

MARÍA PÍA SCAVARDA BASALDÚA

A.P.E.

(ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL)

**EXÉGESIS Y REFLEXIONES SOBRE UNA ALTERNATIVA
A LA CRISIS EMPRESARIAL.**



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

CARRERA DE ABOGACÍA

2007

Agradecimientos.

A mi marido Marcos, quien da sentido y completa mi vida. A quien elijo todos los días como compañero de ruta, eternamente agradecida por estar siempre conmigo, especialmente en el proceso de esta obra, con tu impronta de bondad y valerosa paciencia y contención.

A mamá y papá, quienes con su incondicional amor y esfuerzo han dado de sí lo mejor para mí. Siendo ejemplo de integridad, honradez, sacrificio y valores cristianos han forjado en mi carácter voluntad y responsabilidad. Sin su ánimo y apoyo absoluto, esta graduación nunca hubiere sido posible.

A mi adorada abuela Pirucha, quien con su dulzura y cariño me ampara, y me da fuerzas en momentos difíciles. Y a mis abuelos Teter, Manucho, Petty y Chito, quienes desde el cielo siempre me custodian y protegen.

A mi estimado profesor José Di Tullio, quien me ha ayudado con ardua dedicación, contagiándome a estudiar duramente pero a la vez disfrutando y sacando provecho. Has sido ejemplo no sólo en lo académico sino también un maestro de vida.

INTRODUCCIÓN.

Introducción.

*Sero medicina paratur cum
mala per longas convaluere moras.
(Ovidio, Remedia amoris, 91).*

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (en adelante A.P.E.) es un “proceso concursal tendiente a superar la crisis económica y/o financiera de carácter general (y por ello, también el estado de cesación de pagos) de una determinada empresa que se desarrolla privadamente mediante un acuerdo –de naturaleza preventiva- de libre contenido (aunque con las limitaciones típicas de los actos jurídicos) entre el deudor y sus acreedores quirografarios, que se presenta a homologación judicial y que, una vez homologado (y previo procedimiento reglado) produce efectos –similares a los del concurso preventivo- respecto de todos los acreedores quirografarios de créditos anteriores a la presentación, aun cuando no hayan participado del acuerdo”¹.

La existencia de acuerdos preconcursales como una práctica empresarial alternativa a los métodos de soluciones tradicionales no es ninguna novedad, como bien dice Maffia, “acuerdos privados siempre los hubo, los hay y los habrá”².

Nadie mejor que los propios protagonistas -deudor en aprietos económicos y sus acreedores- para diseñar conjuntamente y de acuerdo a sus intereses y necesidades, los mecanismos adecuados que permitan sacar a flote a la empresa de tan agobiante crisis económica.

El A.P.E. es una alternativa válida y marca una tendencia mundial que se perfila hacia la conservación de la empresa –fuente de trabajo y motor indispensable de la economía nacional- adoptando soluciones privadas, todo lo cual redundará en tutela de los valores económicos que trascienden el mero interés particular.

¹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 43.

² MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Empresario. Año IV. N°5. 2005. Ed, Advocatus, p. 40.

Como bien se ha expresado³ es importante tener en cuenta que la normativa concerniente al A.P.E. constituye un progreso con relación al tratamiento del instituto, aunque debe reconocerse que la ley 25.589 no ha sido ajena a deficiencias de técnica legislativa, lo cual trae aparejado problemas interpretativos en la aplicación del A.P.E. que iremos analizando a lo largo de este trabajo.

A modo ilustrativo puede destacarse la desavenencia de opiniones en torno a la naturaleza jurídica⁴ del acuerdo. Mientras para Truffat, por ejemplo, se trataría de una “subespecie” del concurso preventivo tradicional, para Heredia de ninguna manera se trata de una “judicialización” del A.P.E.

También ha habido divergencia con relación a la aplicabilidad⁵ del efecto novatorio del acuerdo homologado. Por un lado encontramos el apoyo de Truffat, Molina Sandoval y Rubín (entre otros) y por su negativa se encuentran Heredia, Junyent Bas y Rivera.

Otra cuestión que puede dar lugar a discrepancias es determinar el momento preciso en que cobra operatividad la suspensión de juicios contra el deudor y los alcances de dicha suspensión; toda esta temática debe ser analizada a la luz del cambio que ha sufrido el art. 72 por la reforma de la ley 26.086 del año 2006.

Si bien estos ejemplos no son exhaustivos de los problemas interpretativos surgidos como consecuencia de la pobre técnica legislativa, no puede dejar de señalarse que el asunto quizás más controvertido en torno al A.P.E, que ha dado lugar a planteos judiciales haciendo poner en duda hasta su propia constitucionalidad, es el que se vincula con la notificación del acuerdo y el control de legitimidad de los créditos denunciados por los acuerdistas.

³ DI TULLIO, José Antonio: “Reestructuración de deuda.A.P.E. y Suspensión de acciones”, publicado en LA LEY 2005-A, 1108.

⁴ MACAGNO, Ariel A. Germán: “El acuerdo preventivo extrajudicial –Con especial referencia al funcionamiento del nuevo paradigma en la praxis judicial”. Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Empresario. Año III. N°4. 2003. Ed, Advocatus, p. 94.

⁵ MACAGNO, Ariel A. Germán: “El acuerdo...”ob. cit. p. 115

Al respecto señala la Fiscal General de la Cámara Nacional Comercial, Alejandra Gils Carbó, en el caso Romi S.R.L⁶, que la interpretación de los artículos 69 a 76 de la Ley de Concursos y Quiebras que realizó la Cámara Comercial en el acuerdo de Romi vulnera la Constitución Nacional porque “otorga evidentes beneficios a los deudores sin prever una protección suficiente de los derechos de los acreedores”. Además sostuvo que la Cámara al homologar el acuerdo se apartó de normas constitucionales que protegen el derecho de propiedad, debido proceso, derecho de defensa en juicio y derecho de igualdad.

Estas cuestiones y otras tantas (como ser ausencia de síndico e inexistencia de un procedimiento de admisión de créditos, por nombrar sólo algunas) son temas ampliamente debatidos tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, produciendo como corolario una multiplicidad de interpretaciones, algunas conciliatorias y otras antagónicas.

Son muchas las inquietudes que giran en torno al Acuerdo Preventivo Extrajudicial, también son apasionadas las diferentes interpretaciones que sobre el A.P.E se están originando.

Esta figura de escasa edad en la práctica, en su faceta homologada, está siendo moldeada y encausada en sus justos límites a través de la interpretación jurisprudencial y la opinión doctrinal. No es unánime el eco de la voz que se levanta tras este instituto. Más allá del avance notable de la actual normativa, cada vez es más notorio el sector que pugna en pro de la declaración de su inconstitucionalidad. Y actualmente ya encontramos proyectos que intentan una nueva reforma principalmente con relación al régimen de publicidad de la figura⁷.

⁶ (C. Nac. Com., sala B, 31/10/2005 – Romi S.R.L. s/acuerdo preconcursal).

⁷ MÉNDEZ, Pablo: “Ingresó otro proyecto de la ley que busca reformular el APE”, (información extraída del sitio web infobaeprofesional.com), 15-09-2006.

CAPÍTULO I
ASPECTOS INICIALES.

Capítulo I

Aspectos Iniciales.

1. Antecedentes históricos. Evolución en el derecho argentino.

Si bien el Acuerdo Preventivo Extrajudicial como herramienta extrajurídica que permite la reestructuración de pasivos en situaciones de crisis económicas, en la práctica empresarial data de comienzos del siglo pasado⁸, ha debido recorrer un largo camino para tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Código de Comercio.

Remontándonos al año 1862, el Código de Comercio (art. 1618) admitía el concordato, celebrado “una vez abierto el juicio concursal” entre el fallido y sus acreedores, siempre y cuando se efectuara y discutiera el mismo en el seno de la junta de acreedores. A contrario sensu, reprochaba de nulidad todo acuerdo obtenido fuera de dicha junta.

Ley 4.156.

En el año 1902, la ley 4156 (art. 31) estableció que todo acto o convenio privado entre el deudor y uno o varios acreedores que modificase en cualquier forma los términos del concordato, o les acordase privilegios o concesiones especiales en desmedro de los demás, sería reputado nulo y de ningún efecto. De este modo, lo que la norma prohibía, era que dicho acuerdo se celebrase existiendo -con anterioridad- un concordato judicial aprobado.

⁸ DI TULLIO, José A. – MACAGNO, Ariel A Germán y CHIAVASSA, Eduardo Néstor: “Concursos y Quiebras, Reformas de las Leyes 25.563 y 25.589”, Ed. LexisNexis, Depalma, Bs.As. 2002, p. 202.

Ley 19.551.

En el año 1972, entró en vigencia la ley 19.551. La misma, tampoco reguló el instituto, lo cual no impidió que en la década de los ochenta se recurriera en períodos de crisis a acuerdos privados, denominados “clubes de bancos”. Como explica Junyent Bas⁹, el término “club” alude a amigable y extrajudicial; en tanto que “banco” deviene de este tipo de instituciones que son los acreedores más fuertes con quienes hay que negociar.

Ley 22.917.

Llegamos así al año 1983, donde por medio de la ley 22.917 tuvo acogida normativa por primera vez en nuestro país el instituto con el nombre de “acuerdos preconcursales”.

Art. 125. 1, Ley 22.917. Acuerdos preconcursales. “Los acuerdos preconcursales celebrados con todos o partes de los acreedores, tendientes a superar dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general o su cesación de pagos, y los actos que son su consecuencia, incluso pagos, son ineficaces respecto de la masa solamente cuando, de los estudios realizados al momento de celebrarlos o de otros elementos objetivos conocidos por los acreedores, fuere indubitable que mediante ellos o las medidas previstas como presupuestos para su concreción, resultare imposible conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos.

Aún no dándose los supuestos previstos en el párrafo anterior las prendas, hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos son inoponibles, en la quiebra posterior, en la medida del interés de los acreedores de causa o título anterior a su constitución o registración, en caso de ser esta última necesaria”.

Art. 125. 2, Ley 22.917. Homologación judicial. “El deudor puede convenir con los acreedores someter el acuerdo preconcursal a la homologación judicial, en cuyo caso cualquiera de ellos puede requerirla ante el juez que sería competente en el concurso del deudor.

Ante el pedido, el juez ordena publicar edictos por cinco días en los diarios y jurisdicciones previstos por los arts. 28 y 29, citando a los acreedores interesados a deducir oposición dentro de un plazo no inferior a veinte días.

⁹ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p.19.

La oposición puede fundarse en:

1. El interés del acreedor en incorporarse al acuerdo, en las condiciones estipuladas;
2. Estimar inadecuada la solución para la situación del deudor.

En el primer caso, se sustancia la petición con audiencia del deudor y de los demás acreedores comprendidos en el acuerdo. No admitida la incorporación por cualquiera de éstos, el acreedor puede ejercer las acciones que estime pertinente.

En el segundo caso, pueden otorgársele garantías suficientes sobre bienes ajenos al deudor, que el juez califica.

No otorgada la garantía o declarada insuficiente, el juez designa uno o más síndicos de los comprendidos en la lista del art. 277, para que dictaminen sobre la situación del deudor y la factibilidad de los planes previstos para el cumplimiento del derecho dentro del plazo de treinta días. De este informe se corre vista por diez días a los interesados, que se notifica por nota.

El juez debe resolver una vez vencido el plazo, sin más trámite. La resolución es apelable,

No deducida oposición por acreedor, incorporado el acreedor al acuerdo, prestada garantía suficiente o pronunciada la homologación, no puede declararse la ineficacia prevista en el art. 125.1, primer párrafo.

Las costas del trámite de homologación del acuerdo son siempre a cargo del deudor. Los honorarios no pueden superar el $\frac{3}{4}$ % de los créditos comprendidos en el acuerdo, límite que asciende al 1% cuando existe dictamen del síndico”.

Como nos recuerda Maffia¹⁰, por aquel año avanzaban estudios para modificar la ley de concursos, pero además tramitaba un concurso preventivo de gran volumen en el cual un banco extranjero pidió verificación de su crédito. El juez del concurso postergó el crédito del banco aplicando el art. 4 de la ley 19551 que establecía: “abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él tienen prioridad respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero”, los cuales “ejercerán individualmente su derecho sólo en caso de existir remanente una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros”. Como además de lo señalado, el país mendigaba un préstamo a un banco extranjero, el mismo exigió que como condición del préstamo se cambiara la palabra

¹⁰ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado APE”, Ed. LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 7.

“concurso”, por la palabra “quiebra” en el mencionado art. 4 de la ley 19.551.

Como resultado de lo expuesto, los estudios que se estaban llevando a cabo sobre una posible reforma se aceleraron dando como resultado la ley 22.917, que en palabras de Maffia, el originario tratamiento de los acuerdos preconcursales nació de “un parto que no resultó de una concepción legítima, sino de una violación”.

Si bien la receptiva normativa fue un importante avance, la misma adoleció de deficiencias metodológicas (incluida a continuación del régimen de ineficacia falencial en los arts. 125.1 y 125.2) y su utilización fue casi nula.

Ley 24.522.

Por su parte, la ley 24.522 que reformó a la ley 22.917, le otorgó fisonomía y tratamiento autónomo al instituto, a la vez que modificó su denominación, otorgándole el nombre que actualmente conocemos como “acuerdo preventivo extrajudicial”.

Art. 69, Ley 24.522. “El deudor que se encontrare en cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Los acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo lo previsto en el art. 76”.

No obstante estos avances normativos, en la praxis mercantil la homologación de tales acuerdos no tuvo la recepción esperada, ya que no fueron dotados de efectos que dieran firmeza suficiente a los mismos (relatividad de efectos), sino que tan sólo otorgaban una acción de ineficacia para los actos cumplidos como consecuencia del mismo en caso de una quiebra posterior.

Más allá de su escasa utilidad práctica lo importante fue dejar en claro su licitud tan discutida.¹¹

Ley 25.563.

En enero de 2002, como fruto de un estado de crisis de carácter general se sanciona la ley 25.563, llamada “reforma”, promulgada en el Boletín Oficial en febrero del mismo año. No escapó ésta reforma, ni su consecutiva, a la constante del ordenamiento concursal de ser reflejo directo de situaciones de inestabilidad económica y dejar sus vestigios en nuevos ordenamientos o en modificaciones a los ya existentes. La ley 25.563 declaró emergencia productiva y crediticia, y en materia concursal provocó la desnaturalización del espíritu y contenido de la ley de fondo 24.522.¹²

Ley 25.589.

Tras este extenso y laborioso camino arribamos a mayo de 2002, donde el legislador vislumbró la necesidad inexcusable de otorgar medios eficaces a los empresarios que se encontraban presionados por la espada de Damocles ante tan agravante crisis general. El resultado es la “contrarreforma”, ley 25.589, que trató de mitigar alguno de los errores de su predecesora y básicamente repone la estructura de la ley 24.522.

