con esa redacción el legislador pensó en la tutela del interés general comprometido en la seriedad de los negocios, en hacer prevalecer el cumplimiento de las obligaciones, la seguridad del tracto comercial, y con ello, al normal desenvolvimiento de la actividad comercial.

Ante esta perspectiva, no debemos dejar de considerar la evolución habida en el derecho concursal internacional³⁶⁹ y en nuestro propio derecho interno, dirigida a intensificar la tutela de las empresas y de las

la cual el juez ha dictado resolución de cumplimiento del acuerdo.

367 Además de nuestra normativa, una parte muy importante del derecho comparado hace foco en incentivar la aplicación de este principio en función de la necesidad de preservar las fuentes de trabajo, la actividad económica y la paz social. Las Guías Legislativas de UNCITRAL y las Directivas de la Unión Europea (tal la 1.023/2019) ponen a este principio en muy alta consideración.

368 Rivera, Julio César. *Instituciones de derecho concursal*. Rubinzal y Culzoni Editores, Santa Fe 1996, p. 334. “La finalidad de este precepto es evitar las reiteraciones de concursos, fenómeno que se dio con relativa frecuencia durante la vigencia de anteriores regímenes”.

369 Mucho tuvo que ver en esta evolución dada en el siglo XXI la crisis internacional del 2008, que obligó a modificar aceleradamente las normas concursales del derecho europeo.

fuentes de trabajo. Las crisis de las empresas y del empleo han puesto al derecho concursal del siglo XXI frente a la necesidad de acentuar estas dos tutelas. También en nuestro país, los fines y objetivos actuales difieren –de algún modo– de los que existían en 1995 (ley 24522), por lo que nosotros debemos analizar el artículo 59 *in fine* bajo los actuales paradigmas concursales y, por ende, proponemos una mirada distinta y “revisora” de la restricción inhibitoria.

La crisis actual nos marca cambios en algunos de sus fines y prioridades y, por lo tanto, deben modificarse las tutelas que se aplican a tales fines. La emergencia acentúa la necesidad de la conservación de las empresas, cambiando la prioridad originaria de la norma en cuestión (impedir el abuso), análisis que en la situación actual queda fuera de contexto: el deudor arrastrado por la crisis no peticona la apertura de un nuevo concurso con finalidad abusiva, sino protectoria de todos los intereses en juego. El legislador debió modificar por una ley de emergencia este artículo 59 (*in fine*), pero no lo hizo, no obstante que la emergencia modificó las prioridades y, con ello, las tutelas, razón por la cual –como hemos anticipado– la situación debe ser corregida por la jurisdicción.

II.- Antecedentes

Esta previsión no existía en la ley 4.156 (1902), la cual en su artículo 8 solo establecía la declaración de la quiebra ante el incumplimiento que acreditaba la efectiva cesación de pagos, pero no contenía ninguna otra restricción. Esta norma fue modificada por la ley 11.719 (1933), la cual disponía en su artículo 10, inciso 4, la prohibición al deudor de pedir una “reunión de acreedores” si habiendo celebrado con anterioridad un concordato no acreditaba el cumplimiento, de modo tal que un deudor que hubiera cumplido un acuerdo anterior podía volver a concursarse. La ley 19.551 (1972) sostiene el mismo criterio que la 11.719 al establecer en su artículo 11, inciso 7 (requisitos del pedido), la obligación de denunciar la existencia de un concurso anterior y justificar el cumplimiento del acuerdo preventivo, lo que no fue modificado por la ley reformadora 22.917 (1983)³⁷⁰. Como vemos de este recorrido por la historia de las leyes concursales, nunca estuvo prohibido el nuevo concursamiento en los casos en que se hubiera cumplido un concordato anterior.

Fue entonces la ley 24.522 la que introdujo la inhibición para el nuevo concursamiento en su artículo 59, (coordinadamente con los arts. 11, inc. 7, y 13), disposición esta que en nuestro análisis se muestra como

³⁷⁰ Ley 19551, en su art. 70 (Cumplimiento del acuerdo) en forma coherente con lo establecido en el art. 11 inc. 7, no contiene ninguna referencia a la prohibición de nuevo concursamiento.

una previsión contradictoria con el perfil privatista de esta norma³⁷¹, dado que niega a los acreedores la posibilidad de decidir sobre el destino de sus créditos y, con ello, cuál es la mejor opción para la protección de los mismos. Se trata de una disposición de perfil “publicista”, ya que no consulta la opinión de los acreedores y, con ello, esta norma endurece su posición frente a normas anteriores de características publicistas, como lo fueron las leyes 11.719 y 19.551³⁷².

Pero buena parte de la doctrina no estuvo conforme con esta disposición y apenas dos años después de la sanción de la ley 24.522, en el anteproyecto de reformas del año 1997, se propuso eliminar el período de inhibición contenido en la ley 24522.³⁷³ Como vemos, esta restricción ha estado en crisis desde el mismo dictado de la ley 24.522, o sea, nunca fue recibida como una incorporación valiosa o incuestionable.

III.- Derecho comparado

Hemos realizado una sumaria revisión de algunas normas del derecho comparado para ver si existe la prohibición de nuevo concursamiento ante un acuerdo cumplido. Lo cierto es que, excepto en el caso de Brasil, no hemos encontrado esta disposición en los siguientes países: España (texto refundido de Ley de Concursos 2020) no contiene ninguna prohibición luego de declararse el cumplimiento del convenio (Arts. 400/401); Uruguay, ley 18.387, artículo 166, no prohíbe el nuevo concursamiento (vide arts. 2 y 7); Chile, ley 20.720 (solo contempla restricciones en el concurso de la persona deudora no comerciante); Costa Rica admite el Concurso del concurso³⁷⁴; Panamá, ley 12 de 2016, Régimen de los procesos concursales, no tiene restricciones; Colombia, leyes 550/1999 y 116/2006; Paraguay tampoco lo contempla y, en igual sentido, México, Ley de Concursos mercantiles (2007). Como anticipamos, solo Brasil en su ley 11.101 –reformada por la ley 14.112 (2021) en el artículo 48– contiene una restricción a la apertura de un nuevo proceso.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC). Documento

371 Antecedentes de la Ley. “Mensaje de Elevación. I. Consideraciones generales... 2) incorporación de los acreedores, a través de un rol más activo, en la búsqueda de soluciones para la crisis falencia... II. Modificaciones... 2. Rol más activo de los acreedores...”.

372 Gebhardt, Marcelo. *Ley de concursos y quiebras*. Editorial Astrea, Bs. As. 2008. T. 1 p. 297, se expide en el mismo sentido.

373 Graziabile, Darío. *Régimen Concursal. Ley 24522 actualizada y comentada*. Abeledo Perrot, Bs. As. 2014, T. II, p. 654.

374 Costa Rica. Reciente reforma de 2021. Código de Comercio. El art. 742, admite que cuando se ha tramitado un proceso de reorganización con intervención judicial o un concordato preventivo, se podrá promover un nuevo proceso si acontecimientos no imputables al empresario o a sus representantes han llevado a la empresa a afrontar una nueva situación económica y financiera crítica.

Nro. 3 Mayo 2020 ha expresado lo siguiente con relación a la prohibición a nuevo concurso: “Cuando la norma prohíbe que un deudor que ha cumplido totalmente el acuerdo, no pueda volver a concursarse durante un lapso de tiempo posterior a la resolución de cumplimiento del acuerdo³⁷⁵, en realidad no solo restringe y limita al deudor, sino también le ocurre a los acreedores posconcursoales, a los cuales no se los escucha sobre lo que consideran mejor a sus intereses”³⁷⁶.

IV.- Reforma de la ley o resolución jurisdiccional

Frente al actual contexto de crisis extrema y la ajenidad de la misma respecto de los deudores (caso fortuito), indicamos que esta norma no toma en consideración ninguno de los intereses comprometidos en la insolvencia:

- 1) No protege ni da posibilidades al deudor.
- 2) Desconoce o deja de lado el mejor interés general (continuación de la actividad empresarial).
- 3) Desprotege a los trabajadores (desempleo).
- 4) No contempla el interés de los acreedores, a los cuales, al no ser escuchados, se los priva del derecho de valorar qué es mejor a sus intereses, si desembocar en un proceso liquidativo o analizar si la solución preventiva no es más beneficiosa.

En razón de que se ha frustrado —a esta fecha— la expectativa de que el legislador dictara una ley de emergencia que contemplara esta posibilidad, a los deudores alcanzados por la crisis no les queda otra alternativa que recurrir a la justicia en búsqueda de la tutela concursal.

En relación con las empresas concursadas que se encuentran con un proceso en trámite o en la etapa de cumplimiento, la jurisdicción se ha animado a proveerles de algunos remedios paliativos, tales como prorrogar el período de exclusividad (proceso en trámite) o prorrogar o suspender el cumplimiento del acuerdo, pero en lo que refiere al período de inhibición, el juez no encontraría la solución postergando o suspendiendo, dado que lo que es necesario implica habilitar el nuevo concursamiento, y deberá hacerlo recurriendo para ello al análisis e integración del ordenamiento jurídico en forma coherente y compatible con los principios e intereses tutelados en el derecho concursal.

375 Tal el último párrafo del art. 59 de la Ley de Concursos y quiebras N° 24.522 de Argentina. En mismo sentido encontramos esta posición en las *Guías Legislativas sobre el Régimen de la Insolvencia*, Primera, Segunda y Tercera de UNCITRAL-CNUDMI.

376

En la búsqueda de la jurisprudencia reciente que hemos realizado, no hemos encontrado precedentes que abran un proceso concursal estando pendiente el plazo del artículo 59 (quizá ya exista). Solo hemos accedido a un fallo dictado en un caso muy particular por la CNCom, Sala C, que revocó la resolución del juez que no hizo lugar a la apertura de un concurso preventivo de un deudor en esta situación, con fundamento en la necesidad de *atemperar el rigorismo* que resulta de los plazos establecidos. Por otro lado, en el fallo se hace un análisis de la inexistencia del abuso que la norma del artículo 59 tiende a impedir al decir: “Además, no se observa una reiteración de convocatoria a acreedores hecha de mala fe de parte del apelante”.³⁷⁷ Como vemos, los jueces de la Cámara hicieron un análisis de coherencia entre lo que la norma pretende y lo que resultaba del caso a fallo, o sea, un análisis sustancial, expresado en la ausencia de abuso, que es el fin tutelado por la misma. En síntesis, la situación bajo análisis no vulneraba la tutela que resguarda el artículo 59.

Sostenemos que en el contexto actual solo debemos analizar si la pretensión de nuevo concurso se alinea o si confronta con la tutela pretendida por el artículo 59 *in fine* (uso abusivo). De modo tal que frente a la crisis el juez debe despejar si el nuevo concurso puede ser un ejercicio abusivo o si, por el contrario, es el resultado de un hecho sobreviniente y externo (caso fortuito) y en tal orden, al no desnaturalizarse la tutela del artículo 59, debe abrir el nuevo proceso concursal.

Deseamos dejar establecido que no estamos realizando una proposición simplemente voluntarista o efectista, sino que el análisis que hacemos viene desde los fundamentos mismos de la norma cuestionada, cuyo sustento era evitar el uso reiterativo de procesos concursales —abuso— situación que bien puede ser ajena a esta emergencia. Seguir aplicándola sin análisis de su tesis es un clarísimo *ritualismo automatista*.

Veamos ahora la argumentación sistematizada:

- 1) Se trata de un deudor que cumplió íntegramente el concurso preventivo, y tiene dictada resolución de cumplimiento, o sea, el concurso anterior ha concluido y con él sus efectos sustanciales.
- 2) Su situación de nueva insolvencia, deviene por un hecho sobreviniente y ajeno al mismo, hecho este que no requiere prueba por ser de público y notorio (caso fortuito), pero que si quisiera podría acreditarlo con solo demostrar que hasta la fecha de la

377 CNCom. Sala C, 8.02.19, Autos García, Héctor Horacio s/Concurso Preventivo. “En tales condiciones, el caso reclama una solución acorde a las circunstancias peculiares que se han presentado y que aconsejan atemperar el rigor de los plazos para no incurrir en un excesivo celo formal que podría desnaturalizar innecesariamente la finalidad y el espíritu del período de inhibición del art. 59 LCQ y la correlativa previsión del art. 13, 2do. párr., de la misma ley”. Cita digital: EOLJU188911A Ed. Errepar.

pandemia venía operando normalmente, o sea, *in bonis*.

- 3) En otro orden, no existe otro remedio alternativo que pueda darle solución a la necesidad creada por la crisis que no sea la tramitación de un proceso reorganizativo (APE o concurso preventivo), dado que la negociación individual con cada uno de los acreedores no es solución. La insolvencia es un proceso colectivo, que solo puede y “debe” remediarse por ese camino, puesto que además asegura el tratamiento paritario.
- 4) La quiebra es la peor de las soluciones para todos los intereses tutelados por el ordenamiento concursal.
- 5) Los acreedores tienen derecho a ser escuchados y resolver lo que es mejor a sus intereses.
- 6) La *telesis*³⁷⁸ del artículo 59 –su fundamentación– desaparece frente a la nueva insolvencia por caso fortuito. De suyo, tal como se han expedido en el fallo supra citado, el juez tiene la potestad para hacer un análisis de legitimidad y adecuación de la pretensión y rechazarla si realmente la misma fuera abusiva.
- 7) O sea, frente a una norma restrictiva del ejercicio de derechos individuales –del deudor y de los acreedores–, el juez tiene la potestad y el “deber” de realizar un análisis de procedencia con sustento en que la *telesis* de la norma no es vulnerada y que, por ende, no concederlo implica aplicar un “rigorismo positivista” inadecuado para la emergencia³⁷⁹, desdeñando los fines y principios concursales y con claro apartamiento de lo que disponen los artículos 1 y 2 del CCCN (fuentes, finalidades, principios y valores jurídicos).
- 8) Esta norma debe suprimirse del derecho permanente (ley de concursos y quiebras), caso contrario, debería suprimirse por una ley transitoria para esta emergencia (transitoria), pero ante la ausencia de norma supresora, los jueces tienen en la “emergencia” la potestad para hacer un análisis puntual de la situación del deudor que vuelve a necesitar de la tutela concursal.

378 La *telesis* es la búsqueda consciente de un camino y en el caso del art. 59, el legislador buscó evitar la reiteración abusiva y desnaturalizadora de los procesos concursales.