La “contrarreforma” permite que el APE cobre vigor e importancia, significando una innovación total del instituto, pues al presupuesto objetivo de “cesación de pagos”, se adiciona “dificultades económicas o financieras de carácter general” para iniciar un acuerdo preventivo extrajudicial. Además equipara los efectos de un acuerdo preventivo extrajudicial a los de un acuerdo preventivo que ha recorrido los trámites ordinarios.¹³

¹¹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 209.

¹² DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 13.

¹³ RIVERA, Julio César: “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, Tomo I, p. 544.

Art. 69, Ley 25.589. “El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial”.

Significó también un avance notable ya que ha suministrado los mecanismos apropiados para convertirlo en una alternativa a los medios tradicionales ante una situación de crisis económica, y que sus predecesores no fueron capaces de lograr.

A modo ilustrativo, podemos señalar dentro de sus innovaciones:

a) la no suscripción de los acreedores al acuerdo, implica la pérdida de sus acciones individuales.

b) se excluyó para el cómputo de las mayorías a los acreedores privilegiados.

c) otorgó al acuerdo preventivo extrajudicial “homologado” los mismos efectos que se otorgan al acuerdo fruto de un concurso preventivo ordinario, etc.

Ley 26.086.

Por último, la Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24.522) fue objeto nuevamente de modificación ya que por medio del decreto 391/06 se promulgó el 10 de Abril del 2006, la ley 26.086.

El objetivo imperante de la reforma fue “descomprimir” la labor de los tribunales comerciales de Capital Federal -los cuales se encuentran colapsados- y además devolver los juicios laborales a sus juzgados de origen¹⁴. Para esto, el legislador consideró un medio adecuado la reforma del fuero de atracción.

¹⁴ “El colapso de la Justicia Comercial de Capital Federal implica una mayor demora en los trámites que los previsibles en caso de quedar radicado el proceso en su juzgado de origen. Casi todos los juzgados del fuero cuentan en su inventario con alguno o varios de los tantos megaconcursos en trámite ante esta jurisdicción, y cualquiera de ellos genera un plus que promedia los mil juicios de conocimiento por concurso con las materias más diversas, todas ellas ajenas al fuero comercial (mala praxis médica,

En relación a nuestro instituto el efecto de la ley 26.086 se vislumbra en la nueva redacción del art. 72 en referencia a los requisitos para la homologación del APE que serán oportunamente analizados.

2. Concepto.

La denominación legal de la figura es “Acuerdo Preventivo Extrajudicial” no obstante, la doctrina ha esgrimido otros nombres como ser contrato extrajudicial, convenio concursal prejudicial, concordato extrajudicial, acuerdos amigables, privados, y en la práctica estadounidense, pre-packed bankruptcy.

Para Frascaroli Santi, el concordato extrajudicial “consiste en un acuerdo concluido entre el deudor y sus acreedores al cual se arriba después de una tratativa sólidamente unitaria sobre la base de condiciones válidas para todos. A los acreedores se les debe dar una descripción de las razones y de la entidad de la pérdida, de los medios disponibles, mediante los cuales cumplen las obligaciones asumidas con los acreedores mismos”.¹⁵

Por su parte, Graziabile estima que se trata de “un instituto concursal que consiste en un acuerdo celebrado por un deudor en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras, con parte de sus acreedores, homologado judicialmente con las mayorías requeridas, y oponible e imponible a todos los acreedores anteriores al contrato”.¹⁶

reparación de daños por accidentes ferroviarios y aéreos, entre otras muy variadas causas, etc), que saturan al juzgado y generan demoras compatibles con tan desmedido volumen de trabajo”. (Proyecto Original. Poder Ejecutivo de la Nación. Modificación de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras. Buenos Aires, 12 de Diciembre de 2003).

¹⁵ FRASCAROLI SANTI, Eleni: “Las formas (y los efectos) de los acuerdos extrajudiciales para solución de las crisis de la empresa”, Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Empresario. Año I. Nº1. 2001. Ed, Advocatus, p. 19

¹⁶ GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo Preventivo Extrajudicial. El llamado A.P.E.”, Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 15 de Febrero de 2007, p. 3.

Si bien no hay unanimidad doctrinaria en cuanto a la denominación correcta que debiera llevar el instituto, lo importante es poder comprender a qué hace alusión y cuales son sus implicancias. Lo cierto es que ineludiblemente se trata de:

a) un “acuerdo”, en el sentido de contrato, por medio del cual el deudor y acreedores resuelven libremente (en ejercicio de la autonomía de la voluntad legalmente reconocida) el contenido que le darán a dicha convención, salvaguardando siempre los límites establecidos por ley para todo acto jurídico.

b) “preventivo”, adjetivo que hace mención a un concurso preventivo o a un proceso falimentario posterior que tiende a impedir. No se trata de una etapa o fase anterior a un concurso, sino al contrario, se trata de un método alternativo y convencional de negociación entre un deudor y sus acreedores para recomponer la situación económica-financiera del primero, tendiente a evitar los procedimientos judiciales.

c) y por último, “extrajudicial” en contraposición con el concurso preventivo, dentro del cual se realiza toda la negociación bajo la lente de control judicial. Aunque algunos autores¹⁷ sostienen que se trataría de un proceso extrajudicial que se “judicializa” en la oportunidad de la homologación.

A modo de conclusión mencionaremos, aunque sea sumariamente, algunas ventajas y desventajas que la doctrina¹⁸ ha adjudicado al instituto.

¹⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 48.

¹⁸ HEREDIA, Pablo: “El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589”, J.A. 2002,-III, p. 1186; DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 201-205; MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 80.

I. Ventajas:

- permite la regulación privada (extrajudicial) de la composición de conflictos de intereses patrimoniales adoptando medidas que entre acreedores y deudor consideren más convenientes.
- autoriza al deudor conservar la administración sin intervención de terceros, lo cual conduce a un mejor saneamiento económico de la empresa, correspondiéndose a las reglas del mercado.
- facilita la continuación de la gestión corriente de la empresa, ya que brinda una capacidad de generar un flujo de caja con el cual los acreedores serán satisfechos.
- una vez homologado, las condiciones nacidas del acuerdo son obligatorias y se extienden a todos los acreedores.
- supera el excesivo formalismo de los procedimientos jurisdiccionales tradicionales, evitando burocracia. Economiza gastos, los tiempos son amoldables al caso concreto y el proceso es llevado a cabo con absoluta discreción, etc.-

II. Desventajas:

- deficiencia de la técnica legislativa que regula al A.P.E., lo que deviene en problemas interpretativos a la hora de la aplicación concreta del instituto.
- posibilita mayor fuerza negociadora de los acreedores, lo que podría devenir en excesiva presión para otorgar garantías reales.
- no existen normas respecto a la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes, etc.-

3. Naturaleza Jurídica.

El tema de la naturaleza jurídica del APE no es una cuestión menor, ya que partiendo de una u otra postura derivarán consecuencias de distinto tenor. Al respecto se han esbozado diferentes teorías que en la actualidad aún se discuten.

I. Naturaleza Concursal.

Hay quienes opinan¹⁹ que se trata de un “subtipo concursal”, un trámite simplificado, pero no extrajudicial.

Roullón, sostiene que el acuerdo homologado judicialmente es un mecanismo de reorganización formal y que su verdadera naturaleza es la de ser un *concurso preventivo abreviado* con efectos sobre las minorías de acreedores, y ya no un contrato de limitada obligatoriedad a sus firmantes. El resultado que se obtiene de él es similar al del concurso preventivo salvo que con doble brevedad: menos trámite y menor tiempo²⁰.

Por otra parte, se ha sostenido²¹ que se trata de un verdadero *instituto concursal* porque: a) El APE está regulado como un capítulo (VII) dentro del título segundo de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ), que se refiere al "concurso preventivo"; b) Su regulación concreta remite en varias oportunidades a otras normas de la propia LCQ; c) Si fuere necesario agregar mayores argumentos, diremos que el requisito objetivo (cesación de pagos o dificultades económicas o financieras de carácter general) es un presupuesto concursal típico; d) Los requisitos formales de la presentación son comparables "mutatis mutandi" con los del art. 11 de la LCQ; e) Los efectos de la presentación

¹⁹ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p.26.

²⁰ ROULLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. 14ª edición actualizada y ampliada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 160 y siguientes

²¹ ALEGRÍA, Héctor: “Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, Sup. Especial APE, noviembre 2004, p.50.

sobre procesos contra el deudor de contenido patrimonial, son, en parte, análogos a los de la apertura del concurso preventivo; f) Las mayorías para su aprobación son similares a las del concurso preventivo judicial (art. 45, LCQ); g) Existen requisitos de publicidad semejantes a los del concurso preventivo judicial (arts. 27 y 28, LCQ) (9); h) Existe una etapa de conocimiento abreviada en la que los acreedores pueden formular oposiciones (art. 75) (10); i) La homologación, según mayoritaria doctrina, se rige por los principios que la gobiernan en el concurso preventivo judicial (art. 52); j) Finalmente, los efectos del acuerdo homologado, de su incumplimiento y su nulidad, se corresponden "mutatis mutandi" con los del concurso preventivo judicial. También se agrega que a pesar de su génesis, la causa fin del "convenio" es concursal.

II. Naturaleza Contractual.

En la otra vereda se ubican quienes sostienen que la naturaleza jurídica del APE es contractual²².

Así, para Molina Sandoval el acuerdo preventivo extrajudicial asume la naturaleza jurídica de un contrato.²³ Según el art. 1137 del Código Civil: "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos", y esta concordancia de voluntades en el tema que nos ocupa está orientada a remover el estado de insolvencia que afecta al deudor.

Macagno²⁴ y Junyent Bas²⁵, no sólo concuerdan en la base contractual del APE, sino que agregan que el mismo es *judicial* (contrato judicial). Ambos autores sostienen que el APE tiene dos facetas: a) la contractual, que nace de la convención entre el deudor con sus acreedores, negociación que se desarrolla extrajudicialmente y b) la

²² DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: "Concursos y Quiebras..." ob. cit. p. 217. (entre otros autores)

²³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Acuerdo Preventivo..." ob. cit. p. 60.

²⁴ MACAGNO, Ariel A. Germán: "El acuerdo..." cit. p. 95.

²⁵ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: "Acuerdo Preventivo Extrajudicial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p.33.

homologatoria, cuya eficacia omnicomprendensiva abarca a todos los acreedores quirografarios una vez realizados los controles de legalidad formal y sustancial del órgano jurisdiccional²⁶.

A continuación destacan los citados autores, que el instituto ha “mutado” su naturaleza: ya que si bien tiene estructura contractual en función del acuerdo entre acreedor y deudor, la homologación judicial le otorga efectos similares a los del concurso preventivo²⁷.

Desde esta perspectiva contractual mencionaremos los caracteres que lo identifican y que comparten los autores anteriormente citados: a) consensual, b) generalmente plurilateral, c) oneroso, d) formal, e) nominado, f) complejo: compuesto por una serie de actos de contenido diverso con unidad de causa fin, g) preventivo: para superar o evitar la insolvencia o crisis empresarial, h) extrajudicial, i) único: aunque con pluralidad de partes que convergen todas hacia el mismo fin, y aún cuando se haya celebrado en muchos instrumentos, ya que lo que se somete a homologación es un único acuerdo para la superación de las dificultades económicas.

²⁶ Esta misma posición es la sustentada en el caso Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial. (C. Nac. Com. - Sala D - 28/04/2006) “El APE es, un instituto complejo constituido por (a) un inicial acto contractual, dado por la formación del acuerdo logrado en el ámbito extrajudicial -en ello radica la extrajudicialidad de este sistema-, y (b) un ulterior acto jurisdiccional, esto es: la homologación del acuerdo -este segundo tramo del instituto complejo se cumple en sede judicial, de modo que el llamado acuerdo preventivo extrajudicial no es íntegramente extrajudicial, como podría pensarse a partir de su denominación”. Y a continuación se agrega: “...la ubicación sistemática del APE en la ley 24.522, confirma que al ser el APE una subespecie de la especie "concurso preventivo", la cual integra junto con la quiebra el género "concursos", también puede decirse - como lo ha dicho la Sala, excluyendo a la quiebra- que el APE es, junto con el concurso preventivo judicial, una especie que integra el género "concursos preventivos"...”

²⁷ A similar conclusión arriba el Dr. Dasso, quien entiende que la nueva figura del APE. puede ser si no calificada como instituto híbrido, necesariamente contractual en su origen y concursal en su ulterior desarrollo contingente, cada vez que exista un APE. en los términos de los arts. 69 a 71 (no más allá) estaremos en presencia de un contrato que será res inter alios. Pero por voluntad del deudor (y sólo a su instancia, nunca a instancia de parte ni ex officio), se convertirá en instituto eminentemente concursal con sus características típicas, la principal de ellas, propagación de los efectos del acuerdo con la mayoría de aquellos acreedores que no lo firman o incluso se opusieron, es decir al universo del pasivo (Dasso, Ariel, "El APE. las señales de alarma y los títulos en serie", supl. esp. LL, noviembre 2004, p. 68). (Caso Tubos Trans Electric S.A., C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005)

III. Nuestra Opinión.

Por nuestra parte, opinamos que se trata de un *tipo concursal*²⁸.

Si bien el acuerdo tiene -como su nombre lo indica- una marcada base contractual, sostenemos que la figura en análisis excede a la misma, debido a que dicho acuerdo o voluntad común convergente entre las distintas partes, es aunada con un único objetivo: la superación de las dificultades por la que atraviesa la empresa. Consideramos, entre otros fundamentos, que este objetivo por el cual las partes se reúnen, negocian y celebran el contrato (base y condición) para su futura homologación, es un aditamento que tipifica al APE, distinguiéndolo de cualquier otra figura ya existente.

Además, tras reunir una serie de requisitos establecidos legalmente y obtenida su homologación, el acuerdo extiende sus efectos respecto de la totalidad de los acreedores quirografarios cuyos créditos tengan origen en causa anterior a la presentación, aun cuando éstos no hubieren participado de su celebración, lo cual resultaría imposible si se tratara de un contrato regido por el derecho común.

En síntesis, entendemos que lo que tipifica a este acuerdo preventivo extrajudicial es:

- a) el hecho de otorgar a la homologación el tan mentado efecto expansivo,
- b) su peculiar y única causa fin, y
- c) tratamiento específico en la ley concursal que obedece a razones propias de la esfera de la dinámica empresarial.

²⁸ Sustenta esta posición la opinión vertida por la Dra. Mansilla de Mosquera : “En efecto, la ley 25589 da un giro de 180 grados en la concepción que anteriormente se tenía del acuerdo preventivo judicial, ahora sí constituye un verdadero acuerdo preventivo que, homologado, se impone a los acreedores ausentes y disidentes. Esta característica es lo que esencialmente tipifica concursalmente el instituto y aleja la posibilidad de calificarlo como contrato ya que sería un contrasentido como concretamente lo indica Alegría, hablar de un contrato que vulnera la oponibilidad contractual consagrada por los arts. 1195 y 1199 CCiv”. (Caso Tubos Trans Electric S.A., C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005)

El instituto ha recorrido un largo camino y ha sido objeto constante de prueba y error para llegar a convertirse en lo que hoy es: una herramienta alternativa –variable y adaptable– propiamente concursal. Si bien el APE no es ajeno a críticas y está abierto a futuras mejoras, lo cierto es que constituye un notable avance en nuestra legislación y que está a la altura de las más modernas tendencias en cuanto a la superación de dificultades societarias por medio de mecanismos extrajurídicos de auto-composición de los intereses. Ello así, ya que, como todos sabemos, las soluciones mejor concebidas son las que satisfacen los intereses de de todas las partes, y quienes mejor que ellas mismas para negociar y concertar lo que resulta más conveniente a sus derechos.

CAPÍTULO II

DERECHO COMPARADO.

Capítulo II

Derecho Comparado.

1. Preludio.

Nuestra legislación concursal, a lo largo de su historia ha ambicionado adaptarse continuamente a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales propios de la evolución constante de un país.

En este proceso, el derecho comparado juega un rol fundamental, ya que por medio de la globalización e interconexión que caracteriza nuestra era actual, podemos estudiar, analizar y cotejar los distintos ordenamientos extranjeros, extrayendo de ellos las soluciones e instrumentos jurídicos que mejor se adapten a nuestra realidad.

Brevemente adelantamos que nuestra legislación está a la altura de la más moderna tendencia mundial de agregar al ya conocido presupuesto objetivo de “cesación de pagos”, un presupuesto que le antecede cronológicamente y que si bien se ha dado a conocer con distintos nombres, en definitiva trasluce la idea de un estado anterior a la insolvencia, que para no extendernos, llamaremos “crisis empresarial”.

Como nos explica Dasso, universalmente ha existido la preocupación de consagrar a la empresa como bien jurídicamente protegido ante un eventual estado de crisis, con el objetivo primordial de salvar a la misma. En consecuencia, y para alcanzar este propósito es que se han facilitado procedimientos para su permanencia en el mercado, reestructurando económica y financieramente a la misma.²⁹

²⁹ DASSO, Ariel A., “Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, La Ley 26/01/2007-1, p. 4.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Frascaroli Santi expresa que se presenta muy viva la existencia de la conservación de la empresa, por lo cual se observa que el objetivo primario de los procedimientos concursales no pueden más ser considerado como exclusivamente liquidatorio.³⁰

La existencia de acuerdos preventivos extrajudiciales no es una originalidad propia de nuestro país, sino que su existencia es constatada en varios otros ordenamientos jurídicos. Lo cual nos da la acabada impresión de que este peculiar instrumento se infiltra ya no de forma tímida en los distintos regímenes concursales, sino con ánimo de convertirse definitivamente en una auténtica alternativa concursal.

Finalmente, mencionamos también como tendencia mundial, el ahínco en restablecer privadamente los conflictos empresariales, cercenando cada vez más los poderes de los funcionarios judiciales en la recomposición de los intereses patrimoniales. Es que a todas luces, el A.P.E. verdaderamente trata de ser un “prepackaged”, una negociación ya resuelta entre las partes, que se presenta al juez tan sólo para su homologación.

2. Legislación Italiana.

Por medio de Ley N° 80, del 14 de Mayo de 2005, la legislación concursal italiana ha sido fruto de importante reforma³¹, incorporando por primera vez a su derecho falimentario, la figura del acuerdo preventivo extrajudicial bajo el título “Degli Accordi di ristrutturazione di debiti” (“Acuerdos de Reestructuración de Deudas”).

El mismo, está regulado en el art. 182 bis, el cual estipula:

“1. El deudor puede presentar, con la declaración y la documentación del art. 161, un acuerdo de reestructuración de deudas estipulado con los acreedores representantes de al menos el 60% de los créditos,

³⁰ FRASCAROLI SANTI, Eleni, “Las formas (y los efectos) de los acuerdos extrajudiciales...”, ob. cit. p. 16

³¹ Inserto por el decreto ley N° 35, del 14 de Marzo de 2005.

juntamente con una relación redactada por un experto sobre la actualidad del acuerdo mismo, con particular referencia a su idoneidad para asegurar el regular pago de los acreedores ajenos al acuerdo.

2. El acuerdo se publica en el registro de la empresa; los acreedores y todo otro interesado pueden deducir oposición dentro de los 30 días de la publicación.

3. El tribunal decide las oposiciones, procede a la homologación en Cámara de Consejo con decreto fundado.

4. El decreto del Tribunal es apelable a la Corte de Apelaciones en el sentido del art. 183 en cuanto aplicable, dentro de los 15 días de su publicación en el registro de la empresa.

5. El acuerdo adquiere eficacia el día de su publicación en el registro de la empresa.”³²

En contraposición a nuestro régimen, del primer inciso del artículo citado surge la necesidad de un dictamen de experto en la materia sobre la idoneidad del acuerdo que asegure el pago a los acreedores ajenos al mismo.

Este requisito es muy útil, digno de imitación, ya que desde sus inicios los negociadores pondrían especial énfasis en arribar a acuerdos que no sean irrisorios, ni en fraude o en perjuicio a los restantes acreedores, evitando de este modo saturar los estrados judiciales de causas nefastas con todos los inconvenientes que ellas acarrearán.

En concordancia con nuestra regulación positiva concursal, es necesaria la publicación, no sólo de la presentación del acuerdo sujeto a homologación –al igual que en nuestro sistema-, sino también del acuerdo mismo.

En cuanto al régimen de oposición, la ley foránea cuenta con la ventaja de estipular plazos mayores a los nuestros; además, con buen

³² Traducción extraída del artículo publicado en La Ley, por el Dr. DASSO, “Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado...”, ob. cit. p. 24.

criterio, se exige que la resolución judicial sobre las oposiciones sea fundada.

3. Legislación Brasileña.

En el ordenamiento jurídico de nuestro país vecino, encontramos la ley N° 11.101, del 9 de Febrero del 2005, que regula tanto la recuperación judicial, la extrajudicial, como la quiebra del empresario y de la sociedad empresaria.

En el capítulo III, denominado “La recuperación Judicial”, Sección I “Disposiciones Generales”, la normativa hace eco de la mencionada tendencia global de aditar al presupuesto material “estado de cesación de pagos”, las “dificultades económicas o financieras de carácter general”. Esta nueva categoría, se encuentra en posición intermedia entre la solvencia y la insolvencia total, significando a todas luces una situación menos crítica que el estado de cesación de pagos.

Dispone el art. 47 de la ley falimentaria: *“La recuperación judicial tiene por objeto viabilizar la superación de situaciones de crisis económicas-financieras del deudor, a fin de permitir el mantenimiento de la fuente productora, el empleo de los trabajadores y los intereses del acreedor, promoviendo, así, la preservación de la empresa, su función social y el estímulo de la actividad económica”*

En relación al objeto específico de estudio de nuestro trabajo, el acuerdo preventivo extrajudicial está regulado en el Capítulo VI, bajo el epígrafe “La Recuperación Extrajudicial”.

3.1. Características.³³

- El pedido de homologación no acarreará la suspensión de los

³³ Las características que se detallan, son fruto de traducción propia del autor intelectual de esta obra, del portugués al español.

derechos ni de las acciones de ejecución, ni la imposibilidad del pedido de quiebra para los acreedores no comprendidos en el acuerdo. (art. 161, inc. 4, Ley 11.101)

➤ La sentencia de homologación constituirá título ejecutivo judicial. (art. 161, inc. 6, Ley 11.101)

➤ El deudor puede requerir la homologación judicial del plan de recuperación extrajudicial adjuntando la justificación y documentación que contenga los términos y condiciones, con las firmas de los acreedores que se adhieran. (art. 162, Ley 11.101)

➤ Se estipula un régimen de publicación edictal a fin de que los acreedores puedan presentar sus impugnaciones, contando los mismos con un plazo de 30 días para interponerlas. Las causales de observación son taxativas. Interpuestas las mismas, se correrá traslado al deudor para que se expida sobre ellas. (art. 164 incs. 2, 3 y 4, Ley 11.101)

➤ El juez dará su apreciación de las eventuales impugnaciones y decidirá acerca del plan de recuperación extrajudicial, homologando por sentencia. La misma es apelable, con efecto suspensivo. (art. 164 incs. 5 y 7, Ley 11.10).

➤ En el supuesto de no homologarse el acuerdo, el deudor podrá presentar un nuevo pedido de homologación, cumpliendo previamente con las formalidades requeridas. (art. 164 inc. 8, Ley 11.101)

➤ El plan de recuperación extrajudicial produce sus efectos después de la homologación judicial. (art. 165, Ley 11.101)

4. Legislación Uruguaya.

La legislación uruguaya, en el Código de Comercio regula los “concordatos privados”³⁴, los “concordatos preventivos extrajudiciales” y los “concordatos preventivos”, redacción de estos dos últimos dada por la ley 5.392 del año 1916.

³⁴ Regulado por la Ley N° 8.045 del año 1926.

La ley citada, en el Libro IV, “Del Concordato Preventivo y de las Quiebras”, Sección Primera “Del Concordato Preventivo”, comienza a regular el acuerdo preventivo extrajudicial.³⁵

4.1. Características.

(i) Para que pueda darse curso a la solicitud sobre homologación del concordato extrajudicial, se establece una serie de documentos a presentar que tienden a informar lo más precisamente posible sobre el patrimonio del deudor. Para ello, es imperativo dar explicaciones de las causas del mal estado de los negocios. Se exige asimismo la aprobación, al igual que nuestra legislación, de doble mayoría –de personas y de capital- (Art. 1.524, C. Com.)

(ii) La mayoría absoluta de los acreedores, que reúnan más de la mitad del capital de los créditos, podrán designar una o más personas que fiscalicen la marcha de los negocios del deudor. (Art. 1.525, C. Com.)

(iii) Presentada la solicitud –conforme el art. 1524-, el Juez, ordenará: 1º. La publicación íntegra del concordato; 2º. La concesión al deudor de una moratoria provisional; y 3º. La inscripción en el Registro de Interdicciones de la solicitud de concordato. (Art. 1.526, C. Com.)

Está previsto, de modo similar a nuestro ordenamiento jurídico, que la publicación se efectuará en el Diario Oficial y en un medio de prensa escrita de Montevideo por el término de tres días. Si el acreedor no acreditar ante el Tribunal las publicaciones realizadas, el Tribunal revocará el auto de admisión y la moratoria concedida y decretará la quiebra.

(iv) Los acreedores disidentes, aún en el caso de que hayan firmado el concordato, podrán deducir sus reclamaciones dentro del término de treinta días, contados desde el primero de la publicación y podrán fundarse en que el concordato no cuenta realmente con las mayorías exigidas o en que el deudor oculta sus bienes o exagera su

³⁵ Información extraída del sitio web: http://www.derechocomercial.edu.uy/LeyCComLibroIV.htm#_ftn1

activo o aumenta o disimula falsamente su pasivo, o en que se ha valido de medios fraudulentos para obtener la adhesión de sus acreedores. (Art. 1.527, C. Com.)

(v) De no mediar oposiciones conforme lo dispuesto por el art. 1.527, el Juez homologará el concordato. (Art. 1.529, C. Com.)

(vi) Deducida alguna reclamación, se corre traslado al deudor y el juez señalará un término para la prueba de los hechos alegados, designando a la vez un contador para que informe, en general, sobre la conducta comercial del deudor en cuanto pueda apreciarse por el examen de la contabilidad y de la prueba producida. Vencido el término de prueba, las partes alegarán. Vencido el plazo, el Juez fallará. (Art. 1.530, C. Com.)

(vii) Si no hubo oposiciones o si habiéndolas son rechazadas, el juez homologa el acuerdo, el que tiene los mismos efectos del acuerdo judicial.³⁶

4.2. Proyecto de Reforma.

Actualmente, encontramos un proyecto de reforma en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay, presentado el 6 de Mayo del año 2000, que propugna una modificación integral del régimen concursal, ya que el mismo ha permanecido sustancialmente invariado desde finales del siglo XIX.

4.2.1. Exposición de Motivos de la reforma.

- Simplificar los procedimientos.
- Instrumentar un proceso único, dividido en tres etapas: concurso, venta en bloque y liquidación en partes.
- Estimular el acceso al concurso a los deudores y acreedores.

³⁶ ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo Extrajudicial. Caracterización, problemas y acuerdos privados”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 155.

- Dar un marco flexible de opciones para que las partes arriben a un acuerdo.
- Reducir los costos del procedimiento.
- Consagrar el principio de la continuación de la actividad económica desarrollada por el deudor.

4.2.2. Lineamientos del Proyecto de Reforma.

(i) Prevé la opción de seguir el procedimiento puramente privado de instrumentación del acuerdo, requiriendo la actuación de un Escribano Público, o solicitar su homologación judicial.-

(ii) Dispone un régimen de publicación del auto de admisión y de la propuesta del acuerdo.

(iii) De no mediar oposiciones, procederá la homologación judicial del acuerdo.

(iv) De mediar rechazo del acuerdo privado de reorganización, el Juez declarará el concurso del deudor.-

(v) El acuerdo homologado producirá los mismos efectos previstos para el concurso preventivo, entre ellos: efecto novatorio sobre los créditos y subsistencia de las garantías personales (los acreedores que no hayan votado a favor de la propuesta de convenio, conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y contra los fiadores o avalistas del deudor).

CAPÍTULO III
PRESUPUESTOS DEL ACUERDO.

Capítulo III

Presupuestos del Acuerdo.

El art. 69, LCQ, versa: Legitimado. *“El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial.”*

Del citado artículo se desprende que los presupuestos que condicionan la conclusión del acuerdo preventivo extrajudicial son dos,

1) presupuesto objetivo, estado de cesación de pagos o dificultades económicas o financieras de carácter general y 2) presupuesto subjetivo, quiénes pueden utilizar el A.P.E.

1. Presupuesto Objetivo.

El art. 69 de modificado por la ley 25.589 prevé: *“El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general...”*

Como se puede observar, podrá recurrir al acuerdo preventivo extrajudicial el deudor que se encontrare en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras de carácter general.

1.1. El estado de cesación de pagos.

Según surge del art. 1 LCQ, el estado de cesación de pagos es presupuesto para la apertura de los concursos, sin embargo el artículo no define el concepto del mismo.

Si recurrimos al art. 79 encontraremos algunos elementos que nos permitirán delinear la noción del mismo. En efecto, comienza diciendo: “Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de

cesación de pagos, entre otros...y a continuación enumera una serie de hechos de manera meramente ejemplificativa, como ser reconocimiento del estado de cesación de pagos por el deudor; mora en el cumplimiento de las obligaciones; ocultación o ausencia del deudor; venta a precio vil, etc.

Se encuentra en estado de cesación de pagos, el deudor que se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera que sea el carácter de ellas y cualesquiera sean las causas que la generaron.