379 Para el *iuspositivismo*, no debe aplicarse ninguna interpretación moral o social de la norma. Solo importa la ley como tal, sin adicionarle interpretación alguna.

CONCURSO DE EMPRESAS, RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO Y FACULTADES JURISDICCIONALES

RASPALL, Miguel Ángel

I.- Empresas incluidas

En este trabajo incluimos solo las empresas que se encuentran en la situación que describimos seguidamente:

- a) Empresas concursadas con acuerdo homologado en etapa de cumplimiento.
- b) Afectadas por la crisis económica producida por la emergencia sanitaria (ASPO) que les ha generado la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones por causas imprevisibles y ajenas a la voluntad del deudor, que incluye a los pasivos concursales que resultan del acuerdo.
- c) Abarca temporalmente a las empresas alcanzadas por la crisis, mientras dure la emergencia.
- d) Debe tratarse de “empresas viables y los deudores de buena fe” que ameriten soluciones extraordinarias³⁸⁰.
- e) Este trabajo se enfoca exclusivamente en la renegociación de los acuerdos homologados.

II.- Introducción

A esta altura de los acontecimientos, del tiempo transcurrido desde el comienzo de la pandemia y de las abrumadoras consecuencias materiales que está produciendo la crisis³⁸¹, se hace innecesario realizar extensas descripciones para exponer la situación que enfrentan las empresas y

380 Sostenemos que deberán considerarse empresas viables todas aquellas que a la época del comienzo de la pandemia estaban operando con normalidad y cumpliendo sus obligaciones en forma regular, incluyendo las provenientes del acuerdo (obligaciones concursales).

381 Según muestran las cifras de la AFIP, **otras 24.000 empresas desaparecieron durante los primeros cinco meses del mandato de Fernández**, quien asumió en diciembre pasado. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53618912>. En mismo sentido se expresaba el Dr. Marcelo Gebhardt en el Conversatorio del día 24.2.21 de El Arca, estimado que ya eran más de 20.000 las empresas que han cerrado.

el agravamiento que puede esperarse mientras transitamos la actual “segunda ola”, con la imposición de nuevas restricciones ASPO, siendo las mipymes las empresas más afectadas por la crisis.

No existe en la LCQ ninguna previsión que admita la renegociación de los acuerdos homologados, tampoco se ha dictado una ley de emergencia que atienda a esta situación y, por su parte, la jurisdicción concursal se viene mostrando renuente a habilitar por vía jurisprudencial esta alternativa, limitándose a conceder medidas paliativas, tales como la ampliación del período de exclusividad en los procesos en trámite o la suspensión del cumplimiento del acuerdo homologado por un lapso de tiempo, que no representan una solución, sino la postergación del conflicto.

Ante la ausencia de ley que lo autorice, la postulación de renegociación va a seguir siendo presentada en los juzgados donde tramita el concurso, los cuales –sostenemos– tienen facultades para abrir esta vía.

III.- Suspensiones y prórrogas

A diferencia de lo que ha ocurrido en otras crisis, el legislador argentino no ha dictado normas de emergencia para atender el problema de las empresas concursadas (por ejemplo, la ley 25.563 del 30.1.2002, Capítulo II, Deudores en concurso (arts. 2, 8, 9, 10 y 11). No se han suspendido las ejecuciones, ni las subastas, ni los pedidos de quiebra, ni prorrogado los períodos de exclusividad o de pago de las cuotas concordatarias.

Ante este estado de situación, los deudores concursados se han visto obligados a realizar presentaciones ante la jurisdicción planteando una o más de las siguientes pretensiones:

- a) Ampliación del período de exclusividad.
- b) Suspensión del cumplimiento del acuerdo y/o prórroga para el pago de las deudas emergentes del mismo, aduciendo la imposibilidad material sobreviniente generada el caso “fortuito y fuerza mayor”.
- c) Algunas presentaciones han postulado la renegociación del acuerdo, sin éxito hasta donde conocemos.

Existen múltiples precedentes jurisprudenciales de primera instancia y de cámaras que han receptado la suspensión de los pagos del acuerdo o la ampliación del período de exclusividad, todos ellos atendiendo a la situación de los deudores, a la ausencia de mora culpable (arts. 1.730 y 880 CCCN), a la necesidad de preservar las fuentes de trabajo y la

continuación de la actividad de las empresas³⁸², pero no lo relacionado con la renegociación de los acuerdos aduciendo la inmodificabilidad que resulta de la cosa juzgada (vide trabajo citado en nota al pie 1).

IV.- Renegociación del acuerdo (LCQ, arts. 59 y 63)

Los artículos 59 y 63 son un obstáculo para la negociación de deudas de un concursado. En el primer caso, con acreedores que son posconcursoales, al impedir la formación de un nuevo concurso (art. 59) y en el segundo, con los concursales (art. 63). Ambos inhiben la posibilidad de evitar la quiebra, sin considerar las razones por las cuales el deudor está en esa situación y sin darle a los acreedores la posibilidad de expresarse sobre un tema de su interés.

En la doctrina nacional nos hemos ocupado de aportar ideas y proyectos para que se dicte una ley de emergencia, o sea, normas provisorias con vigencia únicamente hasta un limitado tiempo posterior al cese de la misma, que entre otros temas proponíamos reformas a los artículos 59 y 63 LCQ. Por mi parte, vengo escribiendo sobre este tema —desde el 2012 hasta la fecha³⁸³— trabajos en los cuales siempre he insistido en la necesidad de reformar la LCQ modificando el artículo 63 para habilitar la renegociación en situaciones especiales, o en esta oportunidad, sugiriendo el dictado de una ley de emergencia que contemple la posibilidad de la renegociación del acuerdo.

Pero el tiempo ha transcurrido (un año y medio) sin que se haya dictado la esperada ley de emergencia y las empresas tampoco encuentran —de momento— solución en la jurisdicción. Ante esta realidad, en doctrina hemos comenzado a expedirnos sobre la potestad de los jueces para convocar a una renegociación del acuerdo homologado, con apoyatura en sus facultades jurisdiccionales como director del proceso (art. 274 LCQ), en los principios y fines concursales emergentes de la filosofía de esta norma y/o en diversas disposiciones del CCCN (arts. 888, 956, 1.011, 1.090, 1.091, 1.730 y 1.732, entre otros)³⁸⁴.

382 Por los límites de extensión de la ponencia, remitimos para su consulta al trabajo publicado en Errepar citado supra.

383 Raspall, Miguel A. Ponencias presentadas en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 28 y 29 de junio de 2012 en Rosario. Reformulación de la propuesta.- La Ley. Raspall, Miguel A. Diario 16.10.2012. La Ley 2012- E, 1315. “Institutos concursales que favorecen la conservación de la empresa y la tutela del crédito: Modificación del plan, reposición del acuerdo y conversión del proceso liquidativo en reorganizativo” Raspall, Miguel A. Diario La Ley del 19 de diciembre de 2018. “La nueva crisis nacional y la reformulación del acuerdo. Modificación de los arts. 59 y 63 LCQ”. Proyecto de reforma presentado en el Arca en marzo de 2020, participación en las Recomendaciones del IIDC trabajo n° 2 de mayo 2020, y el trabajo citado en nota al pie n° 1 y múltiples exposiciones en Jornadas de la especialidad.

384 Entre otros, están los trabajos de los Drs. E. Daniel Truffat, Ernesto Martorell, Eduardo

V.- Estado de situación

Sumariamente, lo describimos de esta manera:

a) La emergencia como una situación excepcional

Esta emergencia se presenta como una situación excepcional y especialísima en varios órdenes:

1. Su gravedad e imprevisibilidad.
2. La velocidad de su instalación.
3. Su extensión en el tiempo, dado que ya llevamos un año y no cesa.
4. Un estado con poca capacidad para abastecer con créditos blandos (tasas subsidiadas o sin reintegro y con largo plazo de amortización, etc.) u otros estímulos.
5. La inclusión de una gran cantidad de empresas y la especial afectación a las mipymes.
6. El desconocimiento de cuándo cesa la pandemia, con la instalación en nuestro país de la segunda “ola”.
7. Se sigue generando pasivo en forma ininterrumpida a empresas que están –casi– sin actividad.

De modo tal, la actual crisis reúne todas las características de caso fortuito y fuerza mayor, ya que se trata de una situación externa, sobreviniente, ajena a la voluntad y posibilidades de las partes e incluye además “el hecho del príncipe” (ASPO), arts. 888 y 1.730 CCCN³⁸⁵.

b) Los conflictos colectivos

La situación actual vuelve a generar conflictos colectivos para las empresas concursadas que nacen de la imposibilidad de cumplir el acuerdo por caso fortuito. Este tipo de conflictos, dentro de un proceso colectivo, solo pueden ser resueltos *colectivamente* con aplicación de las reglas de juego establecidas en materia concursal.

c) La quiebra como la peor opción

Favier Dubois, y disertaciones de la Dra. Gloria Torresi y Francisco Junyent Bas. 385 CCCN, art. 888, “Eximición. Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación”. Art. 1730 Caso fortuito y fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. EL caso fortuito y la fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

Es sabido y estadísticamente probado en todo el mundo que la quiebra es una pésima solución para los acreedores quirografarios, incluyendo también en buena parte a los con privilegios generales. Esta realidad nos obliga a pensar en la posición que pueden asumir y en las opciones que deben disponer los *acreedores* frente a inminente quiebra de su deudor y, con ello, a la necesidad de que sean escuchados, dándoles capacidad para resolver.

d) La dualidad; renegociación o quiebra

Si no se admite la renegociación del pasivo, muchos deudores (empresas) y también sus acreedores quedarán atrapados en una trágica disyuntiva: “*renegociación o quiebra*”.

e) La justicia como último baluarte

Sin ley y con crisis, el conflicto va a derramar sobre los jueces y estos van a tener que resolver debiendo expedirse frente a la “*sensible disyuntiva*” antes descrita, *negociación o quiebra*. Ante la falta de previsión normativa, será la jurisdicción la que deba hacer el espacio para que las partes afectadas por la crisis puedan volver a negociar las condiciones del acuerdo.

VI.- Facultades judiciales para admitir la renegociación del acuerdo

a) El ordenamiento jurídico como un todo

El CCCN ha plasmado en forma expresa (arts. 1, 2 y 3) que los jueces deben resolver los casos aplicando el ordenamiento jurídico como un todo (diálogo de fuentes) y que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, los principios y valores jurídicos de forma coherente. En materia de empresas, la finalidad de la norma concursal se alinea con la protección del crédito y el principio de conservación de las empresas, lo cual no se condice con la declaración de quiebra de empresas viables. En esta situación, donde la imposibilidad de cumplimiento con el acuerdo se produce por la crisis sanitaria, el juez no puede aferrarse a la letra de la ley especial, puesto que con esa actitud no protege a los intereses en conflicto, sino que le da primacía a

un ritualismo que queda fuera del contexto de estas horas.

b) El acuerdo como contrato colectivo

El aspecto contractual del acuerdo concursal ya ha sido abordado por los autores que hemos citado supra, y el mismo sirve de base y a la vez de camino para abordar el tema de la renegociación de los acuerdos. Seguimos las reflexiones de Truffat³⁸⁶ con relación a la naturaleza jurídica del acuerdo: “Como se dijo “supra” el efecto expansivo del concordato no emana ni altera su esencia básicamente convencional [...] Esta circunstancia permite pensar en el acuerdo como un acuerdo reproponible, como todo acuerdo y no como un acto inamovible, como es habitual verlo en la dogmática argentina, producto de la *res iudicata*”.

c) La cosa juzgada

En relación con la cosa juzgada dentro de este contexto, queremos exponer estas reflexiones: ¿cuando un juez pospone el cumplimiento del acuerdo homologado por un lapso prolongado de tiempo o hasta que cesen las restricciones sanitarias (*sine die*) sin consultar a los acreedores³⁸⁷, no está modificando las expectativas de quienes lo aprobaron, no modifica el contrato homologado que lo transforma en cosa juzgada? ¿Cuánto más o menos importante es la intervención judicial sobre el contrato homologado cuando el juez prorroga los pagos sin consultar a los acreedores, en el caso en que admita renegociar el mismo dando participación a los acreedores?

La cosa juzgada cede frente a determinadas contingencias imposibles de prever y que alteran abrupta e injustamente el contexto y la realidad en la que los actos o hechos jurídicos se originaron. Y este es el caso, la flexibilización ha sido receptada en múltiples pronunciamientos de la SCJN.

Adhiero a la opinión de los autores antes citados que consideran que

³⁸⁶ Truffat, Daniel. “La naturaleza jurídica del convenio concursal” citado supra.

³⁸⁷ CCom. Sala B. Álvarez, Romina Julieta s/Concurso Preventivo.30.6.2020. “b) En este contexto, el agravio referido a renegociar los términos de dicho acuerdo no puede prosperar. Empero, con base en la señalada coyuntura, este Tribunal admitirá la pretensión cautelar referida a diferir los plazos de vencimiento de los pagos de las cuotas concordatarias hasta el levantamiento del estado de cuarentena dictado por el Poder Ejecutivo Nacional... En ese contexto, la medida que se adopta, lejos de modificar la sentencia homologatoria, se convierte en un instrumento para su cumplimiento —bien que diferido en el tiempo— pues intenta evitar un posible decreto de falencia, con sus consecuencias para los acreedores, la empresa concursada y el comercio en general. Otro precedente se da en ANCERS S.A. s/ Conc. Prev. Buenos Aires, de octubre de 2020. Juzgado Comercial 14 - Secretaría N° 27.

esta emergencia habilita a revisar el acuerdo procurando alcanzar una solución que sea tal para el deudor y también para *todos* los acreedores. Las palabras de Martorell nos confrontan con un análisis interpretativo realista: “Es de toda evidencia que lo peor que podemos hacer es, con respecto al instrumental jurídico que poseemos para intentar paliar la crisis, adoptar una posición interpretativa cerril que el recordado Sergio Le Pera hubiera calificado de conceptualista [...] no veo por qué el deudor concursado con acuerdo homologado que sabe que no lo podrá cumplir no puede llegar a obtener un ballottage o segunda oportunidad”.

VII.- Renegociación, la postulación y vía de acceso

Estamos contestes en que el CCCN ha receptado expresamente la condición *rebús sic stantibus*³⁸⁸ a la que están sometidos los contratos de larga duración, lo que implica que las estipulaciones contractuales se sostienen sin modificaciones en el tiempo, en tanto y en cuanto la situación permanezca sin alteraciones extraordinarias durante su desarrollo (lapso entre celebración y la ejecución). En definitiva, una alteración de importancia no contemplada al momento de contratar, imprevisible, que produce una ruptura abrupta e injusta con las prestaciones de una de las partes, da derecho a la misma a plantear la aplicación de esta condición.