Lo importante es tener en cuenta que:

➤ Se trata de un “estado” y no un hecho. Estado de impotencia para satisfacer con medios regulares (activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivos corrientes).

➤ Es general, afecta toda la situación económica del deudor.

➤ Es permanente, aunque no se lo debe identificar con indefinido.

➤ Irregularidad, impotencia de cumplir de modo regular según las condiciones pactadas o de ley, ya sean de tiempo, modo, lugar, etc.

➤ Se determinará en el supuesto concreto la impotencia patrimonial

1.2. Las dificultades económicas o financieras de carácter general.

Este tema ha sido introducido por la ley 22.917 en el año 1983 y ha dado lugar a debate doctrinal ya que al ortodoxo estado de cesación de pagos, el legislador suma como presupuesto dificultades económicas o financieras de carácter general.

Así, encontramos autores como Alegría que estima que distinguir entre “estado” y “dificultades”, carece de importancia práctica ya que ambas locuciones responden a los mismos conceptos.³⁷

³⁷ ALEGRÍA, Héctor, “Notas sobre el acuerdo preventivo extrajudicial”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 10, Concursos y Quiebras -1, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1996, p.257.

Para otros³⁸, lo que anida en ambos casos son diversas formas de insolvencia, pero de insolvencia al fin. La única diferencia posible es que en un caso ha alcanzado la condición de estado por razón de su definitiva permanencia, mientras en el otro no. Sostienen que la diferencia existe, pero sólo en grados, ya que la “dificultad” denota una insolvencia en estado inicial y temporal, pero cuando la misma se torna definitiva, se ingresa al terreno de cesación de pagos.

Siguiendo a Molina Sandoval³⁹, como a la doctrina mayoritaria, sustentamos la diferenciación entre estado de cesación de pagos y dificultades económicas o financieras. Alude el autor, entre otras razones que, en primer lugar la ley así parece admitirlo, ya que el art. 69 LCQ, utiliza la conjunción disyuntiva “o” (en sentido diferencial o alternativo). Y en segundo lugar, que el mismo art. 1 LCQ señala que el estado de cesación de pagos “*es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 66 y 69*”.

Si bien, por supuesto que encontramos distinguos entre dificultades económicas y financieras en el orden teórico, a los fines prácticos del instituto la misma no tiene relevancia, ya que sean dificultades de una u otra especie, las dos se encuentran habilitadas como presupuestos para la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial.

No obstante, Segal⁴⁰ diferenció entre las causas financieras de las económicas, expresando que las primeras hacen referencia a la liquidez, medios para cubrir las erogaciones de caja, activos corrientes y activos realizables. Así, una dificultad financiera general, puede solucionarse con la venta de un activo no corriente importante y con éste ingreso de fondos se podrá equilibrar las cuentas de la empresa. Generalmente se

³⁸ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA : “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 228

³⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 98

⁴⁰ SEGAL, Rubén, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 112.

refiere al nivel de endeudamiento, mientras menor sea el mismo, mejor será la situación financiera.

En tanto, las dificultades económicas se equiparan a razones de rentabilidad o a lo patrimonial. Es decir, la renta de cada unidad monetaria invertida en el activo, con lo que tiene que ver el mercado en el que se comercializa, eventuales competidores, competitividad de la empresa, etc.

Luego de todo lo dicho, coincidimos con Maffia⁴¹ en que el “estado de cesación de pagos” del art. 69 es lo que desde hace cien años se entiende por tal –imposibilidad de cumplir regularmente-, mientras que las “dificultades económicas o financiera de carácter general” consistirán, por ahora, en lo que empírica y compartidamente vayamos entendiendo por tal hasta que magistrados, publicistas y operadores del derecho alcancen a pergeñar una conceptualización manejable, como ocurrió antaño con el “estado de cesación de pagos”.

2. Presupuesto Subjetivo.

El acuerdo preventivo extrajudicial tiene fuerte base contractual, de lo cual podemos inferir que nos encontraremos por un lado con un deudor, y del otro lado con un acreedor. Estos pues, serán los sujetos que comprenden la esfera subjetiva.

2.1. El deudor.

En referencia al sujeto legitimado para recurrir al remedio preventivo extrajudicial, la ley no ha mencionado a que tipo de deudores se refiere, sólo hace mención al género “deudor”. Es por ello, que la doctrina ha ido analizando y desmenuzando la temática para poder otorgarle aplicabilidad al instituto y demarcar sus límites.

⁴¹ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 30

En un primer momento, podríamos pensar que en ausencia legal expresa de deudores legitimados, cualquier deudor se hallaría autorizado para arreglar sus pasivos con sus acreedores en acuerdos privados, sin importar que se encuentre dentro de los límites establecidos por los arts. 2 y 5, LCQ. Pero a poco de andar con este razonamiento advertimos que sólo apelamos como fundamento a la autonomía de la voluntad, no extendiéndonos más allá del ámbito contractual y por lo tanto del derecho común, alejándonos del objeto de nuestra materia concursal.

Aclarada la cuestión, nos referiremos de ahora en adelante a los supuestos en los cuales corresponda analizar que deudores están habilitados para arribar un acuerdo y solicitar posteriormente su homologación judicial.

Gran parte de la doctrina entiende que rige en todo su esplendor la aplicabilidad del art. 2 y del art. 5, LCQ, en orden a los deudores legitimados.

Molina Sandoval⁴² y Maffía⁴³ entienden que tanto el art. 1 LCQ, que establece el presupuesto objetivo y el principio de universalidad, el art.2 el presupuesto subjetivo, el art. 3 la cuestión de la competencia y el art. 4 la problemática internacional del concurso, integran los principios generales del ordenamiento concursal. Y haciendo uso del argumento *sedes materiae* sostienen que por la ubicación metodológica de las normas (Titulo 1, denominado “Principios Generales”), éstas fundamentan todo el plexo concursal, y por ello resultan plenamente aplicables a todos los institutos concursales, incluido el acuerdo preventivo extrajudicial.

Cabe agregar, que como consideramos al instituto de naturaleza concursal ab initio, las limitaciones de los arts. 2 y 5 LCQ operan en

⁴² MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 114.

⁴³ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 50.

todo momento y no están limitadas a su eventual presentación a homologación judicial.

Es preciso recordar que nuestro actual sistema concursal posibilita la iniciativa del acuerdo preventivo extrajudicial exclusivamente al deudor, impidiendo tal posibilidad a los acreedores.

Introducidos en el tema y aclarados estos puntos, desmembraremos el citado art. 2, LCQ, y oportunamente aclararemos las dudas que el mismo pueda generar.

2.1.1. Sujetos “Apistas”.

El art. 2, LCQ, comienza diciendo: Pueden ser declarados en concurso:

➤ las personas de existencia visible. Al respecto cabe aclarar que encontrándose en plena capacidad, las personas físicas pueden solicitar su concurso preventivo o liquidativo, y además requerir la homologación de un APE⁴⁴.

➤ las de existencia ideal de carácter privado. Son aquellas que el art. 32 del Código Civil define por exclusión: “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal”.

➤ las sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Entre ellas enunciamos a modo ilustrativo las sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, cualquier otra sociedad civil o comercial en que el Estado sea socio, empresas públicas reguladas por el decreto ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962, etc.

Agrega el artículo, se consideran comprendidos:

➤ el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.

⁴⁴ En el caso Cino, se dijo que “la genérica afirmación del art. 69, LCQ, debe correlacionarse con el art. 2 LCQ, que con amplitud para todos los concursos regulados por la ley 24.522, define cuales son los sujetos susceptibles de ser concursados, incluyendo sin duda alguna a las personas físicas no comerciantes”. (C. Nac. Com., Sala A, 27/05/2005. – Cino, Blas, s/ Concurso preventivo extrajudicial).

➤ Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

➤ A su turno, el art.5 LCQ, luego de establecer (impropiamente) que pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en al art. 2, agrega que están incluidas las personas de existencia ideal en liquidación.

2.1.2. Excluidos.

Culmina el art. 2 LCQ, estableciendo que no son susceptibles de ser declaradas en concurso, por lo tanto están excluidas las personas reguladas por las leyes:

➤ 20.091 (Entidades Aseguradoras). Esto se debe a que la propia ley de entidades aseguradoras así lo ha previsto, instituyendo al efecto un propio mecanismo liquidativo.

➤ 20.321 (Asociaciones Mutuales). Al respecto cabe advertir que por ley 25.374 quedó derogada esta disposición, ya que en su art.37 expresamente se establece que las asociaciones mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley de concursos y quiebras. Por ello, las mismas están legitimadas para acceder al acuerdo preventivo extrajudicial⁴⁵.

➤ 24.241 (las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones).

➤ así como las excluidas por leyes especiales. En este punto nos encontramos con las entidades financieras por antonomasia (ley 21.526).

⁴⁵ En el caso Asociación Mutual de Supervisores Ferroviarios, se entendió que en un primer momento, la asociación, por estar comprendida dentro de la ley 20.321, era sujeto legitimado para presentar un APE para su homologación. Sin embargo, tras un análisis de la realidad concreta de la asociación, se determinó: “que a la faz cualitativa conformada por la actividad de intermediación financiera que esencialmente despliega la deudora, se suma la cuantitativa derivada del ingente giro operacional, llevado a cabo a través de múltiples delegaciones diseminadas en distintos puntos del territorio del país. Cabe recordar que la magnitud del giro es una pauta que toma encuentra el art. 3 ley 21526 para hacer extensiva su aplicación a entidades no comprendidas expresamente en ella, por el compromiso de la política monetaria y crediticia que él puede aparejar”. Por lo tanto, se concluyó que la misma quedaba comprendida en la Ley de Entidades Financieras, prohibiéndoseles de la posibilidad de ser sujetos de un APE. (C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 19/04/2005- Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios)

2.1.3. El caso Banco Hipotecario S.A.⁴⁶. Denegatoria de A.P.E. para Bancos.

Se suscitó un amplio debate acerca de la posibilidad o no de las entidades financieras de ser legitimadas como “apistas”. Más en concreto, el planteo surgió en relación al caso “Banco Hipotecario S.A.”, a quien el *a quo* le rechazó la presentación de un acuerdo preventivo extrajudicial, motivo por el cual, la entidad financiera interpuso recurso de apelación.

La Fiscal General de la C. Nac. Com., Alejandra Gils Carbó, analizando la cuestión entendió que básicamente por tres razones fundamentales no es posible que las entidades financieras puedan celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial en los términos de los arts. 69 a 76 de la ley concursal

(i) En primer lugar, por la especialidad de la materia regulada. En efecto, “las entidades financieras están sometidas a un régimen específico compuesto por la ley 21.526 y sus normas complementarias, y a una fiscalización permanente del BCRA en virtud de la actividad que realizan. Este régimen prevé medios preventivos específicos para enfrentar las crisis económicas y financieras que concilian los especiales intereses involucrados en la crisis de una entidad financiera (arts. 34 y 35 bis, ley 21.526). La especialidad del régimen determina que los mecanismos preventivos de la ley 21.526 sustituyan a los previstos por la ley concursal”.

(ii) En segundo lugar, por el interés general comprometido, en el caso de las entidades financieras. “La crisis de las entidades financieras reviste especial relevancia en tanto que compromete los ahorros públicos, la confianza de los ahorristas y, en definitiva, el funcionamiento del sistema financiero y la marcha de la economía

Los mecanismos preventivos previstos en la ley 21.526 son sustitutivos de los mecanismos preventivos previstos en la ley concursal, en tanto tienen en cuenta particularidades de la crisis de entidades financieras vinculadas al interés público involucrado, que los

⁴⁶ Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial. (CNCOM - SALA D - 28/04/2006).

mecanismos concursales no contemplan porque están orientados indistintamente a toda clase de sujetos.

En efecto, la ley 21.526 prevé mecanismos preventivos específicos que protegen adecuadamente los especiales intereses involucrados en la crisis de una entidad financiera. Esos mecanismos prevén una amplia intervención del BCRA para resguardar los intereses públicos involucrados. La ley 24.522 al establecer el concurso preventivo no tiene en cuenta esos intereses ni prevé la intervención de la autoridad de aplicación”.

(iii) Por último, la ratio legis de tal prohibición es que una entidad financiera no puede reconocer su estado de cesación de pagos y continuar funcionando, porque ello crearía una desconfianza en el público ahorrista, incompatible con la certeza que necesita tener el público sobre la situación económica de la entidad donde confía sus ahorros.

Ello así desde que el reconocimiento por parte de una entidad financiera de que se encuentra ante dificultades económicas o financieras de carácter general también compromete el interés general, y más particularmente, la confianza del público ahorrista en el sistema financiero. La propia ley 21.526 confirma esta conclusión en tanto los mecanismos preventivos previstos por dicha norma son aplicables ante problemas de liquidez y solvencia, y no únicamente ante el estado de cesación de pagos”.

A su turno, la Cámara Nacional de Comercio Sala B sostuvo: “(a) dado exhibir, en esencia y en sustancia, el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial la misma naturaleza contractual-jurisdiccional y producir o poder producir el mismo efecto de extender la eficacia u oponibilidad del contrato a terceros no contratantes, (b) la prohibición legalmente impuesta a los bancos de petitionar la formación de su concurso preventivo, (c) también rige para solicitar la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial”. A continuación, categóricamente determinó: “la Sala juzga que en tanto el banco es una

entidad no concursable preventivamente (LC 5 y 2, ley 21.526: 50), tampoco está habilitada para solicitar la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial”. Concluyendo: “Repárese en el grave efecto institucional que tendría dar curso al presente pedido de publicación y ulterior homologación del acuerdo preventivo extrajudicial del Banco Hipotecario SA: la autoridad de contralor del sistema bancario quedaría sencillamente excluida de toda participación en el saneamiento que la entidad bancaria pretende por esta vía, cuando la regulación específica confiere al BCRA una amplísima intervención e injerencia en esa actividad.

El hecho que las modificaciones introducidas por la ley 25.780 a la ley 21.526 hayan mantenido, o no hayan alterado la redacción del art. 50 de la LEF -que excluye a las entidades financieras del concurso preventivo, y que nada dice respecto del acuerdo preventivo extrajudicial-, no significa que esa omisión legitime a esas entidades para pedir la homologación de un APE, sino todo lo contrario.-

Ello así, porque dadas la igual naturaleza y los iguales efectos de ambos institutos preventivos, impedir uno significa impedir también el otro”.

2.1.4. Supuestos particulares.

Fuera de los supuestos detallados por los arts. 2 y 5, LCQ, nos encontramos con algunos casos particulares que también tienen vedada su posibilidad de concursamiento.

Un ejemplo de esto es el caso de los deudores que se encuentran en concurso preventivo. Esto se debe a que las dos figuras -acuerdos preventivos y APEs- son dos remedios alternativos que no pueden activarse de manera simultánea, ya que resultaría ilógico que un deudor negocie con sus acreedores dos veces, de manera concursal y paraconcursal⁴⁷.