En materia contractual, el CCCN en los artículos 1.011³⁸⁹ y 1.091³⁹⁰ recepta esta condición sin necesidad —ahora— de que exista una cláusula en el contrato que la establezca. El artículo 1.011 habilita al deudor, ante el ejercicio de la facultad rescisoria por parte del acreedor, a pedir la renegociación y el acreedor debe concederla negociando de buena fe y sin abuso. Bajo este artículo, el deudor no tiene la iniciativa renegociadora sino hasta luego de que el acreedor inicie el camino resolutorio.

CCCN, art. 1091. Imprevisión

En mi criterio, el artículo 1.091 es el que mejor se adecúa a la situación concursal, porque frente al acaecimiento de un hecho extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa la prestación a cargo del deudor (al extremo de transformarla en incumplible), este puede pedir extrajudicial o judicialmente —como acción o como excepción—, la adecuación de los términos del contrato.

“En el régimen del CCCN, según el art. 1091, el afectado se encuentra

388 Estando así las cosas, o mientras continúe así la situación.

389 CCCN art. 1011. Contratos de larga duración... “La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de *renegociar* de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

390 CCCN art. 1091. Imprevisión.

legitimado para demandar la resolución o el reajuste equitativo de los términos del contrato –no así en el CC, en el que se preveía solo como posibilidad que planteara directamente la resolución”³⁹¹. Como vemos, el cambio de la norma es significativo y perfectamente aplicable a la situación concursal.

De modo tal que, si el deudor concursado afronta en este momento una situación extraordinaria, ajena a su voluntad, que altera abruptamente las previsiones tenidas en cuenta para formular la propuesta aceptada por los acreedores y homologada, que transforma en incumplibles a las prestaciones pendientes, puede pedir judicialmente (acción) la renegociación de las condiciones del acuerdo (convenio de mayorías). Obviamente, tratándose de obligaciones concursales, la petición deberá formularla ante el juez concursal, quien “*debe*” hacer lugar a esta postulación porque se trata de “*un derecho reconocido por ley al deudor*” (art. 1.091 CCCN), con indiferencia de que sea un conflicto singular o colectivo.

Tratándose de un proceso colectivo (concursal) el juez debe receptar la pretensión y abrir la vía negocial dentro del marco del proceso donde la misma se postula, o sea, debe resolver el conflicto dentro del proceso concursal y, en mi criterio, con sus reglas, tal entonces, la negociación de un nuevo acuerdo mediante el régimen de mayorías. Pretender la unanimidad es ajeno a la metodología establecida por la misma ley para resolver la aprobación de una propuesta³⁹².

Por otra parte, nuestra LCQ ha establecido pautas para controlar el abuso, tanto por parte del deudor como de los acreedores, y ellas emergen del art. 52; que no exista abuso de parte del deudor, estableciendo el límite o piso mínimo que impone “el mejor interés de los acreedores”³⁹³ y a la vez, que los acreedores no ejerzan arbitraria y abusivamente su derecho a rechazar la propuesta otorgándole al juez la potestad de imponer el acuerdo.

Medidas cautelares

La posibilidad de que el deudor obtenga tutela cautelar mientras renegocia el acuerdo, por ejemplo, suspensión del cumplimiento y de

391 Herrero, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián. Directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III, Libro Tercero, p. 485 y ss. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado.

392 No es posible pretender que el deudor obtenga la solución al conflicto que le ha generado la crisis, negociando individualmente con cada acreedor, o caso contrario, que en el proceso colectivo obtenga unanimidad de conformidades, porque ambos supuestos son inalcanzables y, como tal, no son una solución.

393 Nunca una propuesta podrá ofrecer a los acreedores menos que los mismos fueran a percibir en la quiebra (LCQ art. 52.2.b.iv)

ejecuciones, está comprendida dentro del régimen de este artículo 1.091 y tiene como finalidad permitir las negociaciones para alcanzar la adecuación de las prestaciones. “En el ámbito judicial, el afectado por la excesiva onerosidad puede solicitar el dictado de una medida cautelar [...] que, de permitirlo la naturaleza del contrato, suspenda los plazos de cumplimiento hasta tanto se agote el debate o varíen las circunstancias desequilibrantes”³⁹⁴.

También podría analizarse la posibilidad que tiene el deudor de plantear la tutela anticipatoria que resulta de la Acción Preventiva del daño (arts. 1711/1713, 1717 CCCN), la cual extiende la legitimación a quienes acrediten un “interés razonable en evitar el daño”³⁹⁵. La opción de que el proceso concursal termine en una quiebra sin haberse arbitrados los medios idóneos para procurar impedirlo podría verse como la producción o el agravamiento de un daño.

394 Herrero, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián. Directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III, Libro Tercero, p. 487.

395 Podrían ser los mismos acreedores, alegando el agravamiento del daños que produciría –llegado el caso– la declaración de la quiebra.

RENEGOCIACIÓN DE LOS ACUERDOS EN ETAPA DE CUMPLIMIENTO

GARCÍA BAMBILL, Emiliano A.

Ponencia

La pandemia implicó que una gran cantidad de sujetos concursados con acuerdo homologado no puedan honrar, en la forma pactada, las obligaciones que surgen del concordato. Esta situación crítica, imprevisible e inevitable, nos obliga a repensar soluciones que eviten el decreto de quiebra. En ese contexto, y sobre la base del principio de buena fe, la alternativa de permitirles renegociar lo pactado aparece como una respuesta plausible. Sin embargo, entiendo que solo resulta viable el instituto para aquellos sujetos que acrediten aptitud para superar esta nueva crisis generada por circunstancias exógenas e inesperadas. En ese sendero, el juez que interviene en el proceso podría ordenar la suspensión de los plazos previstos en el acuerdo homologado y otorgar un término para que el concursado reúna las conformidades de los acreedores. En el contexto actual de nuestra legislación, solo la aprobación otorgada por la unanimidad de los *accipiens* permitiría validar la nueva propuesta, que a mi criterio solo readecúa la anterior sin extinguirla.

I.- Introducción

La pandemia y las diversas medidas que se tomaron para contrarrestar sus devastadores efectos produjeron una profunda recesión a nivel mundial y nuestro país no fue la excepción. En el orden local, los datos y estimaciones del INDEC revelan una caída estrepitosa de la actividad económica, que ya antes de la acometida del virus se encontraba debajo de los niveles deseables. Esta crisis se refleja en –casi– todos los sectores y genera ruinosos efectos en la economía de nuestras empresas. Promediando el año 2020, especulábamos que el año en curso nos iba a encontrar en mejores condiciones, pero con desolación observamos que la situación es aún más alarmante, tanto desde lo sanitario como de lo económico –que es el aspecto que nos convoca–. El dramático estado de cosas ha preocupado hondamente a la doctrina concursalista³⁹⁶, y

³⁹⁶ La cantidad de trabajos y sugerencias es abrumadora y hasta ha dado lugar a la creación de neologismos: “insolpandemia” (Anich, Juan A., “La “insolpandemia” y su inciden-

en mayor o menor medida al poder legislativo que no logró aprobar el proyecto de ley al que brevemente me refiero infra.

En este contexto procuro analizar qué alternativas pueden bajar aquellas personas concursadas que lograron que la oferta realizada a sus acreedores fuera aceptada y homologada, pero que en el contexto actual no la pueden honrar, por los menos en los términos de su formulación. No puede pasar inadvertido que generalmente se diseñan promesas de pago a largo plazo, y atendiendo las características pendulares de nuestra economía, resulta siempre muy difícil para los deudores ponderar, con cierto rigor, el escenario del mercado con el que se encontrarán al momento de tener que solventar los compromisos asumidos en el concordato. Si a ello le sumamos la irrupción de una pandemia de alcance mundial, claramente las proyecciones estimadas resultan aún más desdibujadas. Como señala Chomer, variaron sustancial y profundamente los antecedentes considerados, las circunstancias y el contexto en el que se ofrecieron las pautas del acuerdo propuesto y aceptado por los acreedores³⁹⁷.

II.- Intentos regulatorios. Antecedentes foráneos

Para intentar contener la situación, en el año 2020, se elevaron diversas propuestas legislativas que fueron desestimadas en sus versiones originales. Luego, algunas de las ideas en ellas volcadas se plasmaron en un proyecto que propugnaba una reforma temporal de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ). En lo particular, para el tema que abordo en este trabajo, la iniciativa preveía la prórroga del plazo de cumplimiento de los acuerdos homologados por el término de un año y desde el vencimiento originariamente previsto; y su hubiere cuotas, prestaciones u obligaciones ya vencidas e impagas o incumplidas, se posponía su exigibilidad al 31/03/2021³⁹⁸. En el *iter* parlamentario, la Cámara Alta modificó la sanción dispuesta por la Cámara de Diputados y le giró nuevamente el proyecto que llevaba el ampuloso título de “Ley de Sostenimiento de la Actividad Económica en el marco de la Emergencia Sanitaria Pública Coronavirus. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”. Como es por todos conocidos, la iniciativa legal no fue sancionada.

cia en los procesos concursales. Readequación de propuestas” en LA LEY 09/06/2020, AR/DOC/1599/2020).

397 Héctor O. Chomer, “Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal”, LA LEY 03/08/2020.

398 Molina Sandoval, Carlos A., “Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”, LA LEY 13/08/2020, AR/DOC/2638/2020.

Aún en ese contexto, cabe preguntarse si resultaba suficiente la propuesta parlamentaria de suspender los vencimientos para solucionar la nueva realidad de aquellos deudores que se encontraban atravesando un proceso de reestructuración y que fueron sorprendidos por esta crisis económica impredecible. Y la respuesta es por demás obvia, toda vez que retardar los procesos y amordazar a los acreedores no parece una respuesta ajustada a las necesidades de aquellos sujetos concursados³⁹⁹, sino más bien una prolongación de la agonía.

Debemos tener presente que la única posibilidad de que la ley 24.522 prescriba ante la situación en análisis es la declaración de quiebra del *debitoris* como consecuencia del incumplimiento (art. 63 LCQ). Es por ello que, casi mayoritariamente, la doctrina negó la posibilidad de que el deudor renegociara el acuerdo, sin importar las razones del incumplimiento. Se sostuvo desde antaño que el acuerdo es inmutable y no existe posibilidad de modificarlo, ya sea en cuanto a su contenido o su plazo de cumplimiento⁴⁰⁰. Los antecedentes judiciales en general compartían ese criterio⁴⁰¹, y solo algunas voces proponían la posibilidad de su renegociación⁴⁰².

A nadie se le escapa que la resolución de falencia provoca un efecto devastador en toda la actividad económica, porque se inutilizan o deterioran activos, se pierden puestos de trabajo, se frena el consumo, cae la recaudación impositiva, por mencionar solo algunas de la inmensa cantidad de consecuencias que el decreto de quiebra apareja, en lo particular para el concursado, pero también para la economía toda. Es por ello que debemos encontrar una solución para evitar que en este contexto tan crítico los deudores quiebren y todo el sistema económico colapse⁴⁰³.

De manera casi inmediata a que la Organización Mundial de la Salud (OMS) caracterizara al COVID-19 como una pandemia, muchos países sancionaron normativas de emergencia que modificaron sus leyes concursales, ello con el claro objetivo de intentar contrarrestar los inconvenientes económicos que ya se preveía que se generarían en las empresas. Así

399 Ver Ruben Segal, “La procrastinación de la legislación concursal en tiempos de pandemia”, La Ley, 29/03/2021 - AR/DOC/723/2021.

400 José A. Iglesias, “El incumplimiento del acuerdo y los intentos de evitar sus consecuencias”, RDCO 1987-20-659, citado por Graziabile Darío J, “Régimen Concursal”, T. II, Abeledo Perrot, 2014, p. 666.

401 CNCom, Sala D, 30/3/90, “Sánchez Angela s/Conc. Civ”, CNCom, Sala C, 27/11/87, “OligonSA”, LL, 1989-B-p. 385; CNCom, Sala D, 5/6/84, “MorfrutSCA s/Quiebra”; CCyC TL, 05/08/1997, autos: “Huberty, José O. y otro, conc. prev.”, publicado TR LA LEY AR/JUR/3169/1997.

402 Juan A. Anich, “La Propuesta de Pago Readecuable. Una alternativa para evitar incidencias macroeconómicas e institucionales en los procesos de reestructuración de deuda en el sector privado”, LA LEY, 2005-B-p. 1.374.

403 Ver Juan A. Anich, La “insolpandemia...”, cit.

actuaron España, Reino Unido, Alemania, Francia, Australia, Suiza, Italia, entre otros. En lo particular, por ejemplo, para los deudores que hubieren logrado el acompañamiento de los acreedores a su propuesta de pago el real decreto-ley 16/2020 español dispuso la posibilidad de reformular el acuerdo homologado (conf. art. 8). Con anterioridad también lo permitió el decreto 23 de Italia (8/04/2020), que dio al deudor la posibilidad de solicitarlo y obtener un plazo de 90 días para ello⁴⁰⁴. Es decir que lo que planteo como alternativa a nivel local en muchas naciones se autorizó a través de concretos cambios legislativos.

III.- Precedentes. Análisis

Con independencia de la enorme dificultad que representa para el juez del concurso la ausencia de una respuesta legislativa a la crítica situación en análisis, la magistratura intentó brindar una solución, aunque a mi entender solo parcial. Obviamente, no puede pasarse por alto que en los casos que referiré los jueces intervinientes también estaban limitados por la petición efectuada por el requirente, por lo que —aun cuando entendieran que podían ir más allá de lo decidido— la pretensión de los concursados demarcó el límite de la resolución. En ese contexto, se observan algunos antecedentes judiciales en los que se dispuso la prórroga del pago de las cuotas concordatarias por un determinado lapso de tiempo⁴⁰⁵, u otros en los que se prolongó por un plazo más amplio que el que de corriente se otorga para contestar cualquier traslado para que acreditaran el pago de cuotas vencidas y reclamadas⁴⁰⁶. En otros casos —aunque su mención excede el marco de lo desarrollado en esta presentación—, la justicia ordenó extender el período de exclusividad, que ya había sido inicialmente prorrogado a pedido de la concursada, y replicó en algún modo alguna de las soluciones que la ley 25.563 dispuso, como ley de emergencia, para atender la crisis que el país atravesó en el año 2001⁴⁰⁷.

404 Javier Lorente, “Noticias sobre la legislación concursal española en la emergencia Covid-19”, 13/05/2020, publicado en <https://abogados.com.ar/noticias-sobre-la-legislacion-concursal-espanola-en-la-emergencia-covid-19/25877>.

405 En autos “Ancers SA s/Concurso Preventivo”, el 17/11/2020, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso una prórroga por 180 días corridos para el pago de la primera cuota concordataria. Ver *on line*: AR/JUR/61073/2020.

406 El 4/11/2020, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el expte. rotulado “Italcred SA s/ Concurso Preventivo”, dispuso extender por 60 días el plazo para que la deudora acredite el pago de las cuotas concordatarias vencidas respecto de un acreedor que había intimado a su cumplimiento bajo apercibimiento de decretarse la quiebra. Cita *on line*: AR/JUR/54976/2020.

407 CNCom., Sala C, 27/05/2020, autos: “Latam Agro SA s/Concurso Preventivo”, cita *on line*: AR/JUR/18683/2020. Ver Germán E. Gerbaudo, “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”, SJA 10/06/2020, *on line*: AR/DOC/1731/2020.

IV.- La imprevisión contractual

Hace más de 15 meses transcurrimos una crisis extrema, imprevisible e inevitable que nos obliga a repensar el derecho y evaluar la posibilidad de que el concursado con acuerdo homologado, sobre la base del principio de buena fe (art. 9 CCCN), pueda renegociar lo pactado. Para ello el ordenamiento jurídico pone a nuestro alcance diversos institutos que se pueden enarbolar para plantear una revisión del concordato alcanzado con los acreedores. El derecho privado regula la teoría de la imprevisión (art. 1.091 CCCN), la imposibilidad del cumplimiento (arts. 955 y 956 CCCN) y la frustración de la finalidad (art. 1.090 CCCN)⁴⁰⁸. Siempre se discutió la naturaleza jurídica del concordato, ya que resulta una figura típica del derecho concursal que, si bien parte de una base contractual, se integra con diversas etapas expresamente regladas. Por ello, algunos tratadistas lo diferencian del típico contrato de derecho privado. Sin embargo, más allá de las particularidades aludidas, no creo que pueda negarse su esencia convencional y, por tal motivo —a mi criterio—, susceptible de ser pasible de analizarse bajo la impronta de los institutos mencionados, cuando las circunstancias objetivas bajo las cuales se lo homologó hayan sufrido una modificación inusitada que altere el contenido de las prestaciones pactadas⁴⁰⁹. La alteración extraordinaria de la situación existente al tiempo de la obtención de las conformidades por el deudor, y posterior homologación de acuerdo, sobrevenida por causas ajenas a las partes intervinientes, resultan condiciones propias para la aplicación de la teoría de la imprevisión⁴¹⁰, y por ende para solicitar la (re)adecuación a la que alude el artículo 1.091 del código de fondo.

El derecho concursal no es una isla impermeable al resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Cabe pensar en diversas circunstancias en las que, a pesar de la prescripción normativa, se buscaron alternativas en pos de evitar —sin más— la declaración de falencia. Así, de algún modo, se originó lo que se conoce como “tercera vía”, fruto de la labor judicial (“Líneas Vanguard”, “Arcángel Maggio”, “Editorial Perfil”⁴¹¹, entre otros), en que los tribunales resolvieron hipótesis de acuerdos abusivos, pero —en lugar de declarar la quiebra, tal como lo dispone el artículo 51 LCQ (o habilitar el procedimiento previsto en el art. 48 LCQ)— consideraron conveniente permitir que el mismo concursado reformule la propuesta

408 Germán E. Gerbaudo, “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”, SJA 10/06/2020, *on line*: AR/DOC/1731/2020.

409 Daniel E. Truffat, “La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia”, publicado en <https://abogados.com.ar> el 29/04/2020.

410 Ricardo L. Lorenzetti, “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo VI, 1ª ed., Santa Fe, p. 224.

411 CNCom., Sala C, 4/9/01, *in re*: “Línea Vanguard S.A. s/ Concurso Preventivo”; CSJN, “Arcángel Maggio S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Impugnación al Acuerdo Preventivo”, 15/3/07; CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ Concurso Preventivo”, 19/9/07, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, 2/11/07, pp. 71 y ss.

en algo así como un nuevo período de exclusividad o nueva oportunidad de arreglo.

V.- La reformulación del acuerdo homologado. Condiciones. Aspectos procedimentales

Siguiendo esa línea de razonamiento, y para el tema que desarrollo, estamos frente a un suceso de imposible previsión para el deudor cuando hizo su propuesta de acuerdo, en el que sobrevuela no solo el tiempo que puede durar la pandemia, sino también las medidas que el gobierno haya dictado para contrarrestar los efectos del virus, o las que disponga en el futuro. Como mencioné, mayoritariamente la doctrina se opuso a la modificación del acuerdo homologado. Sin embargo, algunos autores de nota consideraron ya hace tiempo la eventualidad de su reformulación si el deudor lograra que todos sus acreedores lo acompañen⁴¹². Esta conformidad la exigen incluso de aquellos que aún no fueron incorporados al pasivo concursal, pero que se encuentren atravesando un incidente de revisión o de verificación tardía⁴¹³.

Comparto esta última posibilidad. Considero que la dificultad de cumplir el acuerdo por el concursado como consecuencia de una situación imprevisible no puede sin más llevarlo a la quiebra. Como dije antes, y ponderando los últimos antecedentes judiciales, la prórroga de los plazos de pago puede ser solo una opción meramente coyuntural, pero no una solución. Es necesario que el deudor pueda reformular su propuesta. No obstante, ello no puede profesarse en cualquier circunstancia. Liminarmente cabe indagar si la readecuación del concordato la puede requerir cualquier persona. La respuesta negativa se impone, y en mi entender solo sería viable para aquellos sujetos que demuestren la aptitud de superar esta nueva crisis, generada por circunstancias exógenas e imprevistas. En ese entendimiento, y a fin de evitar el abuso del proceso, creo necesario, como requisito *sine qua non* para que el deudor requiera la autorización para reformular el acuerdo, que adjunte un plan de cumplimiento de la propuesta en la que indique de manera expresa la forma en que sorteara este trance, con expresa mención a su nuevo programa de empresa, planificaciones futuras y una proyección de la viabilidad de su giro comercial. Para sustentar su análisis, debería adunar un dictamen suscripto por un profesional en administración de empresas que respalde su programa de recuperación⁴¹⁴.

412 Ver Miguel A. Raspall, “Nueva crisis empresarial y reformulación del acuerdo. Modificación de los arts. 59 y 63 LCQ”, LA LEY2018-F, 994, cita *on line*: AR/DOC/2388/2018.

413 Pablo Heredia, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, CABA, 2000, Tomo 2, Ed. Abaco, p. 302; Javier Lorente, “Imposibilidad para el concursado de modificar los términos del acuerdo homologado”, ED - 179, p. 43.

414 No puede dejar de mencionarse que varios autores de nota afirman que actualmente

Definido que no todos los concursados podrían requerir la readecuación del concordato, sino solo aquellos que acrediten la viabilidad económica de su empresa, cabe puntualizar una serie de aspectos. El primero es el procedimiento a seguir. Entiendo que, del mismo modo que lo prevé el artículo 43 LCQ, el juez podría otorgarle al deudor un plazo de 90 días para que obtenga la conformidad a la readecuación del acuerdo que propone. Durante ese término, el magistrado debería ordenar la suspensión de los plazos previstos en el acuerdo homologado. En el contexto actual de nuestra legislación, solo la aprobación otorgada por la unanimidad de los acreedores permite validar la nueva propuesta (incluso la de aquellos verificados tardíamente). *De lege ferenda*, habría que regular una mayoría menos gravosa para la reformulación del acuerdo, similar a la prescripta por el artículo 45 LCQ. Alcanzada esta mayoría, la nueva oferta de cancelación no extingue la anterior, sino que la readecúa (art. 935 CCCN)⁴¹⁵, por lo que en caso de incumplimiento los acreedores concurrirán al proceso liquidativo con la obligación originariamente novada (art. 56 LCQ), descontado aquello que hubieren percibido luego del nuevo acuerdo.

VI.- Colofón

Para evitar que todo el sistema económico colapse, es necesario dejar de lado ciertos rigorismos y pensar en soluciones que permitan ser aplicadas en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Sin dudas, la reformulación del acuerdo es un instituto que desde hace años viene siendo profesado por un sector minoritario de la doctrina concursalista —quizá hoy y por el contexto actual con muchos más adeptos—, y que bien aplicado podría significar una medida que ayude a algunas empresas a superar las dificultades que la pandemia causó en su giro económico.

el ordenamiento jurídico impone, específicamente para sociedades, que se acompañe el plan de negocios para efectuar su propuesta de acuerdo y así obtener la conformidad de los acreedores y la homologación por el juez (ver Efraín H. Richard, “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedad y su homologación” en “Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial”, ed. Erreius, 2016, p. 391).

415 Juan A. Anich, “La “insolpandemia...””, cit.

LA RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO: UNA NUEVA SOLUCIÓN NO LIQUIDATIVA PARA EL CONCURSADO

TORRESI, Gloria M. y MORICONI, Damián A.

Ponencia

No obstante el vacío legal existente en la ley concursal, por aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta posible la renegociación del acuerdo preventivo homologado ante el acaecimiento de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, no imputables al concursado, que tengan la entidad suficiente de alterar la situación existente al momento en que el concursado formuló la propuesta de acuerdo a los acreedores.

Desarrollo

1. Introducción

Las consecuencias sociales y económicas disvaliosas ocasionadas por el COVID-19 provocaron el resurgimiento de la discusión sobre determinados temas de derecho concursal, entre ellos, la posibilidad de renegociar un acuerdo preventivo homologado.

En el presente trabajo nos referiremos a la posibilidad del concursado de renegociar con los acreedores las condiciones de un acuerdo preventivo homologado en etapa de cumplimiento.

2. Viabilidad del instituto

Actualmente, no existe en la ley concursal una norma que otorgue al deudor la posibilidad de renegociar un acuerdo preventivo homologado.

Este vacío legal es propicio para la aparición de diversas opiniones que pretenden dar una solución al tema.

Así, algunos autores afirman que la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo y el carácter de cosa juzgada de la sentencia de homologación del acuerdo preventivo constituyen óbice para la renegociación del pasivo concursal.

Esta postura considera que el acuerdo preventivo homologado no es un contrato en los términos del artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), y por tanto, no le resultarían aplicables las disposiciones previstas en el CCCN que habilitan la revisión de las condiciones contractuales⁴¹⁶.

A su vez, estos autores sostienen que el carácter de cosa juzgada de la sentencia homologatoria del acuerdo preventivo impide al juez y al deudor modificar las propuestas votadas por los acreedores, so riesgo de comprometer la seguridad jurídica.

Por el contrario, adherimos a la postura contraria de aquellos que sostienen que el acuerdo homologado es una especie de contrato, y en consecuencia, quedaría comprendido por las normas contractuales previstas en el CCCN que permitirían su revisión en determinadas circunstancias.

“Los concordatos no son más que una especie de CONVENIO. Participan de la misma naturaleza jurídica que los contratos —son especies distintas y nada más—. Constituyen lo que se denomina ‘convenios de mayorías’. El hecho de celebrarlos en un ámbito procesal tal vez nos haya llevado a olvidar tal punto. Pero lo cierto es que lo que alumbra el proceso concursal es un cruce entre ‘oferta’ y ‘aceptación’ —solo que esta última no exige la unanimidad de los sujetos a la que va dirigida la oferta, sino solo mayorías calificadas por ley—; y la supervisión estatal para asegurarse que no se han vulnerado los derechos de las minorías. La homologación es una sentencia que simplemente hace más sólidos, más formales, ‘bonifica’ los acuerdos al dar cumplido con los recaudos de oponibilidad respecto a quienes lo aceptaron”⁴¹⁷.

A su vez, el carácter de cosa juzgada de la sentencia no implica la inmutabilidad del acuerdo preventivo homologado. Así, la cosa juzgada cede ante la existencia de circunstancias imprevistas y extraordinarias que modifican la situación imperante al momento de formular la propuesta de acuerdo a la cual prestaron conformidad los acreedores⁴¹⁸.

De hecho, los magistrados argentinos, como directores del proceso concursal (art. 274 LCQ) y ante la emergencia declarada por el COVID-19, decidieron en algunos casos prorrogar el cumplimiento de las cuotas concordatarias⁴¹⁹, lo cual demuestra que ante circunstancias

416 Sosa Federico, y Salemme Yanina, “¿El acuerdo homologado se puede modificar?”, www.abogados.com.ar, 11/06/2020.

417 Truffat, E. Daniel, “La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia”, en www.abogados.com, 29-4-2020.

418 Raspall, Miguel A., “Empresas concursadas. Renegociación del acuerdo y facultades jurisdiccionales”, *DSC, Errepar, XXXIII, mayo 2021*.

419 CNCom. Sala ANCER S.A. s/ Concurso Preventivo, 17.11.20, CNCom. Sala B, “Multiacero SA. s/ conc. prev.” 01/07/2020.

extraordinarias la sentencia homologatoria no es una “vaca sagrada” que no se pueda tocar⁴²⁰.

Entonces, si consideramos que el acuerdo preventivo homologado es un contrato –con las peculiaridades señaladas–, su renegociación resulta factible en base a los artículos 888, 955, 956, 1.090, 1.091, 1.732 y cs. del CCCN, que resultarían aplicables al caso puesto que “Si un caso en particular el juez no encuentra en la ley aplicable una disposición que permita resolverlo con justicia, para satisfacer este elevado estándar deberá recurrir al diálogo de fuentes y atender no solo a la letra de la ley, sino también a sus fines y principios”⁴²¹.

Si no hacemos esto, los deudores van a quebrar. Aquí se impone recurrir a situaciones extraordinarias porque la situación así lo amerita y para esto no es necesario un cambio normativo. Debemos ser fundamentalmente simples y dejar de lado muchas discusiones dogmáticas para encontrar una solución a esta circunstancia⁴²².