También están los supuestos de deudores con acuerdo preventivo homologado en etapa de cumplimiento -período de inhibición, art. 59

⁴⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 128.

LCQ- y el de los deudores declarados en quiebra, en los cuales en ambos está prohibido expresamente la posibilidad de acceder al remedio preventivo extrajudicial.

Un tema discutible sería el del deudor que se concursa, lo tienen por desistido, y dentro del año se le pide la quiebra. ¿Podrá acceder al acuerdo preventivo extrajudicial? En este caso, se sostiene que el art. 31 no es aplicable en caso de presentación de APE, ya que entre otras razones las normas que reglan al APE no remiten a la aplicación de la sanción establecida por el art. 31, LCQ; como lo hace con respecto al art. 59, LCQ. Además, en materia de sanciones, como ser la del art. 31, LCQ, la interpretación debe ser restrictiva, vedándose la posibilidad de aplicación analógica de las mismas.⁴⁸

2.1.5. Registración Contable.

Otra hipótesis que ha generado algunos debates doctrinarios es la del caso de deudor que no lleva contabilidad.

(i) Tesis Restrictiva.

La tesis restrictiva apunta a que este tipo de acuerdos y su negociación previa serían impracticables si el deudor no poseyera contabilidad y archivos idóneos para probar el estado de sus pasivos.

Desde esta perspectiva, Rouillón sostiene que los requisitos de homologación enumerados en los cinco incisos del art. 72, LCQ, indican claramente que el sujeto deudor que no lleve alguna clase de registración contable, que posibilite el dictamen o certificación de contador sobre activos y pasivos, no puede acceder a esta clase de

⁴⁸ Con relación al desistimiento, en el caso Lalor se fundamentó que No existe óbice al desistimiento voluntario de la homologación del acuerdo extrajudicial presentado en autos. Mas allá de las similitudes del concurso preventivo y el APE, el fracaso de éste no significa la quiebra del apista, desde luego, y sin que interesen aquí los acuerdos particulares logrados entre éste y algunos de sus acreedores. En virtud de ello, el fracaso -si así pudiese llamarse al efecto del desistimiento- del APE por desistimiento tampoco significa la quiebra del desistente, ni alteraría la posición de los acreedores que han llegado a acuerdos particulares. Consecuentemente, no se advierten razones de orden público ni afectación a derechos de particulares que impidan tener presente el desistimiento y por concluido el APE. (Lalor SA; s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial' - CNCOM - SALA D - 18/08/2005).

acuerdo preconcursal homologable. Y agrega que no es menester que el deudor lleve libros “en legal forma”, pero sí que tenga registraciones contables (aunque rudimentarias) suficientes para que un contador pueda cumplir los recaudos del art. 72 LCQ dictaminando con obligación de “detallar el respaldo contable y documental de su afirmación” (art 72, inc. 2 in fine, LCQ)⁴⁹.

(ii) Tesis Amplia.

Por el contrario, a juicio de la tesis amplia los deudores que carecen de contabilidad no tienen vedada tal posibilidad.⁵⁰

Explican que “así como nadie niega la posibilidad de concursamiento judicial a los civiles, sociedades civiles e irregulares, en franco incumplimiento de los recaudos establecidos por los incs. 4° y 6° del art. 11, LCQ, de ninguna manera puede negarse la posibilidad de que estos mismos sujetos sean partes en un acuerdo preventivo extrajudicial. Finalmente, la distinción entre la aptitud para el concurso preventivo judicial y el APE determinada por la existencia o regularidad de sistemas contables llevados por sujetos, carecería de causa eficaz en orden al principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la CN”.⁵¹

(iii) Nuestra Opinión.

Adherimos a la tesis amplia, estimando que no es necesario que el “apista” lleve contabilidad, sino que se requiere al deudor elementos

⁴⁹ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob.cit. p. 165.

⁵⁰ En el caso Arroyo, podemos observar una evolución de una interpretación restrictiva sustentada por el *a quo* que dijo: “la figura del acuerdo preventivo extrajudicial no es una alternativa permitida en situaciones como la de autos, en la que la deudora es una persona física sin ningún tipo de registración contable ni posibilidad cierta y fehaciente de reconstruir su activo y pasivo, a no ser por la voluntad del propio deudor.”, rechazando in limine la presentación de acuerdo preventivo extrajudicial; evolucionando a una interpretación más amplia confirmada por el *a quem*: “la necesidad de presentar un cuadro de situación objetivo respecto del patrimonio del peticionario es un requerimiento que no puede soslayarse; más ello en modo alguno importa predicar que el incumplimiento de presentar una contabilidad regular en los términos del CCom 43 y ss. importe una limitación subjetiva al remedio preventivo extrajudicial. cabe agregar que el plexo normativo concursal permite el concursamiento preventivo de sujetos que no llevan contabilidad o que la misma no sea llevada en legal forma. Ello sin perjuicio de las medidas de prueba complementarias que la magistrada de grado puede adoptar en esta etapa, o, en su caso, al momento de presentarse las eventuales oposiciones, si estimare insuficientes los puntos sobre los que se expide la certificación contable acompañada”. (C. Nac. Com., sala D, 27/05/2005- Arroyo, Alberto L. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

⁵¹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 220.

mínimos que resulten suficientes para brindar información sobre su situación patrimonial, ya sea mediante constancias instrumentales o libros comerciales, o de cualquier otra naturaleza.

2.2. Los acreedores.

El art. 69, LCQ dice: “El deudor....puede celebrar un acuerdo con sus acreedores...”

Se plantea la dificultad de determinar si es o no necesaria la unanimidad de los acreedores para obtener el acuerdo.

Este problema se debe a que bajo la vigencia de la ley 24.522, se desprendían dos importantes consecuencias, a saber:

- autorizaba la posibilidad de celebrar el acuerdo “con todos o partes de sus acreedores”, lo cual eliminaba explícitamente la unanimidad
- otorgaba a los acreedores que no suscribieran el acuerdo la posibilidad de conservar sus acciones individuales.

Estimamos que el debate ya ha perdido vigor ante la actual redacción de ley 25.589. Primero, porque el art. 73, LCQ es bastante claro al formular que para que se dé homologación judicial es necesaria la concurrencia de una doble mayoría, en cuanto a las personas y en cuanto al capital que ellas representan. Por otra parte, la imposición de recaudo de unanimidad implicaría ir en contra de la dinámica del instituto, ya que la mera oposición de un acreedor -por insignificante que sea crédito- tornaría nulo todo posible acuerdo, se encuentre en la etapa comercial que fuera. Por último, establecer lo contrario no sería coherente con lo dispuesto por el art. 76, LCQ, (extensión de los efectos del acuerdo homologado a los acreedores que no han participado en él), art. 75, LCQ, (acreedores con derecho a oposición. Ya que si se exigiera unanimidad, ¿Quiénes quedarían fuera de ella con derecho a

oposición?) y por último, art. 74, LCQ, (necesidad de recurrir a la publicidad edictal).

Sin embargo este análisis no es totalmente compartido. Así, Di Tullio- Macagno- Chiavassa⁵² distinguen tres etapas por las cuales transita el procedimiento a la hora de establecer la unanimidad o no de acreedores.

-Primera etapa: es la “concertación privada”, y en ella no creen necesaria la concurrencia de unanimidad de acreedores.

-Segunda etapa: es la “presentación del acuerdo al juez concursal para su homologación”. En esta etapa la unanimidad es requerida ya que resultaría una torpeza permitir que el deudor solamente denunciara a aquellos acreedores que le prestarán su conformidad.

-Tercera etapa: coincide con la “homologación del acuerdo extrajudicial”. En esta etapa sólo se requiere el régimen de mayorías exigido en el art. 73, LCQ.

⁵² DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 223.

CAPÍTULO IV
ASPECTOS ESTRUCTURALES.

Capítulo IV

Aspectos estructurales.

1. Recaudos Formales.

La normativa relativa a la forma está contemplada en el rt. 70, LCQ, que dice: Forma. *“El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo las firmas de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento. No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día”*.

1.1. Instrumento privado.

Como se desprende del enunciado, un primer recaudo es que debe tratarse de un acuerdo por escrito. De acuerdo con el art. 978 Código Civil, *“la expresión por escrito debe tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta”*. Vedándose la posibilidad de expresar la voluntad de manera verbal. Además, la ley exige que dentro de la formalidad escrita se esté por el instrumento privado.

No obstante, si el acuerdo contuviera alguno de los actos mencionados en el art. 1184 del Código Civil, el mismo deberá celebrarse por escritura pública, ya que si las partes lo celebran por instrumento privado, el acuerdo no queda concluido como tal, no produce sus efectos propios, sino que a tenor del art. 1185, Código Civil, queda concluido como un contrato en el que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Se discute si esta formalidad exigida de instrumento privado es una forma “ad probationem” o “ad solemnitatem”. La distinción es relevante, ya que si se trata de la primera – como sostiene Heredia- ante la omisión de la formalidad exigida el acto será válido, pero su existencia deberá ser probada por otro medio de prueba. En cambio si las formalidades son “ad solemnitatem” -opinión de Molina Sandoval- y el acto careciera de la formalidad exigida, el mismo sería nulo.

Para Maffía⁵³, es facultativa la forma de emplear al documento, ya que explica que el modalizador “puede”, confiere una potestad, lo cual no excluye el instrumento público que muchas veces hasta resultará imprescindible.

1.2. Firmas.

Continúa el artículo disponiendo que si se otorgare en instrumento privado, las firmas de las partes y las representaciones invocadas deben estar certificadas por escribano público.

Con relación a las firmas⁵⁴, observamos que se trata de un requisito esencial que no puede omitirse en esta clase de instrumentos, y además, por disposición del art. 1021 del Código Civil, los actos que contengan convenciones bilaterales deben redactarse en tantos originales como partes haya con interés distinto.

La firma de los acreedores debe estar certificada por escribano público. Si se trata de representantes de personas jurídicas, mandatarios, etc. conjuntamente con la firma y certificación deberá agregarse los documentos habilitantes debidamente certificados.

El texto es bastante claro para hacernos interpretar -por expresa omisión-, que no se puede certificar por autoridad administrativa, autoridad judicial u otra análoga. Aunque en el caso poco común de

⁵³ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 83.

⁵⁴ Art. 1012, Código Civil: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales de los nombres o apellidos”.

encontrarnos con certificaciones de autoridad judicial o administrativa, resultaría extraño que el tribunal denegase la homologación con fundamento en este incumplimiento.

1.3. Representantes.

La ley hace mención a la “representación”, que se da cuando alguien declara su voluntad en nombre y por cuenta de otro. Puede ser tanto representación necesaria como tratarse de un mandato. A la vez, puede derivar de la voluntad de la ley, de la voluntad del propio representado y de la voluntad judicial.

El artículo en cuestión no hace más que respetar la coherencia sistemática y lógica del ordenamiento jurídico -entendido este como unidad- y al tocar el tema de la representación nada obstaculiza la remisión a las normas que forman parte de la teoría general del acto jurídico y de los contratos contempladas por el Código Civil.

Establece la Ley de Concursos y Quiebras que si se tratase de un sujeto comprendido en el supuesto del art. 6, LCQ, -persona jurídica-, se deberá agregar el instrumento donde conste la resolución del órgano de administración y constancia de la resolución de continuar el trámite adoptada por el órgano de gobierno. Si se tratase de un incapaz o inhabilitado, la solicitud la efectuará su representante y será ratificada por el juez que corresponda -art. 7, LCQ,-. Y en caso de ser persona fallecida mientras se mantenga separado su patrimonio, la solicitud será realizada por cualquier heredero y luego deberían ratificarla los demás herederos -art. 8, LCQ-.

Si bien la ley no ha establecido sanción específica para el caso de los APEs, y no corresponde la aplicación analógica de la misma ante la omisión de los recaudos establecidos en los arts. 6, 7 y 8, LCQ, resulta a todas luces aconsejable la correcta cumplimentación de los mismos.

1.4. Doble ejemplar.

Como hemos visto, por disposición del art. 1021 del Código Civil, los actos que contengan convenciones bilaterales deben redactarse en tantos originales como partes haya con interés distinto.

Siempre, lo más aconsejable es que cada parte poseyera copia del acuerdo y también de la documentación certificada que se acompañara al instrumento ya que de esta forma los acreedores ejercerían control entre sí, y además tendrían información por ejemplo de los límites de cada representación invocada.

1.5. Firma de los acreedores.

Concluye el art. 70, LCQ “...no es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día.”

El artículo expresa “no es necesario”, lo cual es un acierto, ya que ni en esta ley ni en ninguna otra encontramos mención alguna relativa a la obligatoriedad de redactar el acuerdo en uno o varios instrumentos, lo que devendría en uno o distintos días.

Este aspecto se condice con la realidad, ya que las negociaciones del deudor con sus acreedores son llevadas a cabo en diferentes momentos y es casi improbable que el deudor se sienta a la mesa con todos sus acreedores en un mismo acto para arribar a un acuerdo. Por lo cual sería muy poco práctico y bastante embarazoso exigir que el acuerdo se realice en un único instrumento.

2. Libertad de contenido.

Establece el art. 71, LCQ, Libertad de contenido. *”Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtengan homologación judicial, salvo convención expresa en contrario”*.

2.1. Autonomía de la voluntad.

Se evoca la libertad de contenido como una manifestación de la autonomía de la voluntad. Ésta es el eje en el cual se mueve todo el acuerdo preventivo extrajudicial, ya que depende meramente de la autonomía de cada parte el hecho de sentarse y negociar, y dentro de esta posibilidad entablar el arreglo que mejor se adecue a sus intereses.

Es justamente con este principio de libertad que el instituto recobra importancia y se lo diferencia nítidamente del acuerdo judicial, ya que en el caso de marras nos encontramos en un proceso con ausencia de un tercero que sea extraño a la relación jurídica⁵⁵.

La autonomía de la voluntad consagrada en el art. 1197⁵⁶ del Código Civil puede ser entendida no solo como facultad de las partes de concertar o no acuerdo –libertad de contratación–, sino también de fijar el contenido de todo lo arreglado.

Así, del art 953 del Código Civil se desprende que el objeto del acuerdo debe ser:

- cosas: que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de alguna acto jurídico,
- hechos: que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero.

Además, el mismo debe reunir 4 requisitos:

⁵⁵ Con referencia a si es viable o no la categorización en el marco de un APE, en el caso Tubo Trans Electric S.A. se entendió que “si bien no se encuentra reglado de manera expresa en el texto legal, nada obsta a que el deudor pueda categorizar y tal posibilidad surge del principio de libertad de contenido del art. 71 LCQ, nada le impide a que acuerde con sus acreedores propuestas diferenciadas según la naturaleza de la relación crediticia que los une y los intereses de los integrantes de cada grupo o clase. Ciertamente es que la categorización no rige de idéntica manera que en el concurso preventivo judicial, , ya que las categorías se gestarán extrajudicialmente porque el proceso aún no se ha iniciado, no habrá control de las establecidas por el deudor ni resolución de categorización ni responden a parámetros especiales, a pesar de lo cual la posibilidad de categorizar no puede ser negada, lo que deviene compatible con el texto del art. 71, LCQ.” (Caso Tubos Trans Electric S.A., C. Civ. y Com. Córdoba, 3º, 13/12/2005).