En definitiva, consideramos que el acaecimiento de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, no imputables al concursado, con la entidad suficiente de alterar la situación existente al momento en que el concursado formuló la propuesta de acuerdo luego aprobada por los acreedores, permite abrir una nueva instancia de negociación del acuerdo preventivo homologado, con las particularidades que señalaremos en el punto 4 de este trabajo.

Vedar esta posibilidad –renegociación del acuerdo preventivo homologado– es una actitud que va a afectar a miles de personas, y la circunstancia nos impone una cierta creatividad en la búsqueda de soluciones⁴²³.

3. Fundamentos

Nuestra postura se sustenta en los mismos principios que sirven de base al concurso preventivo. Consideramos que la quiebra no es la mejor solución ante el incumplimiento del acuerdo preventivo por la existencia de circunstancias excepcionales que afecten al concursado.

En tal sentido, y en consonancia con lo sostenido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, opinamos que la renegociación del acuerdo se impone como el medio más idóneo para la conservación de la

420 Martorell, Ernesto Eduardo, “Revisión de acuerdos preventivos homologados. ¿Se puede o es cosa de herejes plantearlo?”, RC D 92/2021.

421 Raspall, Miguel A., *op. cit.*

422 Anich, Juan A., *La “insolpandemia” y su incidencia en los procesos concursales. Reade-cuación de propuestas*, 9/6/2020, La Ley AR/DOC/1599/2020.

423 Anich, Juan A., *op. cit.*

actividad del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (art. 16 LCQ).

La afectación del patrimonio del deudor por causas exógenas justifica aquellas soluciones que tiendan a preservar la empresa del concursado, lo cual se traduce en la protección de la fuente de trabajo, que beneficia a la sociedad toda.

Además, la apertura de una nueva instancia de negociación probablemente beneficie a los acreedores, quienes difícilmente obtendrán el cobro de sus créditos en una quiebra posterior, tal como lo demuestra la experiencia argentina.

4. Funcionamiento del instituto

A renglón seguido, proponemos algunas pautas de funcionamiento de este instituto, las cuales pensamos que mejor armonizan con las normas concursales vigentes.

4.1. Oportunidad

Admitimos la renegociación del acuerdo preventivo homologado, siempre y cuando se respeten los principios de buena fe, razonabilidad y abuso del derecho.

Por tanto, consideramos que el deudor podrá solicitar al juez concursal la reapertura de un período de negociación del acuerdo preventivo homologado, debiendo justificar en su solicitud dos extremos: por un lado, la existencia de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, que no le son imputables, y que tengan la virtualidad de alterar la situación existente al momento en que formuló la propuesta de acuerdo de acreedores; y por otro lado, el cumplimiento regular las prestaciones concordatarias anteriores al acaecimiento de estas circunstancias especiales.

Tal solicitud podrá ser formulada por el deudor en cualquier momento durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo cuando invoque dificultades para cumplir en tiempo y forma las prestaciones concordatarias, o bien, ante el pedido de quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo formulado por los sujetos legitimados según el artículo 63 LCQ. En ambos supuestos, el concursado deberá acreditar los extremos indicados en el párrafo anterior.

4.2. Legitimación y trámite

Aunque resulte una obviedad, sostenemos que el concursado es el único legitimado para solicitar la reapertura de un período de negociación, puesto que será quien reformulará la propuesta de acuerdo a los acreedores.

Previo a resolver, el juez debería ordenar una vista al comité de control del acuerdo o al síndico si se tratara de un pequeño concurso. No resultaría aplicable el trámite incidental de los artículos 280 y siguientes de la LCQ.

4.3. Plazo. Mayorías. Homologación

En lo que refiere a la duración de este plazo de renegociación del acuerdo, mayorías, homologación, efectos del acuerdo, etc., resultan aplicables las normas previstas en la ley concursal (arts. 43, ss. y cs. LCQ).

4.4. Acreedores comprendidos

En el período de renegociación del acuerdo, el deudor podrá reformular las propuestas comprendidas en el acuerdo homologado, e incluso podrá formular propuesta a los acreedores privilegiados si no lo hubiera hecho en el período de exclusividad.

Consideramos que los acreedores posconcursoales (aquellos por causa o título posterior a la presentación en concurso preventivo y anteriores a la reapertura del período de negociación) no quedarían comprendidos en la renegociación del acuerdo.

Ello evitaría, por un lado, abrir un nuevo período de información que atentaría contra el principio de celeridad y economía procesal que rige en materia concursal, y por otro lado, dilatar en el tiempo el cobro de los créditos de los acreedores comprendidos en el acuerdo renegociado.

Por último, destacamos que si el período de renegociación del acuerdo no comprende a los acreedores posconcursoales, no se violaría el período de inhibición previsto en el artículo 59 LCQ, puesto que únicamente participarían los mismos acreedores que en el período de exclusividad anterior. Quizás una solución distinta se impondría si una reforma posterior decidiera eliminar el obstáculo que constituye la aplicación del artículo 59 LCQ al tema que nos ocupa.

4.5. Falta de obtención de las mayorías

Si el deudor no obtiene las mayorías de ley en este período de renegociación del acuerdo, consideramos que no correspondería declarar la quiebra, sino que debería permitirse al deudor cumplir el acuerdo preventivo oportunamente homologado, salvo que el propio concursado manifieste la imposibilidad de cumplirlo. En ese caso, por aplicación del artículo 63 LCQ, el juez deberá declarar la quiebra.

Esta sería la solución que mejor se condice con los fundamentos que justifican la renegociación del acuerdo preventivo y que fueron señalados más arriba.

5. Conclusión

Como se advierte, resulta necesaria una reforma legislativa que incorpore este instituto en la ley concursal, lo cual brindaría al concursado una solución no liquidativa ante la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas al deudor de buena fe.

Hasta tanto ello ocurra, los jueces —como directores del proceso concursal (art. 274 LCQ) y actuando con prudencia— deberían habilitar esta instancia de renegociación del acuerdo preventivo homologado aplicando las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación arriba mencionadas.

LA FALTA DE PREVISIÓN LEGAL DE LA RENEGOCIACIÓN CONCURSAL DEL ACUERDO PREVENTIVO

MARTINEZ, Marisol

Ponencia

El acuerdo preventivo homologado carece de la naturaleza de contrato del derecho común.

Surgido como consecuencia de la aplicación de mayorías (art. 45 y cc. LCQ), con efectos novatorios (art. 55 LCQ) y oponibilidad a acreedores concursales no participantes (art. 56 LCQ), legalmente dispuestos, la pretensión de profundizar la gravitación de los efectos del acuerdo sobre los acreedores no solo carece de sustrato legal, sino que se encuentra reñido con la equidad y la garantía de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75, inc. 22, CN y normas convencionales internacionales).

En situación de crisis generalizada, el presupuesto concursal fundante de tutela del deudor se neutraliza y halla contrapeso en paralela afectación de derechos de los restantes contendientes concursales.

Las normas concursales que prevén acuerdos cierran expresamente la vuelta atrás al proceso concursal que mediante tales figuras se supera (acuerdos –avenimiento, art. 227; exclusión de conversión, art. 90; y período inhibitorio, art. 59–).

Desarrollo

En nuestra coyuntura, la ley 27.541, que declarara la emergencia “económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social” hasta el 31/12/2020, precedió a la crisis integral desatada por la pandemia declarada el 11/03/2020 por la Organización Mundial de la Salud.

Habitualmente, asistimos a declaraciones de emergencia por ley y sucesivas prórrogas. Ello ha sucedido durante la mayor parte de este siglo en nuestro medio, lo que pareciera constituir casi una “normalidad”.

Es frecuente que la respuesta a las crisis se pretenda dar desde el derecho concursal, con normas de emergencia, algunas necesarias y oportunas, pero también con algunas otras inoportunas, y aun algunas decidida-

mente oportunistas.

Las expectativas de modificación de la realidad desde el derecho son tan asiduas, con o sin crisis, como poco realistas, y no son exclusivas de nuestro medio.

La crisis desatada por la pandemia del COVID-19 fue respondida con modificaciones al derecho concursal en muchos países, entre ellos Alemania, España, Reino Unido, Australia, Francia, Suiza, Turquía, Italia, Singapur, la India y Colombia, entre otros.⁴²⁴

El Reino de España modificó (*refundió*, según la expresión hispánica) su legislación concursal a través de real decreto-ley 8/2020 (17/03/2020), y del real decreto 463 (14/03/2020), que disponía la suspensión del deber de los administradores de solicitar el concurso dentro de los dos meses de conocida la insolvencia hasta tanto cesara el estado de alarma dispuesto precisamente por el real decreto 463; no dar curso a los pedidos de concursos necesarios durante el estado de alarma y hasta dos meses después de vencido, etc.

En las circunstancias actuales, recurrentemente se proponen medidas que tenderían a la administración de las consecuencias de la crisis en que nos vemos inmersos. Entre ellas, la reformulación de los acuerdos homologados en curso de cumplimiento⁴²⁵.

La posibilidad de negociar extrajudicialmente el contenido del convenio homologado por el deudor con sus acreedores no encontraría impedimento *a priori*, con fundamento en el derecho común.

Ello no vincularía de modo alguno a aquellos acreedores con quienes el concursado no hubiese acordado la renegociación ni podrían ser perjudicados por tales acuerdos. Asimismo, estos conservan la facultad de pedir la quiebra por incumplimiento del acuerdo. Tema aparte merece el debate respecto de la posibilidad de peticionar la quiebra por incumplimiento por parte del acreedor que renegociara con su deudor los términos de su cuota o cuotas concordatarias.

Asimismo, el derecho común contempla un abanico de institutos de emergencia: caso fortuito/fuerza mayor (art. 1.730 CCCN), imposibilidad (art. 955 CCCN), imprevisión (art. 1.091 CCCN), frustración de la finalidad (art. 1.090 CCCN), suspensión del cumplimiento (art. 1.031 CCCN), tutela preventiva (art. 1.032 CCCN), los cuales no se encuentran *prima facie*

424 Lorente, J. A., Noticias sobre la legislación concursal española en la emergencia Covid-19, Abogados.com.ar, *Newsletter* 13/05/2020.

425 Truffat, E. D., La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas hejías en tiempos de pandemia, Abogados.com.ar, *Newsletter* 29/04/2020. Este autor la califica de “imprescindible” y afirma constituir “una próxima recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal”.

excluidos durante esta etapa del procedimiento concursal.

Algunas opiniones expresan la necesidad de unanimidad para toda modificación al acuerdo homologado⁴²⁶.

Los derechos de los acreedores fueron decididos por las mayorías dispuestas y el acuerdo impuesto legalmente (art. 56 LCQ), en el contexto concursal bajo el presupuesto del estado de cesación de pagos del deudor.

Frente a una situación de crisis generalizada, el presupuesto fundante se neutraliza.

En dichas circunstancias, la pretensión de profundizar la gravitación de los efectos del acuerdo sobre los acreedores carece de sustrato legal en absoluto, que se encuentra reñido con la equidad, y halla el contrapeso en la afectación de los contendientes concursales como consecuencia de los alcances de la emergencia.

Así es como aun autores que auspician una normativa sobre renegociación de acuerdos homologados en etapa de cumplimiento dejan a salvo la premisa de concursalidad como socialización del daño emergente de la cesación de pagos, con sacrificio razonablemente compartido y con esfuerzo extra, de ser necesario, sobre el concursado y sus accionistas y no sobre los acreedores, recordando incluso la enseñanza sobre propuestas irrisorias que dejó la crisis del 2002⁴²⁷.

El carácter de cosa juzgada de la sentencia homologatoria, sus efectos novatorios y de oponibilidad a todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación concursal, aún disidentes o ausentes, fundamentaron el rechazo a la posibilidad de renegociar los términos surgidos del acuerdo homologado, tanto durante la vigencia de la ley 19.551 como de la ley 24.522, exigiéndose como corolario la unanimidad para cualquier variación.

En el caso de España, el real decreto-ley 16/2020 (28/04/2020) “de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia” dispone un Capítulo II en el que incluye medidas en el ámbito concursal y societario.

Su artículo 8 prevé de modo específico la modificación del convenio concursal:

“1. Durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado, podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran

426 No parecería irrazonable una mayoría de exacta composición a aquella que lograra la existencia del acuerdo.

427 Artículo citado en nota 1.

pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

2. El juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

3. Las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago”.

De acuerdo a la exposición de motivos, la modificación legal atendería una “triple finalidad”: mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, calificando como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos en determinadas condiciones.

Por su parte, la ley de quiebras de España dispondría que la declaración judicial de incumplimiento del convenio suponga la rescisión de este y la desaparición de los efectos novatorios que sobre los créditos produce la aprobación del convenio. No se ven entonces afectados los acreedores por las quitas y esperas establecidas en el convenio rescindido.

Esta virtualidad, la desaparición de efectos novatorios, no prevista en nuestro régimen, descarta por sí misma la plausibilidad de propuestas de replicar la figura de la renegociación incorporada recientemente por el

real decreto-ley 16/2020.

La recuperación del crédito originario novado por los efectos del acuerdo homologado por parte de los acreedores redundaría en un contrapeso al poder de imponer una renegociación que readquiriera el deudor, partiendo de un crédito ya novado como techo.

La hipótesis de revisión contemplada para situaciones de emergencia o excepcionales para los contratos de ninguna manera puede compararse con la pretensión de revisar los términos del acuerdo homologado a la luz de los institutos que avalan la renegociación en el derecho común. Tampoco so pretexto de una renegociación en contexto de emergencia es, sin más, equiparable a una duplicación del trámite concursal, no prevista ni admitida por la ley concursal, ley especial que regula la materia.

El acuerdo obtenido en el concurso implica un acuerdo de voluntades, incluso si se quisiera ver como resultado de oferta y aceptación, solo y exclusivamente para los acreedores que votaron positivamente la propuesta —quienes incluso se ven obligados a expedirse sobre la conformidad o no a una propuesta como consecuencia de la ruptura del *statu quo* patrimonial que la cesación de pagos de su deudor imprimió a la relación crediticia—. De ninguna manera podría predicarse ello respecto de los acreedores disidentes, tampoco de los ausentes, y solo una obliteración de la concepción del contrato puede tener por equivalente una situación impuesta por una mayoría legal en una opción (votación) que el acreedor tampoco puede renunciar inocuamente.

La supuesta protección que pudiera buscarse en la ley concursal a las minorías disidentes, podría encontrarse exclusivamente en el supuesto de imposición de acuerdo el artículo 52, inciso 2, LCQ (*cramdown power*), sobre la base de la no discriminación⁴²⁸ y, en el resto de la normativa, en cuanto al cumplimiento de recaudos legales de defensa en juicio, publicidad, etc., los cuales —lejos de traducirse en la expresión de la voluntad de parte de la minoría— se encuentran relacionados con requisitos de legalidad y transparencia.

Estamos de acuerdo en que el grave contexto puede dejar como única alternativa la quiebra, pero esta también puede ser solo una alternativa teórica, ya que nada garantiza *a priori* que, aun aplicando el mismo régimen de mayorías que ha dado lugar a la existencia de acuerdo (art. 49 LCQ), se obtuviera acuerdo a la propuesta de renegociación o renegociada ni tampoco que, aun obtenido el acuerdo refinanciado, el concursado se encontrara en condiciones de cumplirlo atento la perentoria crisis económico-financiera expandida y, particularmente, si una reforma de

⁴²⁸ El instituto del *cramdown power* originalmente involucra el concepto de equidad en el derecho norteamericano.

tal calibre no fuera acompañada de remedios de incidencia directa sobre la patología financiera del concursado o su empresa.

Incluso el formato de quiebra vigente, producto de sucesivas reformas de la ley 24.522, en particular de la reforma que la ley 26.684 le imprimiera en el año 2011, no es ya una instancia meramente liquidatoria, sino una alternativa a la protección de la fuente de trabajo y de la empresa económicamente viable (arts. 189, 190, 191 y cc., ley 24.522), todos remedios justamente para situaciones en que la empresa “mereciera” (como debían merecer la homologación los acuerdos en la ley 19.551) el salvataje que representa, nada menos, una imposición legal a los acreedores de renegociar nuevamente el acuerdo con su deudor.

Ninguna de las situaciones son ponderables ni elegibles, mucho menos en abstracto, pero se trata de las herramientas que la ley positiva vigente contiene.

Normas como la del artículo 227 de la ley 24.522, que regula los efectos del avenimiento –modalidad de “acuerdo” en la quiebra–, dejan en claro: *“Efectos del avenimiento. El avenimiento hace cesar todos los efectos patrimoniales de la quiebra. No obstante, mantienen su validez los actos cumplidos hasta entonces por el síndico o los coadministradores. La falta de cumplimiento de los acuerdos que el deudor haya realizado para obtener las conformidades, no autoriza la reapertura del concurso, sin perjuicio de que el interesado pueda requerir la formación de uno nuevo”*.

Es decir que el sistema sostiene en forma implícita una inexpugnabilidad de los acuerdos celebrados en el marco de procesos o tipos procesales concursales, y por medio de los cuales son superadas las posiciones crediticias originarias del deudor frente a sus acreedores. Un estado de cosas al que se arriba mediante un complejo conjunto de actos y trámites, y composición de voluntades e intereses involucrados, llegado el cual y salido entonces del marco concursal en todos los casos, no se compadece la regulación positiva vigente con una vuelta atrás a las condiciones que se superaran.

La nueva regulación *ad hoc* española de la pandemia deja a salvo: “Afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación”. Asimismo, contempla los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y “aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos”.

Esto dentro de un marco especial de una ley concursal distinta, con recaudos particulares, en un trámite como de nuevo concurso, sin efecto novatorio del acuerdo que se renegocia, etc., todo lo cual no es sin más trasladable a nuestro sistema concursal.

No se encuentra prevista en nuestra normativa la conversión en concurso preventivo (art. 90 y cc. LCQ) de la quiebra decretada por incumplimiento del concurso preventivo en concurso preventivo. Asimismo, el período inhibitorio previsto por el artículo 59 LCQ excluye la posibilidad de petición de nuevo concurso cuando se encuentra en etapa de cumplimiento otro concurso.

REINVENTARNOS. LA RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO HOMOLOGADO Y EL APE CON LOS ACREEDORES POSTCONCURSALES

ANTONI PIOSSEK, Carlos R. y ANTONIO, Ariel F.

Ponencia

1. En la actualidad, a las innumerables situaciones que favorecen la crisis patrimonial de los sujetos, se sumó la pandemia de COVID-19, vivificando aquel viejo refrán “sobre mojado, llovido”. Las explotaciones, en general, como cualquier sujeto concursal, además de sobrellevar los efectos de crisis anteriores, deben poner en funcionamiento la imaginación para implementar estrategias tendientes a continuar resguardándose para lograr, en algún tiempo desconocido, la tan ansiada recuperación patrimonial. Muchas de estas ocasiones, asumiendo medidas tendientes a evitar o aplacar conflictos laborales, no frenar su giro de comercio, no generar pasivos innecesarios, y generar recursos, sumado a las medidas preventivas con que, supuestamente, el Estado Nacional o Provincial deberían acompañar. Indudablemente, quienes quedan atrapados en una especie de telaraña son los concursados y sus acreedores.

2. En esta ponencia proponemos caminos alternativos a quienes llegaron a la homologación del acuerdo —previo o durante esta situación de emergencia— y deben buscar caminos alternativos para cumplir con las exigencias del procedimiento concursal preventivo para evitar desembarcar en la quiebra.

3. ¿Antes de la homologación del acuerdo, el concursado podría conformar un APE con los acreedores postconcursoales atento el poder latente de agresión que poseen sobre su patrimonio? ¿El concursado que hubiere obtenido la homologación del acuerdo, ante la imposibilidad de cumplimiento, podría celebrar un APE con los acreedores concursales más los postconcursoales? ¿El deudor, concursado antes de concretar un acuerdo con los acreedores homologados y los postconcursoales, debe petitionar autorización al juez del concurso? ¿En caso de arribar a un acuerdo conjunto con los acreedores concursales y los postconcursoales, debe homologarlo?, y en caso afirmativo, ¿ante qué juez?

4. La renegociación durante el curso de un trámite avanzado pero no concluido, a la luz de la crisis económica que hoy nos golpea, parece factible

—en el fondo es otra forma de enfocar a las extensas prórrogas que hoy se obtienen—. La renegociación del concordato homologado encuentra “una punta normativa” en el artículo 1.011 CCCN, y sobre la buena fe ante la imposibilidad de cumplimiento generado por el caso fortuito y fuerza mayor regulado por el artículo 1.730 CCCN. Más complejo —aunque más realista y potencialmente útil— es admitir una renegociación también con los acreedores postconcursoales, ya fuera que aún no se homologó el convenio o que ya lo está.

5. Los artículos 69 y siguientes de la LCQ proporcionan la posibilidad de llegar a celebrar un APE, no solo con los acreedores precursoales, sino también con los postconcursoales, y proceder a la homologación ante el mismo juez que dirige el concurso. Se concentra así el tratamiento del patrimonio insolvente.

6. No será necesario demostrar el estado de cesación de pagos ni las dificultades económicas o financieras de carácter general por encontrarse reconocidos judicialmente, posición contraria a lo requerido —aisladamente— por algunos tribunales. Igualmente, el deudor concursado, con acuerdo homologado, está en condiciones de celebrar un arreglo de pago amparándose en lo normado por los artículos 1.011 y 1.730 CCCN, desarrollando una interpretación sistemática y armónica de normas, que proporcionan una base jurídica donde poder construir una posible solución al estado de insolvencia del deudor concursado.

Fundamentos

Desde los albores de la década del 70 hasta el día de la fecha, las empresas argentinas (grandes, medianas o pequeñas), organizadas o no bajo el régimen legal de la Ley General de Sociedades, vienen sufriendo los efectos de la crisis, localizados en espacios de tiempo no muy largos.

Compendiar un análisis puntual de cada causal o los originantes de la crisis resultaría larguísimo y bastante tedioso, desviando el objetivo de la presente ponencia. Por ello, tan solo nos limitaremos a sostener que provienen de situaciones endógenas y exógenas a la empresa, sin pretender desconocer la falta de previsión o recaudos por parte de estas organizaciones ni las pésimas o desacertadas políticas económicas provenientes del Estado.

En un mundo totalmente globalizado —donde los mercados internacionales no respetan los límites geográficos, en el cual las comunicaciones y el intercambio son inmediatos por el avance de la tecnología— donde el aleteo de una mariposa en zonas lejanas produce sus efectos en los mercados capitalistas, y de allí en el funcionamiento de las empresas, múltiples son los ejemplos —el *efecto arroz*, el *tequila*, el *corralito* o las

hipotecas supprime, entre otros—. Dichos efectos generaron gravísimas consecuencias en los mercados en general y, particularmente, en las empresas nacionales, con mayor rigor en las pymes.

Las luchas para evitar la crisis son comunes en el contexto de la vida empresarial, las que se enfrentan a través de reestructuraciones, toma de decisiones apropiadas en término, utilización de tecnología apropiada, planificaciones financieras, recortes de gastos, pedido de apertura de concurso preventivo o declaración de quiebra, entre muchas otras.

Actualmente, ante las innumerables situaciones mencionadas, se acopla la pandemia de COVID-19, vivificando aquel viejo refrán “sobre mojado, llovido”. De esta manera, las explotaciones en general, como cualquier sujeto concursal, además de venir capeando los efectos de crisis anteriores, muchas veces con parches no muy ortodoxos, deben poner en funcionamiento la imaginación para implementar estrategias tendientes a continuar resguardando lo poco que les queda; asumiendo medidas tendientes a evitar o aplacar conflictos laborales y generar recursos frente a las medidas preventivas provenientes del Estado Nacional o Provincial. Indudablemente, quienes quedan atrapados en una especie de telaraña son los concursados o quienes llegaron a la homologación del acuerdo, pues deben buscar caminos alternativos para cumplir con las exigencias del procedimiento concursal preventivo para evitar desembarcar en la quiebra.

Todo ello enmarcado en un paisaje desolado, de absoluta carencia de líderes políticos que asuman reunirse y, de común acuerdo, llegar a compromisos que tiendan al bien común y, por cierto, otorgar respiradores automáticos para la reactivación de la economía argentina y evitar la agudización de la crisis.

Pero, por suerte, no todo está perdido ni pasa desapercibido para quienes integran el mundo jurídico, particularmente en lo concerniente a la insolvencia, pues continuamente desarrollan “músculos de reacción e innovación”. De esta manera, ante la falta de repuestas provenientes de nuestros legisladores, y más aún de la propia ley 24.522 y sus reformas, que cuentan con un viejo esmoquin para presentarse ante las fluctuaciones de la economía argentina, la motivación del músculo innovador es rescatada por académicos, doctrinarios y juristas, seres que nunca se encuentran herméticos o bloqueados para proyectar cambios o para proveer soluciones a los casos que plantea la crisis.

El trabajo titulado “El Concurso del Concursado”⁴²⁹, a partir de una mezcla poética con planteles concursales, incorpora al campo doctrinario “la

429 Truffat, E. Daniel, “El Concurso del Concursado, Capitán y sagaz timonero del Arca”, Publicación digital de la editorial Errepar, EOLDC 103683.

posibilidad de renegociación de un concordato o la eventual reapertura de un concurso en trámite”, abriendo un portal a la reflexión, al disenso y, por cierto, concediendo la posibilidad de llevar adelante nuevas elaboraciones. Sin dejar en el tintero a su compañero de aventuras (“El Antiguo”), exterioriza la viabilidad de la siguiente posición: “La renegociación durante el curso de un trámite avanzado pero no concluido, a la luz de la crisis económica que hoy nos golpea, parece factible (en el fondo es otra forma de enfocar a las extensas prórrogas que hoy se obtienen). Y ya vimos que la renegociación del concordato homologado encuentra “una punta normativa” en el artículo 1011 CCCN, y sobre la buena fe ante la imposibilidad de cumplimiento generado por el caso fortuito y fuerza mayor regulado por el art. 1730 CCCN. Más complejo – aunque más realista y potencialmente útil– es admitir una renegociación también con los acreedores post concursales, ya fuera que aún no se homologa el convenio o que ya lo está”.

Después de la homologación del acuerdo, al concursado le quedan dos opciones: 1. cumplir con lo acordado y de allí llegar a la conclusión del concurso; o 2. ante el incumplimiento, esperar la declaración de quiebra indirecta (arts. 63, 7, 70 LCQ) que, en la mayoría de los casos, tanto deudor acreedores y la comunidad de la que depende la explotación se afligen y hasta entran en crisis, como lógico efecto cascada. Así, conscientes de que la declaración de quiebra no solo es sinónimo de fracaso y que nadie quiere formar parte de una situación falencial⁴³⁰, ello apareja la pérdida de fuente de trabajo muchas veces elementalísima para algunas comunidades, el menoscabo de la producción de ciertos bienes y la consiguiente escasez en los mercados de consumo, entre muchas otras consecuencias. El trabajo de mención otorga disímiles posibilidades de reacción a los fines de arribar al salvataje por otras vías no previstas por la Ley de Concursos y Quiebras, pero haciendo uso de institutos que posibilitan su elaboración doctrinaria y, de allí, resultados concretos.

En este estadio, tomando como hilo conductor lo hasta aquí examinado y lo normado por el Título II, Capítulo VII, de la ley 24.522 (reformado por ley 25.589), preguntamos: ¿antes de la homologación del acuerdo, el concursado podría conformar un APE con los acreedores postconcursoales atento el poder latente de agresión que poseen sobre su patrimonio? ¿El concursado que hubiere obtenido la homologación del acuerdo, ante la imposibilidad de cumplimiento, podría celebrar un APE con los acreedores concursales más los postconcursoales? ¿El deudor concursado, antes de concretar un acuerdo con los acreedores homologados y los postconcursoales, debe peticionar autorización al juez del concurso? ¿En caso de arribar a un acuerdo conjunto con los acreedores concursales y

430 Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, *Ley de Concursos y Quiebras 2*, Abeledo Perrot, 2011, p. 6.

los postconcursoales, debe homologarlo?, y en caso afirmativo, ¿ante qué juez?

Conscientes de que los acreedores postconcursoales, a pesar de encontrarse el acuerdo homologado con los verificados o declarados admisibles, están en condiciones de peticionar la quiebra directa, nos abocamos a formalizar un recorrido por la normativa concursal con el fin de apostar algún dispositivo que otorgue la posibilidad concreta al deudor de celebrar un acuerdo con los acreedores mencionados.

Incurso en este periplo, apreciamos que los artículos 69 y siguientes de la ley concursal proporcionan la posibilidad de llegar a celebrar un APE, no solo con los acreedores precursoales, sino también con los postconcursoales, y proceder a la homologación ante el mismo juez que dirige el concurso, concentrando así el tratamiento del patrimonio insolvente. En este último asunto no será necesario demostrar el estado de cesación de pagos ni las dificultades económicas o financieras de carácter general por encontrarse reconocidos judicialmente, posición contraria a lo requerido —aisladamente— por algunos tribunales⁴³¹.