⁵⁶ Art. 1197, Código Civil.: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

➤ Posibilidad: los hechos deben ser material y jurídicamente posibles. Cuando ellos se refieren a cosas, su posibilidad depende de la existencia de las mismas, de su comerciabilidad (art 2336 C.Civ.), de que no hayan sido prohibidos como objeto de un acto jurídico (art. 953 C.Civ.)

La comercialidad esta estrechamente relacionada con la posibilidad de enajenación de la cosa.

➤ Licitud: las leyes no pueden aceptar contratos u obligaciones cuyo objeto sea ilícito, es decir, contrario a la ley o a la moral o a las buenas costumbres.

➤ Determinación: Artículo 1170 del Código Civil: “Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse.”

No se puede obligar al deudor a dar o hacer algo que no sabe que es.

➤ Patrimonialidad: el objeto debe tener valor patrimonial. Esta exigencia surge del art. 1169 Código Civil.: “La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo *susceptible de una apreciación pecuniaria* “.

Se sostiene que es necesario imponer cierto límite al contenido del acuerdo.⁵⁷ Se debe proteger la confianza que fue depositada por los acreedores en el deudor, y éste no puede superar la situación con cualquier clase de acuerdo. Los negocios están insitos de contenido ético y moral, y si por alguna circunstancia los crédito se ven obligados a sacrificarse, es el deudor quien debe realizar el mayor esfuerzo en aras de resolver la situación que lo llevé al estado de cesación de pagos.

⁵⁷ Extraído del sitio web: http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doctr/archDoctri/Arecha.htm#arriba, nota redactada por ARECHA, Martín.

De todo lo expuesto, concluimos que las partes tienen plena libertad para otorgar al acuerdo el alcance que mejor se ajuste a sus intereses, siempre y cuando no infrinjan los límites establecidos por el ordenamiento jurídico con respecto no sólo al acto, sino también con relación a los terceros -ajenos al acto- impuesto por el principio general “*alterum non laedere*”, que se traduce en no perjudicar los derechos de los demás.

2.2. Principio de igualdad de los acreedores.

No obstante lo antedicho, la doctrina se encuentra dividida luego de la reforma de la ley 25.589, con referencia al principio de igualdad entre los acreedores.

Por un lado nos encontramos con quienes sostienen que no gobierna la *pars condicio creditorum*. Afirman que el instituto en análisis en ningún artículo exige condición para que rija tal igualdad, cosa que sí ocurre expresamente para el instituto del concurso preventivo. No sólo que a cada clase de acreedores se les puede ofrecer distintas propuestas, sino que también dentro de la misma clase, las propuestas pueden ser distintas.⁵⁸

Sostienen que la libertad del deudor es plena, y puede pactar con cada acreedor lo que entre ambos encuentren más razonable y justo a sus intereses, aun sin guardar correspondencia entre los distintos acreedores. En el caso concreto serán los propios acreedores quienes tengan la posibilidad de no aceptar las pautas del acuerdo si así lo creen más conveniente.

En suma, consideran que el legislador ha cristalizado la realidad económica que se venía gestando a la par de la concursal, ya que con anterioridad a la reforma dicha desigualdad existía, con la sola diferencia de que un acuerdo alcanzado sin respetar el principio no era sometido a homologación. En cambio ahora, la situación ha mejorado

⁵⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 189.

en un sistema moldeable a cada situación particular. Se torna en beneficio para ambas partes, un deudor que impone el ritmo que gusta y un acreedor que tiene la carta final, lo toma o deja.

En la vereda de enfrente, nos encontramos con valiosa doctrina que esgrime una opinión contraria.⁵⁹

Sus partidarios sostienen en general, que el principio de igualdad entre los acreedores no regía bajo la vigencia del antiguo régimen de la ley 24.522, y ello en virtud de que la normativa no otorgaba efecto expansivo del acuerdo homologado a los acreedores que no participaban en el mismo, y además conservaban el ejercicio de sus acciones individuales.

Con la actual redacción se interrogan cómo compatibilizar una norma que pregona total libertad de contenido con la actual redacción del art. 76, LCQ, el cual señala que una vez homologado el acuerdo “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”.

Por ello sostienen que es imperante la aplicación del principio *pars condicio creditorum*. Ya que afirmar lo contrario, sería una interpretación incongruente y asistemática de la ley concursal.

Además, por expresa redacción del art. 76, LCQ, que remite al art. 56, LCQ, se argumenta que la igualdad de trato debe respetarse, ya que éste último artículo, determina en su tercer párrafo: “Son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría”.

Mencionada la línea divisoria, adherimos a la opinión de éstos últimos. Entendemos que la libertad de contenido está presente y debe

⁵⁹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 234; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 73. ; MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 86 y sig.

imperar en el acuerdo, lo cual no excluye que se respete la igualdad entre los acreedores.⁶⁰

Debemos concebir al instituto como una herramienta que nos permita superar la crisis empresarial, y en virtud de ello nuestra creatividad a la hora de buscar alternativas no debe ser menoscabada ni impuesta arbitrariamente desde afuera, y además debe estar siempre encauzada en sus justos límites, tanto con relación al objeto como en relación a los sujetos del acuerdo.

Igualmente, como mencionáramos, el APE es concursal, y si bien tiene sus particularidades propias que lo diferencian de otros institutos, no debemos asimilarlo a un contrato regido únicamente por el derecho común. Como figura concursal que es, el mismo está inmerso y se nutre de los principios generales de la materia y la igualdad entre los acreedores debe respetarse en todo momento, no recién cuando el acuerdo es presentado para su homologación.

2.3. Alternativas de acuerdos.

En cuanto a las posibilidades de acuerdos, encontramos una amplia gama de alternativas que devienen no sólo de institutos jurídicos, sino también y con mayor vigor desde el área empresarial. Ya que, en definitiva son todos instrumentos a los que se recurre para salir a flote de aprietos societarios que han confluído en dificultades económicas o financieras de carácter general; y porque no también, en estado de cesación de pagos.

⁶⁰ “Debemos respetar el principio de igualdad de trato, por ser éste connatural a todo proceso universal, característica esta última que define de manera contundente el novedoso instituto, ya que jamás podría tolerarse que se disponga del crédito de terceros que no hubieren participado, imponiéndoles restricciones. No desmerece lo expuesto que la reforma haya mantenido intacto el art. 71 LCQ., que consagra la libertad de contenido, ya que el mismo no puede ser considerado sino de manera integral con el ordenamiento concursal, y de la universalidad que subyace ante la trascendencia hacia todos los acreedores de lo acordado. La libertad de contenido ignorando el principio de la igualdad de trato era explicable bajo el sistema de la ley 24522 en su versión originaria, siendo lícito que se acordara condiciones diferentes con cada partícipe, ya que a la postre cada uno se sometía a lo que había aceptado y la única consecuencia para terceros tras la homologación era la oponibilidad de los actos que se hubieran otorgado como consecuencia del APE., pero cuando lo acordado trasciende más allá de la voluntad de los que prestaron su consentimiento, resultaría contrario al orden público que se impusiera al resto de acreedores acuerdos discriminatorios que pudieran otorgar ventajas a algunos respecto de otros” (Caso Tubos Trans Electric S.A., C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005).

Dentro de ellos cabe mencionar a la quita o espera; integración de un régimen de administración; creación de un comité de acreedores; entrega de bienes; constitución de sociedad con los acreedores; reorganización de la sociedad deudora; otorgamiento de garantías; planes de financiación, etc.

Como hemos acordado, la libertad entre los partícipes para determinar la forma de instrumentación y el contenido para afrontar las dificultades empresariales es amplia. No hay objeción a ninguna modalidad, siempre que sea lícita y apta para que la empresa pueda superar el estado de insolvencia y continúe actuando en normal funcionamiento.⁶¹

Con relación a las alternativas de acuerdo, sólo se cuestiona si es viable o no un acuerdo de liquidación. Para algunos⁶² no habría inconveniente alguno, y el acuerdo se referiría a las formas de realización de los bienes y su posterior reparto entre los acreedores, evitando los perjuicios de la liquidación judicial. Mientras que Médici⁶³ sostiene que la finalidad liquidativa del acuerdo sería muy difícil de aceptar, ya que estamos frente a acuerdos “preventivos”, es decir que tratan de evitar una quiebra o liquidación. Por lo tanto, sólo juzga viable alternativas saneatorias de la insolvencia patrimonial.

⁶¹ Es novedosa la alternativa, fruto de la autonomía de la voluntad, que se analizó en el caso Chartier, de justamente no homologar un convenio una vez acaecido el condicionante del transcurso del tiempo previsto. En efecto las partes acordaron un plazo resolutorio para que en el supuesto de no homologarse el acuerdo dentro de los 180 días desde la suscripción del mismo, se considere nulo para ambas partes, renaciendo los derechos plenos que el acreedores tiene de cobro sobre la deuda. Sostuvo el *a quem*, que “los deudores, sin estar constreñidos a fijar la condición resolutoria señalada, no obstante ello lo hicieron. La libertad contractual acordada por el art. 71 Ver Texto LCQ, permite dar al acuerdo el contenido que las partes consideren conveniente a sus intereses, resultando obligatorio en los términos allí indicados. Ello impone respetar la decisión de los acreedores que aceptaron el referido lapso temporal como una suerte de suspensión de las acciones individuales que puedan tener contra los deudores (art. 72 in fine LCQ.). Dicha cláusula fue negociada, no impuesta, dentro de la esfera de la autonomía privada de los intervinientes, quienes han debido evaluar los fines prácticos que mejor resguardan sus intereses, insito por tanto en el precepto de la buena fe”. Es novedosa la alternativa fruto de la autonomía de la voluntad, de justamente no homologar una vez acaecido el condicionante del transcurso del tiempo previsto”.

(C. Nac. Com., sala A, 22/12/2005- Chartier, Adolfo R. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

⁶² DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 236; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 66.

⁶³ MÉDICI, “Los acuerdos preventivos extrajudiciales después de la ley 25.589, L.L, 2004-D, 1072.

2.4. *Pactum de non petendo.*

El acreedor está investido legalmente de la facultad de peticionar la quiebra de su deudor, ante la concurrencia de determinados requisitos. Sin embargo, como el acreedor puede renunciar a su crédito, con mayor razón podrá declinar la acción de justicia que es sólo una manifestación de éste.

El *pactum de non petendo* se refiere al compromiso asumido por los acreedores de “no pedir la quiebra de su deudor”. Este pacto no importa extinguir las obligaciones, sino que por el tiempo convenido se tornan inexigibles por el acreedor.

Maffia⁶⁴ considera que el acreedor puede pedir la quiebra de su deudor, en clara contraposición con su promesa, y en caso de que tuviera éxito con el pedido, “tal vez le salga una jorobita” (las entrecomillas me pertenecen). Concluyendo que el ordenamiento jurídico tomaría dicho incumplimiento como fuente de obligación, aparejando responsabilidad resarcitoria de los perjuicios causados.

Creemos que la renuncia del acreedor a pedir la quiebra de su deudor está implícita en los acuerdos preventivos extrajudiciales.

Resulta una obviedad que todo el APE se mueve en torno a la autonomía de la voluntad de las partes y que el mismo no es un paso previo a ningún otro instituto, sino que es autónomo e independiente. Si el acreedor libremente accedió a este tipo de acuerdos lo ha hecho en aras de tratar de superar las dificultades de su deudor, (se presume que aunque sea preliminarmente, ha considerado mejor esta alternativa que la vía judicial). Y si ha optado por la alternativa extrajudicial resultaría contradictorio que peticionara la declaración falencial.

Sin embargo justo es respetar que las partes libremente puedan pactar lo contrario, ya sea limitando temporalmente o bajo otro tipo de condición al acuerdo de no pedir la quiebra.

⁶⁴ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit., p. 92.

CAPÍTULO V
REQUISITOS DE LA PRESENTACIÓN.

Capítulo V

Requisitos de la Presentación.

1. Consideraciones preliminares.

1.1. Legitimación.

Previo a considerar los requisitos a cumplimentar para solicitar homologación, cabe considerar quiénes están legitimados a tal efecto.

La doctrina mayoritaria es conteste en sostener que con la actual redacción del art. 69, LCQ, sólo el deudor se encuentra legitimado para efectuar la presentación judicial del pedido de homologación. Ello es así debido a que el artículo en cuestión prescribe: *“el deudor...puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación...”*.

Sin duda alguna, también puede ser solicitada por el apoderado con poder especial en los términos del art. 9, LCQ.⁶⁵

Sin embargo, nos encontramos con una posición minoritaria⁶⁶ que considera que los acreedores partícipes del contrato tendrán derecho a que el cocontratante eleve lo actuado en vista a la homologación y, caso omiso, subrogarse previo emplazamiento en su omitido quehacer y demandar al tribunal que convalide el arreglo.

1.2. Aspectos formales de la presentación.

Debemos tener en cuenta que el pedido de homologación es una verdadera demanda, y como tal debe contener todos los requisitos exigidos por el código de rito.

⁶⁵ Art. 9, LCQ. Representación voluntaria. “La apertura del concurso preventivo puede ser solicitada, también por apoderado con facultad especial”.

⁶⁶ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 106.

Así, deberá estar firmada por abogado, se deberá adjuntar el acuerdo que será homologado y toda documentación que acredite la condición del representante legal, convencional o heredero.⁶⁷

También se deberá indicar el nombre, domicilio real, edad, estado civil, tipo y número de documento, domicilio procesal, objeto de la pretensión con descripción del presupuesto objetivo y el derecho en que se funda.

1.3. Proceso concursal.

Como sustentamos en el capítulo I, punto 3, el acuerdo preventivo extrajudicial es un auténtico instituto concursal.⁶⁸ Como corolario de ello se desprende lógicamente que consideremos al proceso por el cual se tramita una vez interpuesta la demanda de petición homologatoria, como un verdadero proceso “concursal”.⁶⁹

Como tal, le resultan aplicables los principios rectores de la materia con las consecuencias que de ellos derivan. A modo ilustrativo mencionamos que le son aplicables las normas del art. 3, LCQ, que determinan el juez competente. Lo cual veda toda posibilidad de que las partes puedan pactar la jurisdicción que les convenga. Y también resulta que el juez esté investido todo el proceso de las facultades

⁶⁷ Alguna jurisprudencia entendió que la presentación del deudor debe expresar que se encuentra en "cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general" mediante una explicación convincente y verosímil. Si bien la norma no lo expresa explícitamente deben cumplirse los recaudos previstos en los incs. 1 y 2 del art. 11 LCQ., pues es razonable exigir la individualización del deudor y la exteriorización del cumplimiento del presupuesto objetivo, en punto a la crisis que se pretende conjurar con el acuerdo. (C. Nac. Com., sala B, 16/12/2005- Zayas, Cecilia s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

⁶⁸ En el caso Guerra Díaz, la Cámara interpretó que “el acuerdo preventivo extrajudicial es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo. Ahora bien, la similar finalidad de ambos institutos impone, más allá de las remisiones parciales al articulado del concurso que contienen el art. 69 y sptes. LCQ, recurrir a una función de integración normativa entre los dos mecanismos que, sin embargo, no debe ser automática sino acotada y racional. Dentro de tales parámetros, se entiende que las normas del concurso preventivo serán de aplicación al APE en tanto resulten compatibles con su finalidad”. (C. Nac. Com. –Sala A- 04/03/2005 - Guerra Díaz, José Roberto – Sánchez Marta s/ Acuerdo preventivo Extrajudicial).