Igualmente, el deudor concursal, con acuerdo homologado, está en condiciones de celebrar un arreglo de pago amparándose en lo normado por el artículo 1.011 del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como lo sostiene el autor del trabajo “El Concurso del Concurso”. Al respecto, quienes redactaron el Código Civil y Comercial de la Nación sostienen que dicho ordenamiento privado no reformaba la Ley de Concursos y Quiebras. De esta manera, llevando adelante una interpretación sistemática y armónica de normas, entre las que consideramos los artículos 1.730 y 1.011 del CCCN. Que estos no avancen sobre el aparato plasmado en la ley especial con rango constitucional, sino —por el contrario— que proporcionen una base jurídica donde poder construir una posible solución al estado de insolvencia es de total aplicación para el caso en tratamiento.

Aferrándonos a lo hasta aquí expuesto, el concursado con acuerdo homologado podría celebrar una renegociación de la deuda con los acreedores contenidos en la homologación conjuntamente con los postconcursoales, siempre cumpliendo con las formalidades exigidas por la Ley de Concursos y Quiebras.

Lo afirmado en el párrafo anterior encierra algunas vacilaciones que, a saber, son: ¿el concursado podrá renegociar la deuda homologada?, ¿es necesaria la autorización del juez del concurso para celebrar el nuevo acuerdo?, ¿el acreedor verificado o declarado admisible puede renunciar al privilegio en la renegociación?, ¿debe presentarse para la homologa-

431 Guardianes S.R.L, s/ Concurso Preventivo. Juzgado Civil y Comercial Común de los Tribunales de la Provincia de Tucumán.

ción?, ¿ante el incumplimiento del nuevo acuerdo, el concursado puede pretender reavivar el acuerdo homologado previo desistimiento del último acuerdo?

Aplicando los alcances del Código Civil y Comercial de la Nación, advirtiendo el silencio de la LCQ, ya sea a favor o en contra, y más tratándose de la renegociación con los acreedores incluidos en la homologación, y una negociación con los postconcursoales, consideramos que no habría impedimento alguno de llevar adelante su celebración. El ordenamiento del año 2015 permite el encausamiento de una relación ya establecida afectada por circunstancias que no pudieron preverse al momento de la contratación, entre muchos otros cambios tecnológicos, económicos, de mercado y hasta efectos de una pandemia, tal como acontece en nuestros días. Indudablemente, no pueden contemplarse la mala fe de las partes, la falta de previsión o los malos manejos por parte del deudor, principalmente.

Palmariamente, en este supuesto, todos los acreedores alcanzados por la homologación del acuerdo deben aceptarlo unánimemente, pues no se puede imponer una adhesión o consentimiento de manera imperativa; en idéntico sentido, podrá concurrir una nueva revisión de la deuda verificada o declarada admisible. En tanto, los postconcursoales y, en igual sentido, los privilegiados se encuentran con mayor libertad de negociación. No es obligatorio que todos integren el acuerdo conjunto con los acreedores del acuerdo homologado.

Respecto de los acreedores privilegiados reconocidos como tales en la sentencia de verificación o declarados admisibles, ateniéndonos a lo normado por la LCQ, no existiría inconveniente para que en la renegociación renuncien a su privilegio.

Tratándose de un acuerdo extrajudicial donde las partes gozan de libertad para acordar, siempre sin omitir la buena fe, en principio, no habría que comunicar las tratativas al juez del concurso. Sería conveniente ponerlo en conocimiento y hasta peticionar una suspensión de los plazos que se encontraren corriendo. Lo que se impone es peticionar la homologación ante el mismo juez del concurso, esto a fin de dejar sin efecto el acuerdo homologado y para que goce de efectividad el nuevo compromiso asumido por el concursado.

Bajo ningún concepto el concursado estaría en condiciones de renunciar, una vez homologado el nuevo acuerdo, y pretender reavivar el homologado anteriormente, o sea, en virtud del artículo 52, ley 24.522; en caso de incumpliendo de lo pactado, el juez del concurso deberá decretar la quiebra indirecta de oficio o ante el pedido de un deudor, acode lo dispuesto por los artículos 63 y siguientes de la LCQ.

En resumen, en épocas de crisis debemos agudizar el ingenio a fin de que las explotaciones subsistan en marcha, interpretando las normativas vigentes y adaptándolas para llegar a la defensa del bien común. Ante la falta de reacción de los Poderes del Estado, corresponde extirparnos el sayo de humanos obedientes a las reglas clásicas o apegarnos a las estructuraciones sin merituar el derecho en general y lanzarnos a diferenciar los colores.

Como corolario, no debemos limitarnos a reconocer que solo existe el “color blanco”, sino que milita la posibilidad de un “blanco hueso, perlado, cielo, nieve, ártico u otros”, y lo significativo es que todos pueden ser utilizados para mejorar la fachada de algo deteriorado, evitando su derrumbe total que, para el caso, sería la quiebra.

PRESCRIPCIÓN DE LA CUOTA CONCORDATARIA

ANTONI PIOSSEK, Carlos R.

Ponencia

1.- La cuota concordataria prescribe. Se debe contar el plazo de cinco años a partir del último vencimiento. El caso, al no estar contemplado por la ley 24.522, es de aplicación el artículo 2.560 del CCCN.

2.- Para las cuotas prescriptas, es decir, las no percibidas por los acreedores dentro del plazo de cinco años que componen la homologación, no les resultan aplicables los alcances del artículo 224 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Desarrollo

El paso del tiempo es un poder al cual ningún ser humano puede sustraerse⁴³², que incide en el mundo del derecho de manera incuestionable, a punto tal que la inacción en el ejercicio durante un cierto periodo produce la extinción del derecho mismo, cuestión que no pasó inadvertida para ningún ordenamiento legal nacional o del mundo, desde el derecho romano a la fecha.

Dalmasio Vélez Sarsfield, ciñéndose al criterio y metodología de Augusto Teixeira Freitas⁴³³, en el Código Civil se ocupó de la prescripción bajo la calificación “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo” (Sección III), principios que siguió el Código Civil y Comercial del año 2015. De allí trascienden las dos clases: adquisitiva o usucapión (para algunos doctrinarios mal llamada de dicha manera) y la liberatoria o extintiva; concretamente una de las forma de adquirir derechos o liberarse de los mismo por el transcurso del tiempo que contemplan distintos los ordenamientos legales.

La prescripción, instituto de orden público cuya finalidad es dar estabilidad y seguridad a las relaciones jurídicas y económicas, nunca fue un

432 Díaz Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1978, Vol. II, N° 585, p. 589.

433 Freitas, Augusto Teixeira, *Introducción a la consolidación de las leyes de Brasil*, Traducido por Enrique Martínez Paz, Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino, Córdoba, 1927, pp. 64-67.

tema menor para el legislador de cualquier materia, a punto tal que la Ley de Concursos y Quiebras, al igual que sus antecesoras, la abordaron en varios artículos, particularmente en lo relacionado a los créditos, cuya verificación se requirió por la vía y forma que impone de la insinuación o verificación tardía.

Especialmente, para el caso del concurso preventivo, los artículos 32 y 56 de la LCQ resultan la puerta de entrada o acceso, y permiten el reconocimiento del crédito, su incorporación al pasivo concursal e interrumpen la prescripción como la caducidad, del derecho y la instancia, entre otros efectos.

Este estadio asiente examinar: ¿hasta qué momento se extiende dicha cobertura legal? Es decir, la interrupción de la prescripción respecto de los créditos que fueron insinuados ante el síndico o por la vía de la verificación tardía, dejando a un lado el caso especial del artículo 56 de la LCQ. Analizando la normativa legal concursal, coincidimos con lo resuelto por el Sr. Juez de Catamarca⁴³⁴, quien sostuvo: “Con la homologación del acuerdo preventivo, nace un derecho personal de cobro del crédito, el cual está sujeto a prescripción, pero como el plazo de prescripción no se encuentra establecido en la Ley de Concursos y Quiebras, deviene en consecuencia la aplicación del término de cinco (cinco) años contemplados por los arts. 2.560 del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir que, con la homologación del acuerdo se produce la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso” (artículo 55 LCQ). Queda extinguida la deuda resultante de la sentencia del artículo 36 LCQ y da lugar al nacimiento de una nueva deuda resultante del acuerdo homologado y de allí a la intervención del título originario.

Encontrándonos ante un derecho nuevo al cobro del crédito, reiteramos resultante de la sentencia de homologación de la propuesta, queda sujeto a la prescripción contemplada en el dispositivo del artículo 2.560 del CCCN, que se aplica ante el silencio total del ordenamiento concursal. Indudablemente, el término de prescripción bajo ningún aspecto podrá ser confundido con el establecido por el artículo 56 de la LCQ, por lo que el plazo de cinco años empezará a computarse, indefectiblemente, a partir del vencimiento de la última cuota concordataria, si se trata de pago con espera por relacionarse a una obligación única fraccionada en partes por una sentencia homologatoria firme, argumento que también menciona el fallo antes citado. Se remite para ello a Guillermo A. Borda⁴³⁵.

434 Castillo, Miguel Alejandro. Pequeño Concurso Preventivo, Expdte. 641/2002, Juzg. de 1ª Instancia en lo Comercial, de Ejecuciones de la 1ª Nominac., Secretaría Concursos y Quiebras de Catamarca, Sent. N° 07 del 12/11/20.

435 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 9ª. ed., p. 14, fallos y doctrina que recepitó la CNCom, Sala A, 29/4/14, “Cerámica Juan Stefani S.A. s/ Concurso Preventivo.

Nos parece congruente el silencio de la ley 24.522, pues una vez cumplidas por el deudor las obligaciones novadas emergentes del concurso preventivo, las disposiciones de dicho ordenamiento no son aplicables, es por ello debemos recurrir al derecho de fondo para su aplicación efectiva. Por consiguiente, una vez transcurrido el plazo previsto de cinco años, las cuotas concordatarias no abonadas a los acreedores no podrán ser exigidas al deudor concursado.

Para el caso de cuotas depositadas en cuenta bancaria, a la orden del juzgado y destinada a cancelar pasivos reconocidos, una vez transcurrido dicho plazo, deberán restituirse al concursado.

En cuanto a la pregunta sobre si dichas cuotas, no percibidas al vencimiento del término de cinco años, corren la suerte que fija el artículo 224 de la LCQ, y por lo tanto destinadas al patrimonio estatal para el fomento de la educación pública, respondemos: sin miramiento alguno afirmamos, siempre teniendo como hilo conductor lo normado por el dispositivo concursal citado en el párrafo anterior, que dichas cuotas prescriptas no le es aplicable su retención y posterior remisión, por parte del juzgado actuante, al Estado para otorgársele el destino de mención.

La repuesta articulada encuentra su fundamento en la propia redacción del artículo 224 LCQ, pues —con suficiente claridad— expone: *“El derecho de los acreedores a percibir los importes que le corresponden en la distribución caduca al año”*; trascendiendo como un instituto propio de la quiebra, no del concurso preventivo. Es decir, alcanza a todos los acreedores previstos en el proyecto de distribución que prevé lo normado en el artículo 218 o en la distribución complementaria del artículo 222, ambos del ordenamiento concursal.

Por otra parte, debemos tener presente que dicho derecho, que opera en procesos falenciales, debe ejercitarse dentro del año que empieza a computarse desde la fecha de aprobación del proyecto de distribución, y que se trata de un plazo de caducidad, no así de prescripción, como lo conforma el artículo 2.560 del CCCN. Transcurrido el plazo de un año sin activar el cobro o percepción del dividendo concursal por parte del acreedor, caduca de pleno derecho, siendo declarada de oficio por el juez de la quiebra; en tanto, transcurridos los cinco años desde el último vencimiento de la cuota concordataria, la prescripción no será declarada de pleno derecho, sino que el interesado, normalmente el deudor concursado, debe peticionarla.

QUIEBRA POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO A INSTANCIA DE ACREEDOR

MARCOS, Guillermo A.

Ponencia

En caso de denuncia de incumplimiento del acuerdo homologado por un acreedor, el deudor puede neutralizar la quiebra cumpliendo la prestación objeto de la denuncia.

No está obligado a atender el resto de los créditos en mora, salvo que la denuncia la formule el controlador del acuerdo.

Desarrollo

1.- Antecedentes

Durante la vigencia de la ley 4.156, una comisión vigilaba el cumplimiento del acuerdo y, en caso de mora, podía solicitar al juez la reunión de una nueva junta de acreedores *“para proceder a la declaración y liquidación de la quiebra”*⁴³⁶.

Dificultades en su inteligencia, inconvenientes para formar la comisión y la indefinición de las facultades de esa nueva junta desbarataron el sistema, según informa Cámara⁴³⁷. Ello motivó que el procedimiento fuera sustituido en la ley 11.719, que facultó a cualquier acreedor a pedir la declaración de quiebra por incumplimiento, descartando la declaración de oficio⁴³⁸.

Derogada la ley 11.719 por la ley 19.551, esta mantuvo la norma relativa al incumplimiento en su artículo 74 y de allí pasó casi textualmente al régimen actual, al disponer que la inobservancia total o parcial del acuerdo determina la declaración de quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo, previa vista (art. 63, ley 24.522).

436 Ley 4156, art. 22.

437 Cámara, Héctor, “El Concurso Preventivo y la Quiebra”, vol. II, págs. 1282/1283, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1980.

438 Ley 11.719, art. 46.

2.- El incumplimiento en la ley 24.522

No está claro en la norma, para el supuesto de denuncia de incumplimiento por parte de un acreedor, si la quiebra puede ser neutralizada mediante el pago de ese crédito en particular o si basta esa petición para desencadenar que todas las prestaciones contenidas en el acuerdo deban ser atendidas, o justificado su cumplimiento, para evitar que se decrete la quiebra.