⁶⁹ Posición también ratificada por la jurisprudencia. “El APE también es un proceso, en lo referido, al tramo judicial de ese conjunto, pues ese tramo está integrado por una serie sucesiva de actos (presentación, publicidad, oposición, decisión judicial) ordenados para la consecución de una sentencia jurisdiccional: la sentencia homologatoria.”. (C. Nac. Com. - Sala D - 28/04/2006 - Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial)

concedidas por el art. 274, LCQ, entre otras: dictar todas las medidas de investigación que resulten necesarias.

Pero nuestra postura no es la única, y encontramos disidentes que consideran el trámite de naturaleza “judicial”, pero no concursal. Entre otras razones se evoca que “si el deudor pretende que lo arreglado con sus acreedores sea homologado, presenta la demanda del art. 72, LCQ, primer paso para que tenga inicio el proceso *judicial*. Y ese proceso *judicial*, de prosperar, conducirá a la sentencia de homologación que a la par origina el proceso concursal”.⁷⁰

2. Requisitos.

Los recaudos que deben ser considerados para someter a homologación el acuerdo preventivo extrajudicial están enumerados en el art. 72, LCQ.

El Art. 72, LCQ, comienza: Requisitos para la Homologación. *“Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el art. 3º, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos debidamente certificados por contador público nacional:...*

2.1. Competencia.

Como primera medida, la ley remite al art. 3, LCQ. Este artículo especifica que los jueces que deben entender en los procesos concursales son los ordinarios –no los federales-, de acuerdo el sistema de administración de justicia que cada provincia haya organizado. (art. 5, Const. Nac.)

Sintéticamente, mencionaremos la competencia que corresponde a los distintos supuestos enumerados en el art. 3, LCQ.

⁷⁰ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 98.

1- Personas de existencia visible. En primer lugar la competencia que les corresponde es la del lugar de la sede de la administración de sus negocios –centro desde el que se imparten directivas administrativas y contables-. Subsidiariamente, cuando no ejerce actividad comercial, la del lugar de domicilio –domicilio real-.

2- Deudor que tuviere varias administraciones. Será competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal. Si no es posible determinar esta calidad, será competente el juez que hubiere prevenido –el que hubiere ejecutado las primeras diligencias-.

3- Personas de existencia ideal regularmente constituidas y sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal se parte. La competencia es atribuida al juez del lugar del domicilio –jurisdicción territorio, ciudad, pueblo o distrito donde se constituye la sociedad-.

4- Sociedades no constituidas regularmente (Irregulares o de hecho). En primer lugar es competente el juez del lugar de la sede. Subsidiariamente, el juez del lugar del establecimiento o explotación principal.

5- Deudores domiciliados en el extranjero, respecto de bienes existente en el país. Será competente el juez del lugar de la administración en el país, a falta de éste, el juez del lugar del establecimiento o actividad principal.

2.2. Adecuada información certificada por contador nacional.

Con relación a las registraciones contables hallamos diversidad de interpretación doctrinaria sobre la valoración de los recaudos formales.

En la posición más estricta nos encontramos con la opinión de Rouillón, quien al respecto señala que “el sujeto deudor que no lleve alguna clase de registración contable que posibilite el dictamen o certificación del contador sobre activos y pasivos, no puede acceder a esta clase de acuerdo preconcursal homologable”.⁷¹

Junyent Bas y Boretto, estiman que los contadores deben trabajar para que el sistema de información contable refleje datos útiles para que tanto los acreedores como el propio tribunal estén en condiciones de tomar las decisiones pertinentes y deben ejercer control sobre el patrimonio. Además sostienen que no es suficiente que el contador compulse la documentación, sino que exigen que se dictamine desde un enfoque técnico opinión sobre la veracidad del sistema contable.⁷²

Al respecto, Molina Sandoval realiza una comparación entre “dictamen” y “certificación” de contador público, diciendo que el primero implica opinión del profesional sobre la veracidad del sistema contable, y en cambio la segunda es una simple constatación de los datos de contabilidad. Concluyendo, que la ley exige “certificación” y no dictamen, pues el contador suele emitir certificado sólo sobre la documentación revisada, la que muchas veces no es suficiente para determinar la existencia de otros acreedores. Tampoco parece lógico exigirle al contador que realice una certificación sobre la base de elementos a los que no tiene acceso, sea por imposibilidad material o porque maliciosamente el deudor no los suministra.⁷³

En términos más abruptos, Maffía opina que en definitiva, “el contador del apista certificará lo que este último guste mostrarle”.⁷⁴

⁷¹ FERREIRA, Sergio, “La actuación del contador público en el acuerdo preventivo extrajudicial”, Revista “Factor”, Año II, N° 132, II Época, Semana del 4 al 7 de diciembre de 2006, p.8.

⁷² JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 89.

⁷³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 231.

⁷⁴ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 113.

Lo cierto es que la ley busca darle seriedad y certeza a la presentación del acuerdo para su homologación, y al exigir certificación por parte de contador público nacional colabora en ello. Además, se trata de buscar un respaldo sólido y objetivo que informe lo más fielmente posible el estado patrimonial del deudor, ya que como sabemos, los efectos otorgados por el art. 76, LCQ, son asimilados a los de un concurso preventivo y en base a los datos brindados por el deudor y certificados por el contador, se determinará la proporción de acreedores otorgante del acuerdo.⁷⁵

2.3. Estado de Activo y Pasivo.

Continúa el art. 72, inc. 1, LCQ. *“Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación”.*

Con referencia a la fecha de actualización del estado del activo y pasivo, la ley es más flexible en comparación al concurso preventivo, ya que requiere que esté actualizado a la fecha del instrumento. En contraposición, el art. 11 inc. 3, LCQ, dispone la actualización a la fecha de la presentación judicial.

En armonía con el art. 70, LCQ, en el supuesto de que el acuerdo se haya otorgado en varios instrumentos se deberá estar a la fecha en que se suscribió el último de ellos.

⁷⁵ Sólo con base en registraciones contables puede certificarse sobre la real conformación de un activo o de un pasivo (inc. 1º) - una mera caricatura de este requisito es la pretensión de que el contador "certifique" lo que el deudor se digna mostrarle. Sólo con base en registraciones contables puede confeccionarse seriamente un listado de acreedores, "certificarse" que no existen otros y detallarse un respaldo contable y documental (inc.2º) -risible resultaría pensar que, mediante la simple afirmación de que el deudor no lleva libros, un contador público se encuentre libre de satisfacer el recaudo legal con sólo lo que el deudor le "exhiba", sin la menor certeza de la realidad o seriedad de la relación que se le describe. (Juzg. Nac. Com., n.2, Menzildjian de Pellegrini, Anelga s/ Acuerdo preventivo extrajudicial, Buenos Aires, Marzo de 2004)

2.4. Listado de Acreedores.

Art. 72, inc. 2, LCQ. “*Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación*”.

Este listado de acreedores constituye uno de los aspectos más críticos del sistema y sobre el cual está en juego la viabilidad del mismo.

En efecto, será el deudor quien deberá denunciar toda la información que refleje el verdadero estado de su patrimonio. Y en dicho detalle deberá incluir a sus acreedores, donde surgirá, sin ánimos de ser reiterativos, la base computable sobre la que se determinará si se obtiene la mayoría necesaria para la homologación del acuerdo, con los efectos del art. 76, LCQ.⁷⁶

El asunto es controvertible – sin mencionar que también hay ausencia de órgano de control y tampoco existe un pedido ortodoxo de verificación de créditos-, y cada vez son más las voces que murmuran que los acreedores serán los que el deudor quiso y demostró que fueran.

Sin embargo, y sin querer pasar por *naïf*, no creemos que ello sea así. Consideramos al instituto una alternativa viable y encauzada a superar crisis empresariales. Dentro de cientos de argumentos - que iremos desarrollando, amén de las críticas que se le pudiera hacer- encontramos que la actividad mercantil ha ido evolucionando desde

⁷⁶ “La omisión de adjuntar la documentación respaldatoria de los créditos impide tanto al juez como a los acreedores controlar su legitimidad. Los acreedores que no prestaron conformidad y tienen derecho a formular oposición no están en condiciones de ejercer sus derechos ante el voto de la mayoría, si no tienen posibilidades de conocer el origen de los créditos, si están respaldados por documentación suficiente y auténtica, si se presenta una causal de exclusión para votar, u otras cuestiones que puedan afectar la validez del acuerdo. A su vez, el juez no puede ejercer el control jurisdiccional si sólo cuenta con la declaración unilateral del deudor sobre los créditos denunciados. Existe una notoria situación de colisión de intereses que impide atribuirle eficacia probatoria a su mera manifestación”. (C. Nac. Com., Sala C, 17/03/2006 – Leuzzi, Catalina s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

hace miles de años basándose en gran medida, sino enteramente, en la buena fe. Y el tema de marras no escapa a este aspecto.

Si de hecho nos encontramos ante un deudor que está frente a dificultades económicas o financieras de tal magnitud, que ponen en juego su propia supervivencia. Un deudor que el derecho y la sociedad consideran emancipado de la injerencia de terceros que deban decidir por él. Un deudor que tiene ante sí distintitas opciones –jurídicas, económicas, tácticas, etc- para resolver su estado crítico. En síntesis, un deudor que encuentra en el procedimiento en cuestión la posibilidad de salir adelante y continuar con su actividad (que muy a su pesar suyo está en serios aprietos), entonces nos preguntamos, ¿Por qué no confiar en este deudor y en la herramienta extrajudicial que estamos analizando? No concebimos que sea la primera vez que el derecho también se sustente en la buena fe.

No obstante, este argumento no es el único, y el deudor deberá presentar todo cuanto estime pertinente en aras de la determinación de su pasivo patrimonial.

Por ello, deberá consignar nombre, domicilio y cuanto dato sea pertinente para individualizar a su acreedor. También, a la hora de denunciar la causa de un crédito deberá necesariamente aludir a si el mismo tiene o no privilegio; monto del crédito; vencimiento para poder apreciar su exigibilidad y cómputo de la mora; mención de cualquier tercero que tenga íntima relación con el crédito ya que los mismo podrán ser eventuales acreedores; etc.⁷⁷

Por último el artículo menciona: “*la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación*”. Este enunciado debe comprenderse en un sentido amplio, comprensivo de todo aquel

⁷⁷ En el caso Sideco se sostuvo que el presentante del acuerdo preventivo extrajudicial debe denunciar la totalidad de su pasivo a la fecha de petición, lo que incluye, obviamente, a todos sus acreedores. La denuncia no sólo debe comprender los pasivos exigibles y líquidos, sino también los conjeturales, los pendientes de liquidación y los litigiosos. (C. Nac. Com., sala A, 27/06/2005- Sideco Americana S.A.)

acreedor que surja de base documental que el contador pueda comprobar y certificar su existencia. Además, si el contador advirtiera la existencia de algún pasivo oculto, deberá denunciarlo, o al menos hacer mención al respecto en su dictamen.⁷⁸

2.5. Listado de juicios.

Art. 72, inc. 3, LCQ. *“Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación”*

El deudor debe denunciar la existencia de juicios pendientes, el lugar de radicación y el estado en que se encuentren.

Si bien estos juicios no se tendrán en cuenta a la hora de conformar la mayoría necesaria para la homologación, recordemos que la denuncia de su existencia es importante por el efecto expansivo de la homologación que comprende a todos los acreedores en virtud del art. 76, LCQ, y por el efectos suspensivo previsto en el art. 72 *in fine*, LCQ.

El artículo no especifica que el proceso deba revestir “carácter patrimonial”, como si lo hace el art. 11 inc. 5 *in fine*, LCQ. Esto es entendible ya que la lista omnicomprendiva de todos los juicios dotará mayor certeza a los acreedores y al juez acerca del activo y pasivo del deudor. Por lo cual, se debe indicar todo tipo de juicio que tramitare con relación al deudor, sin que importe el carácter de actor o demandando del mismo.

No olvidemos que también ésta lista deberá estar certificada por contador público nacional y si el juez tuviera algún interés especial con

⁷⁸ “La correcta realización de la labor certificatoria profesional se torna en elemento vital, pues sólo así sería posible insuflar verosimilitud al detalle aportado por el deudor, teniendo en cuenta que esa cualidad debe proyectarse sobre la efectiva calidad de acreedores de los sujetos denunciados como tales, sobre la veracidad de los datos a los que alude el citado inc. 2 relativos a cada uno de los créditos y, fundamentalmente, sobre la inexistencia de otros acreedores registrados, en base al respaldo contable y documental con que cuenta el obligado. Sin esos recaudos, se diluye la verosimilitud que en todos esos extremos debe reunir la información, por lo que pierde relevancia como elemento probatorio para establecer los parámetros sobre los cuales habrá de establecerse si la adhesión al acuerdo ha sido o no mayoritaria”. (C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 19/04/2005- Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios).

cualquier proceso que se esté tramitando, el deudor deberá satisfacer cuanta información sea requerida al respecto.

2.6. Libros de contabilidad.

Art. 72, inc. 4, LCQ. *“Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento”*

En primer lugar cabe señalar que en el concurso preventivo, (art. 11 inc. 6, LCQ), se exige al deudor que ponga a disposición del juzgado los libros de comercio, cuestión que no es exigida en el APE. Sin embargo, Molina Sandoval⁷⁹ considera que el deudor debe poner a disposición del juzgado los libros que hagan a la situación patrimonial del deudor, aún cuando no tenga obligación de acompañarlos a los fines del cierre certificado de los asientos. El juez, si lo estimare indispensable, podrá de todos modos requerirlos.

Agregamos que los libros no se entregan porque como es connatural del APE, la empresa continúa en su explotación, por lo que dichos libros les serán indispensables para seguir registrando sus operaciones.

La enumeración que el deudor debe realizar de sus libros es amplia y comprende en primer lugar los libros obligatorios exigidos por el Código de Comercio, (libro diario, de inventario y balances); libros societarios; libros de índole laboral; libros de naturaleza tributaria; en definitiva cualquier tipo de libro de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor.