La segunda de las posturas proviene de algunos precedentes judiciales. Así, la Sala I de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, bien que con una composición anterior:

“El tribunal advierte que la convalidación jurisdiccional de la postura tomada por la concursada, de satisfacer y acreditar solo los pagos que son requeridos por los respectivos acreedores en su domicilio –amparándose en la regla del art. 747 del Cód. Civil y en la invocada conducta omisiva de aquellos– resulta inadmisibile. Pues independientemente de que la mora no le resulte imputable –probada que fuere por la convocatoria dicha falta de colaboración–, le incumbe, en cualquier caso, adoptar una conducta activa y diligente, tendiente a desobligarse, poniendo a disposición de los respectivos acreedores los importes de las cuotas correspondientes de manera extrajudicial, y frente a la imposibilidad de satisfacerlos de tal modo por renuencia o ausencia de aquellos, depositándolos en el expediente a la orden del magistrado para ser aplicadas a esos efectos”⁴³⁹.

En idéntico criterio, y en fecha reciente, la Sala II de la misma Cámara, bajo el argumento de que la cuota concordataria es una obligación de plazo cierto, cuya mora se produce ante el solo vencimiento de su término, por lo que resulta aplicable el artículo 886 del CCC y que, además, frente a la mora incumbe al concursado, igualmente, adoptar una conducta activa y diligente tendiente a desobligarse, poniendo a disposición de sus acreedores los importes de las cuotas adeudadas, se añade: *“Por otra parte, tampoco releva al concursado de cumplir con la intimación que se le cursara la circunstancia de que el juez no haya efectuado precisiones sobre qué cuotas no se encuentran debidamente acreditadas”⁴⁴⁰.*

Esta tesitura también se suele adjudicar al precedente “Mucarcel”, de la Suprema Corte de Mendoza⁴⁴¹.

439 Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, “Fuego Sur S.R.L. s/ Concurso Preventivo” (exp. 136.102).

440 Cám. Apel. Bahía Blanca, Sala II, 6/7/2021, “Di Meglio, Néstor s/ Concurso Preventivo”, Expediente N° 155.671.

441 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 06/04/1993, “Mucarcel E., Suc. y otra”, publicado en: La Ley 1993-E, 327, Cita: TR LALEY AR/JUR/1643/1993.

Sin embargo, el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que llevó luego la adhesión de otros vocales, se refirió a la situación en la que, además de varios acreedores, el propio síndico había denunciado otros incumplimientos: “*Tengo el convencimiento de que cuando un acreedor petitiona la quiebra por incumplimiento del concordato, pero además el síndico denuncia la existencia de otros incumplimientos, el deudor debe acreditar que ha cumplido la totalidad del acuerdo*”.

También se ha asignado la postura a Cámara y Maffía, aunque el análisis de los textos respectivos demuestra que se trata de una lectura inadecuada.

Entre quienes se han pronunciado explícitamente se encuentra Provinciali, quien ha sostenido que la facultad concedida a los acreedores tiene carácter colectivo, no individual⁴⁴²; y Vincenzo Sparano, señalando que la resolución del concordato preventivo no puede ser pronunciada dependiendo de un vínculo obligatorio específico, sino atendiendo a la globalidad de los acreedores, previa determinación del incumplimiento objetivo del deudor⁴⁴³; según citas del precedente de la Corte de Mendoza que hemos mencionado.

3.- Nuestra tesis

De acuerdo con el sentido de la ponencia, propiciaremos la tesis contraria, o sea, la lectura del artículo 63, que permite interpretar que la actividad de cada acreedor es un apresto individual, que procura el cumplimiento exclusivo de su cuota y que nunca puede contagiar ese mismo efecto a los créditos del resto de los acreedores no interesados en que se decrete la resolución del acuerdo.

Ello sobre la base de los siguientes argumentos.

3.1.- Descartada la posibilidad de que la masa de acreedores constituya un ente diferenciado, desde las enseñanzas de Adolfo Pliner en el primer número de la *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*⁴⁴⁴, no resulta pertinente a estas breves reflexiones introducirnos en la interesante polémica acerca del carácter colegial o individual del grupo de acreedores verificados.

Sea uno u otro, de lo que no cabe duda es que este negocio jurídico, que

442 Provinciali, Renzo, *Tratado de derecho de quiebra*, notas y adiciones al derecho español de José A. Ramírez López, Barcelona, T. III, N° 413, Ed. Nauta, 1959.

443 Sparano, Vincenzo, *La conclusione del concordato preventivo*, p. 94, Milán, Cedam, 1990.

444 Adolfo Pliner, *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, año 1, Volumen I-1968.

vincula a acreedores y deudor, tiene una mira común que es la del salvataje de la empresa mediante la novación consensuada de las obligaciones primigenias, en condiciones que permitan que el cesante las cumpla hacia el futuro.

Así lo estima Dasso, cuando, con referencia a la exclusión de voto sostiene: *“De lo dicho se sigue la necesidad de advertir, en orden a la exclusión de voto, el error de identificar el interés del deudor con el interés del concurso (colectividad de acreedores) lo que significa reducir el problema a un ámbito anacrónico, congelado al inicio histórico del concordato cuando su objetivo, limitado a evitar la quiebra, circunscribía el teorema al conflicto polarizado en la confrontación del deudor y el acreedor, superado hoy largamente por la mutación de la teleología concursal, inmersa en un mundo moderno con heterogeneidad, antes impensable, de intereses internos a la colectividad, contrarios entre sí, los que, no obstante, confluyen para integrar la base de cómputo y una teleología que exalta como fin último del sistema el salvataje de la empresa, que pasa a desplazar hasta el mismo interés del concursado y el (heterogéneo) de los acreedores”*⁴⁴⁵.

Y también Richard: *“La aceptación del criterio mayoritario para imponer una decisión así adoptada a los disidentes y ausentes exige, además de un cierto procedimiento, la existencia de un interés común u homogeneidad de intereses en quiénes vayan a formalizar esa declaración de voluntad”*, que añade: *“El fundamento de la decisión por mayoría es el interés común de los legitimados integrantes del grupo”*⁴⁴⁶.

Seguramente no serán idénticas las motivaciones de la aceptación de la propuesta, ya que en unos el objetivo será exclusivamente cobrar su crédito, en otros mantener la relación comercial y, en algún otro, móviles personales; pero todos –salvo la minoría no aceptante–, llevados por el designio común de evitar la ruina.

Añade Dasso que esta teleología legal asigna al salvataje de la empresa rango prevalente respecto del otrora denominado *interés de los acreedores*⁴⁴⁷.

Desde esta óptica, ello nos permite advertir una seria incongruencia: si la ley ha dispuesto que una mayoría considerable decida acerca de la aceptación de la propuesta de pago, e incluso se requiera unanimidad

445 Dasso, Ariel Gustavo, “Un *leading case* en materia de exclusión del voto mayoritario en el concurso”, publicado en: La Ley 01/09/2010, 01/09/2010, 3, Cita: TR LALEY AR/DOC/5679/2010.

446 Richard, Efraín H., “Legitimación para votar el acuerdo concursal. ¿Negocio colegial colectivo?”, publicado en: La Ley 13/03/2006, 13/03/2006, 1. LA LEY2006-B, 894. *Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales*, Tomo II, 01/01/2008, 625, cita: TR LALEY AR/DOC/1023/2006.

447 Dasso, Ariel Gustavo, *ibidem*.

para los créditos con privilegio especial, es porque se ha estimado que este designio mayoritario de los acreedores debe prevalecer por sobre las consecuencias que el ordenamiento sustantivo prevé para los deudores morosos. Es evidente que esta voluntad prevaleciente resulta suficiente para declarar la existencia de un acuerdo con el fin de evitar la falencia.

Ello no resulta consecuente con la posibilidad de que un acreedor, aunque represente un ínfimo porcentaje del pasivo concursal, pueda desencadenar la quiebra con solo denunciar el incumplimiento de su crédito, aun cuando este sea satisfecho, y en contra de la voluntad del resto de los acreedores, que podrían preferir una espera antes que la quiebra.

La idea no es nueva: Eufracio Loza cuestionó el régimen de la ley 11.719, por cuanto autorizaba a un solo acreedor para solicitar la resolución del convenio colectivo celebrado con el deudor: *“Si colectivo fue el acuerdo, si la mayoría lo aceptó, debiera exigirse igualmente, que la mayoría de los acreedores solicitara la resolución del convenio, lo cual haría suponer que se han producido varios incumplimientos y que ello ha traído el reconocimiento del estado de cesación de pagos. Es una incongruencia de la ley, como se ve, autorizar la resolución individual de un contrato colectivo”*⁴⁴⁸.

El sistema conforme lo proponía Loza se encuentra previsto en la Ley de Perú N° 27.809, ya que la misma junta que aprobó la *“reestructuración patrimonial del deudor”* debe ser convocada ante el incumplimiento para que, con la misma mayoría, *“se pronuncie sobre el inicio de la disolución y liquidación. Igual facultad podrá ser ejercida por el o los acreedores que representen cuando menos el 30% de los créditos reconocidos”*⁴⁴⁹.

La idea, aunque tentadora, debe ser descartada, porque como señaló Cámara, se prestaría para que el concursado atienda solamente las cuotas de la mayoría, con lo cual prolongaría *sine die* el cumplimiento del acuerdo⁴⁵⁰.

A pesar de eso, estas reflexiones sirven para recapacitar acerca de una interpretación finalista del art. 63, que proponemos del siguiente modo: si por regulación expresa de la ley, la voluntad del consorcio de acreedores debe prevalecer por sobre las normas de la mora y su finalidad primordial es evitar la quiebra, no podría extraerse de la lectura del artículo 63 LCQ que un solo acreedor pudiera determinarla, cuando su crédito fuera satisfecho, y en contra de la voluntad del resto.

448 Loza, Eufracio, *La Ley de Quiebras, comentada, anotada y concordada*, p. 166, citado por Héctor Cámara en obra citada.

449 Ley 27.809, art. 70.1.

450 Cámara, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Vol. II, p. 1.296, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1980.

Antes bien, cabría pensar que el texto del artículo 63 LCQ, si bien autoriza al acreedor interesado a denunciar el incumplimiento, la atención de su reclamación bastaría para contener la declaración de quiebra.

El único momento en que el deudor debe demostrar documentadamente haber cumplido la totalidad el acuerdo es al momento de solicitar la resolución judicial prevista en el artículo 59 de la LCQ.

3.2.- Añadimos otros argumentos. Las alternativas relativas al cumplimiento del compromiso asumido por el deudor debieran ser dilucidadas entre concursado y acreedores. Ello importa que, en la etapa de cumplimiento, los acreedores podrían conceder facilidades o esperas o más quitas en forma consensuada con el deudor o acordar una modalidad de cumplimiento diversa de la pactada, pero que convenga a ambas partes.

Ello no podría ser en desmedro de las normas en cuyo cumplimiento se encuentra interesado el orden público. Así, tales modalidades no podrían infringir la *pars conditio* ni menoscabar el patrimonio del cesante ni producir perjuicio alguno a los demás acreedores o a terceros.

En tales condiciones, no debería declararse oficiosamente la quiebra cuando el acreedor incurre en mora *creditoris*. Tal omisión por parte del *accipiens* debiera interpretarse como desinterés en el cobro de su cuota y su voluntad no podría ser suplida ni por el juez ni por el síndico⁴⁵¹.

3.3.- Por otra parte, si bien es sabido que en el proceso concursal prima el principio inquisitivo, ya que el juez tiene la dirección del proceso y puede dictar medidas de impulso de la causa (art. 274 LCQ), en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo debería primar el principio dispositivo solo atenuado por el control del síndico, y el juez no debiera sustituir a las partes en las cuestiones meramente patrimoniales que hayan exclusivamente a su interés⁴⁵².

Prueba de ello resulta que, expresamente, el legislador ha vedado, en la norma que estamos analizando, la declaración de oficio y también ha descartado la quiebra automática frente al incumplimiento, como lo ha hecho en los supuestos previstos en los artículos 6, 7, 14, incisos 4 y 5, 27, 28, 46, 47, 48, 54 y 61, en los que, como efecto del incumplimiento, la sanción de desistimiento y de quiebra se produce de pleno derecho.

451 María Romina Marcos y María José Houriet, "Homologación del acuerdo. Disponibilidad para las partes", ponencia presentada en el LII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, San Isidro, noviembre de 2010.

452 María Romina Marcos y María José Houriet, *ibidem*.

4.- Denuncia por el síndico

A diferencia del supuesto analizado, cuando la denuncia la formula el controlador del acuerdo, señalando cuáles son los créditos incumplidos, la ley no deja resquicio alguno y entendemos que, en ese solo caso, el deudor deberá acompañar la constancia de cumplimiento de las prestaciones con la totalidad de los acreedores para evitar la quiebra.

No es razonable la solución, no es conducente a la finalidad de la ley de evitar el descalabro final de la empresa, no atiende a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y su empresa, al estado del concurso y al interés general. O sea, se da de bruces con la pauta directriz del artículo 159 LCQ.

Sin embargo, no queda más solución que una propuesta *de lege ferenda* o aguardar la entereza de los jueces que podrán resolver, en cada caso concreto, el modo más apropiado de salvar del naufragio a la empresa, interpretando una norma tan estricta del modo más flexible posible.

5.- Colofón

Dice Alegría que todas las leyes son susceptibles de interpretación, y para ello la doctrina y la jurisprudencia han elaborado pacientemente líneas directrices, pero quizás la ley concursal sea una de aquellas que requiere en mayor medida la prudencia de los jueces⁴⁵³.

El espíritu que ha guiado la reforma de la ley 24.522 ha implicado un cambio profundo y traduce —al decir de calificada doctrina— una orientación hacia la conservación de la empresa económicamente viable. Las últimas reformas han privilegiado, entre otros, el principio de conservación de la empresa y el mantenimiento de la fuente de trabajo o “*el principio de conservación del desenvolvimiento de la actividad productiva*”⁴⁵⁴.

En tal entendimiento es que proponemos esta mirada extensiva en la lectura de una norma cuya rígida aplicación puede conducir innecesariamente a la frustración de la solución preventiva.

453 Alegría, Héctor, “Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal”, publicado en: *Sup. CyQ* 2004 (septiembre), 01/09/2004, 13. *Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales*. Tomo I, 30/08/2004, 74. La Ley 2004-E, 723; Cita: TR LALEY AR/DOC/1990/2004.

454 Vítolo, Daniel Roque, “Los paradigmas en el Derecho Concursal Argentino. De las Ordenanzas de Bilbao a la ley 26.684”, *Rev. La Ley* del 19/09/2011.



Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur
Bahía Blanca, 2021



DERECHO CONCURSAL INSOLVENCIA

XI Congreso Argentino

IX Congreso Iberoamericano

Del 18 al 22 de Octubre del 2021 / UNS / Bahía Blanca / Argentina