En caso de ser un deudor que no tuviera obligación de llevar libros o aún teniendo dicha obligación no llevar contabilidad o lo hiciera irregularmente, podrán poner a disposición del juzgado todo tipo

⁷⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 250.

de elementos documentales y registraciones extracontables que posea.⁸⁰

Debe contarse con elementos mínimos de registración que sean sustento del presupuesto objetivo en que se encuentra el deudor, sin discriminar entre libros de comercio o no. Además, la ley no exige que se deba ser comerciante para ser sujeto *apista*, (ni tampoco lo exige para ser sujeto de un proceso concursal), por lo que cabe desterrar toda idea de rechazar un pedido de homologación por esta circunstancia (ausencia de libros de comercio) y se debe permitir el acogimiento a los estrados judiciales a esta clase de deudores no comerciantes.⁸¹

En posición contraria, Maffía sostiene que no sólo la contabilidad es un requisito a la hora de solicitar la homologación, sino que también es un factor condicionante que hace a la legitimación *ex parte debitoris*, concluye el autor diciendo que quien no tenga contabilidad en forma, que se olvide del acuerdo preventivo extrajudicial.⁸²

2.7. Acreedores registrados.

Art.72, inc. 5, 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 del deudor*”.

Este último inciso, indica que el contador certificará el monto de capital de acreedores que firmó el acuerdo, y el porcentaje que representan de la totalidad de acreedores.

Para dotar de utilidad a este requisito, sería conveniente que el cómputo se realice teniendo en cuenta sólo a los acreedores quirografarios, ya que en vista del art. 73 LCQ, se establece que sobre

⁸⁰ “Adquiere vital relevancia la información que pueda brindar adecuadamente el deudor, pues constituye uno de los presupuestos básicos para el buen funcionamiento de este remedio, debiendo ser verídica y consistente, a fin de conocer con la mayor exactitud y transparencia el patrimonio y las actividades que desarrolla en sus negocios, tanto en el pasado como en el presente, y también en su proyección futura” (Juzg. Nac. Com., n. 7, 26/05/2005- Guzmán de Larralde, Inés N. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

⁸¹ GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo Preventivo Extrajudicial...” ob. cit., p. 25.

⁸² MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit., p. 113.

ellos se realizará el cómputo de las mayorías necesarias para convertir un acuerdo negociado extrajudicialmente en un acuerdo homologado.

También deberá detallar el contador los acreedores excluidos de prestar conformidad en aras de evitar que este tipo de personas contribuyan a imponer el acuerdo a los disidentes⁸³. Por ejemplo: cónyuge, parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en dicha situación, etc.

Por último cabe mencionar que los acreedores que se tendrán en consideración para el cómputo de las mayorías son los del acuerdo, excluyéndose a los acreedores con causa posterior a la presentación del mismo. (art. 76, LCQ, que remite al art. 56, LCQ).

⁸³ En el caso Leuzzi, ocurrió la peculiaridad de que uno de los créditos denunciados correspondía al apoderado, quien prestó conformidad a la propuesta del acuerdo preventivo extrajudicial. La Fiscal General, Aljandra Gils Carbó, teniendo en cuenta el pasivo denunciado y las conformidades presentadas pudo establecer que el voto del abogado que presentó el acuerdo preventivo extrajudicial fue determinante de la mayoría legal. Por lo tanto concluyó la Fiscal que dada la relación existente entre el deudor y su letrado, cabe presumir que se trata de un voto complaciente tendiente a favorecer al deudor, lo cual afecta el interés de los acreedores minoritarios. (Leuzzi Catalina s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial' - CNCOM - SALA C - 17/03/2006).

CAPÍTULO VI
EFFECTOS DE LA PRESENTACIÓN.

Capítulo VI

Efectos de la Presentación.

Por medio del decreto 391/06, se promulgó el 10 de Abril del 2006, la ley 26.086 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24522).

Como observáramos en el capítulo 1, punto 1, el objetivo fundamental de la reforma fue brindar una solución al congestionamiento, retardo de justicia y exceso de trabajo en la labor de los tribunales comerciales de Capital Federal, los cuales se encuentran colapsados y además, devolver los juicios laborales a sus juzgados de origen. Para lograr esto, se consideró necesario y adecuado la reforma del fuero de atracción.

Más allá de lo debatible y cuestionable que ha sido esta ley 26.086, y de los cambios radicales que ha operado sobre principios básicos concursales, corresponde enfocar los cambios que la misma ha ocasionado en el A.P.E.

La ley 26.086 ha tenido implicancias sobre al acuerdo preventivo extrajudicial, ya que a raíz de la reforma del art. 21, LCQ, (juicios contra el concursado), necesariamente el art. 72, *in fine*, LCQ, también ha debido sufrir modificación.

En efecto, la actual redacción del art. 72, *in fine*, LCQ, establece: *“Ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el art. 21”*.

Del artículo transcrito cabe remarcar dos aspectos que se diferencian con el régimen derogado:

1. El art. 72, LCQ, actualmente establece: “quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el Art. 21”.

A diferencia de su anterior redacción (que justamente a raíz del fuero de atracción que establecía el Art. 21), que versaba: “quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, en los términos previstos en el Art. 21, inc. 2 y 3.

2. La modificación también atrasa los efectos al momento de publicación de edictos del Art. 74, en vez de la presentación del pedido de homologación del A.P.E. como anteriormente se establecía. Tema que a continuación será desarrollado.

1. Momento desde que opera el efecto.

Como recién señalábamos, el art. 72, *in fine*, LCQ, ahora establece que “*ordenada la publicación de edictos del art. 74, quedan suspendidas...*”

La redacción que dispone el momento a partir del cual surgen los efectos de la presentación de la homologación, acoge lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se venía forjando como criterio a pesar de la deficiente técnica legislativa empleada por la ley 25.589.⁸⁴

En efecto, el art. 72, *in fine*, ley 25.589, dejaba entrever bajo una interpretación literal, que la suspensión era automática y operaba desde el propio momento de la presentación de la solicitud de homologación del APE.

⁸⁴ En el caso Quintas, podemos observar como a pesar de estar vigente a la hora de resolver el mismo, la ley 25.589, el juez, si embargo realiza una interpretación armoniosa con el resto del ordenamiento jurídico y entiende que “si bien el art. 72 *in fine* dispone que las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en los términos del art. 21 incs. 2 y 3 se suspenden desde la presentación del APE para su homologación, la solución legal sólo se torna operativa a partir del momento en que el magistrado dispone la publicación edictal que hace saber la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial”. (C. Nac. Com., Sala A, 14/09/2005 – Quintas, Julio v. Banco Hipotecario) Con este ejemplo, claramente podemos advertir que el intérprete no es un aplicador mecánico de la ley, sino que el mismo va forjando el derecho, y en buena medida también es un precursor de futuras reformas.

Sin embargo, la doctrina interpretando de un modo sistemático - en armonía con el resto del ordenamiento- el momento en que cobraba operatividad la suspensión, llegó a la conclusión de que la suspensión no era automática, como podía surgir desde el texto literal, sino que el efecto suspensivo recién regía desde el momento en que el juez ordena la publicación de edictos.⁸⁵

Actualmente, la discusión ha perdido importancia ya que como señaláramos, el artículo en vigencia elimina toda duda al respecto y establece de manera clara que el momento a partir del cual se suspenden todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor es desde la publicación de los edictos del art. 74, LCQ. Aclaremos que el art. 74, LCQ, se refiere a la notificación edictal de la presentación, no de la apertura del APE.

Se infiere que para que el juez ordene publicación de edictos de la presentación, previamente ha debido realizar un examen de admisibilidad formal, verificando el tribunal la observancia de los requisitos establecidos por los arts. 72 y 73, LCQ.

Ahora bien, la suspensión de las acciones no puede mantenerse “sine die”, y cabe concluir que la misma opera por antonomasia hasta la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial⁸⁶. Es a partir de este momento que cada acreedor recupera la oportunidad de continuar las acciones individuales contra el deudor, obviamente teniendo en cuenta las cláusulas que surjan del acuerdo homologado.

Además de la homologación del acuerdo, nos encontramos con otras causales que ponen fin a la suspensión de las acciones. Entre ellas, cuando opera desistimiento y también rechazo del pedido homologatorio.

⁸⁵ DI TULLIO, José Antonio, “Reestructuración de deuda. A.P.E. y Suspensión de acciones”, publicado en LA LEY 2005-A, 1108.

⁸⁶ Se ha resuelto que ante la presentación de un acuerdo preventivo extrajudicial debe suspenderse -hasta su homologación- el juicio ejecutivo iniciado contra el deudor. (C. Nac. Com., Sala D, 05/04/2005 – Ferien, Antonio J. v. Banco Hipotecario S.A.)

De ocurrir el rechazo de la petición homologatoria los acreedores recuperan el ejercicio de sus acciones individuales. Son viables dos supuestos: a) si las partes hubieran condicionado la eficacia del acuerdo a su efectiva homologación, y la misma no acontece, recuperarán el ejercicio pleno de sus acciones individuales; b) si no se hubiese pactado tal condición, ante el rechazo homologatorio, la recuperación de las acciones individuales se verá limitada a tenor de lo dispuesto en el acuerdo, ya que el acuerdo es obligatorio para las partes aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario. (art. 71, LCQ)

2. Suspensión de las acciones a la luz de la ley 26.086.

2.1. Regla.

El artículo 72, in fine, LCQ determina: “...*quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor...*”

Aunque a continuación analizaremos que el principio aludido es más bien la excepción, someramente señalamos una serie de limitaciones que se desprenden del enunciado que nos permitirán comprender su alcance:

➤ “todas las acciones”: Esto comprende tanto a los procesos iniciados en jurisdicción federal, como a los iniciados en jurisdicción ordinaria. No se discrimina el lugar de tramitación, ni competencia, ni naturaleza del juicio. Lo determinante es que el proceso se haya iniciado con anterioridad a la presentación de la petición de homologación o que respondan a causa anterior a ella.⁸⁷

➤ “de contenido patrimonial”. La suspensión de acciones con contenido de esta naturaleza tiene como finalidad impedir que el patrimonio del acreedor se vea perjudicado en este especial momento en el que se está solicitando la homologación del acuerdo. Se trata de

⁸⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 360.

otorgarle mayor seguridad a los acreedores, no alterando la *pars condicio creditorum* otorgando beneficios a algunos en desmedro de otros.

➤ “contra el deudor”. Este concepto es claro, y no ha generado disputa alguna, ya que se trata de procesos en los cuales el deudor revista la calidad de demandado (legitimado pasivo).

2.2. Exclusiones.

Ahora bien, como expresáramos con anterioridad, la actual redacción remite al reformado art. 21, LCQ. Expresamente reza el art. 72, in fine, LCQ: “...*quedan suspendidas todas las acciones..., con las exclusiones dispuestas por el art. 21*”.

Y si nos remitimos al actual art. 21, LCQ, de éste se desprende en relación a nuestro tema que:

➤ Desde la publicación de edictos de la apertura del concurso, se produce la suspensión del trámite de juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación⁸⁸, y su radicación en el juzgado del concurso. Las únicas nuevas acciones que podrán deducirse con fundamento en tales causas o títulos serán las laborales.

➤ A la tradicional exclusión del fuero de atracción de los procesos de:

- expropiación,
- los que se funden en relaciones de familia y
- ejecuciones de garantías reales,

Se le suman:

⁸⁸ En el caso Microómnibus se fundamentó que “contrariamente a lo que ocurre con el acuerdo preventivo –instituto en el cual sus efectos se generan a partir de su apertura-, la ley aquí indica que ello acontecerá a partir de su mera “presentación”. Va de suyo que una interpretación incompleta o improponible no puede generar por sí misma efectos de tal magnitud y consecuencia; por ello interpretamos que tal solución operará recién a partir del momento en que el juez disponga la publicación que hace saber de la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial. (C. Nac. Com., Sala B, 02/04/2004 – Microómnibus Norte S.A. Pedido de quiebra por Marengo, María S.)

- procesos en que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario,

- procesos de conocimiento en trámite y

- los juicios laborales

Los juicios laborales como los juicios de conocimiento (ordinarios) contra el deudor concursado proseguirán en los tribunales de su jurisdicción natural, lo cual implica que no serán atraídos por el juez del concurso, salvo que los acreedores de estos juicios opten suspender tales procesos y se sometan voluntariamente al sistema de “verificación de créditos” (Art. 32, LCQ y cc.)

➤ Se prohíbe la traba de medidas cautelares en los procesos de conocimiento, laborales y en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario; y con relación a las que ya pudieron decretarse procede directamente su levantamiento por ante el juez del concurso.

De esta particular reforma podemos afirmar que en definitiva, los únicos juicios que se suspenden son los ejecutivos y los actos de ejecución forzada. Como dijimos anteriormente, la regla o principio, pasa a ser la excepción.

Esta aseveración si bien actualmente es sostenida por expresa letra de la ley, también es una conclusión a la que arribó la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma. Y sin perder de vista las severas críticas de que es pasible la ley 26.086, no deja de contentarnos que al menos en este aspecto el legislador haya hecho eco de la realidad y de la interpretación imperante⁸⁹.

⁸⁹ Evidencia lo expuesto el caso Bruni, donde el juez, bajo el imperio de la ley 25.589, interpretó según la tendencia jurisprudencial que se estaba gestando -sin apego ciego a la ley- de la siguiente manera: “la recta interpretación del art. 72 *in fine* de la ley 24.522 conduce a sostener que la suspensión allí dispuesta sólo alcanza a los actos de ejecución forzada o cautelares que impliquen la disponibilidad de bienes del deudor...La intención del legislador de evitar la agresión patrimonial sólo podía dar base a la suspensión de los actos de ejecución forzada o cautelares que impliquen la disponibilidad del bien, pero nunca afectar la tutela judicial al no establecer vía alternativa de reconocimiento de derecho, mediante el proceso verificadorio”. (C. Nac. Com., Sala C, 26/10/2004 – Bruni, Oreste L. C. y otros v. Banco Hipotecario S.A.)

Se razonaba que al no contar el instituto del acuerdo preventivo extrajudicial con un proceso verificadorio de los créditos, la suspensión de los procesos de conocimiento afectaba la legalidad de la norma, pues se dejaba de tutelar judicialmente los derechos en juego en dichos procesos, vulnerando el art. 18 de la Const. Nacional, pues no se abre, como en el concurso preventivo, una vía alternativa de reconocimiento.⁹⁰

2.2.1. Procesos de expropiación.

Establece el art. 21, LCQ, que quedan excluidos de los efectos de la suspensión “los procesos de expropiación”.

La expropiación de un bien (mueble o inmueble) solamente es viables si se da la concurrencia de tres requisitos: a) causa de utilidad pública, b) calificada por ley y c) previamente indemnizado. (art. 17, Const. Nacional).

El juicio de expropiación es aquel en el cual interviene por un lado el expropiante (Estado nacional, provincial o municipal), y por otro lado, con interés contrapuesto, el expropiado, (titular del bien objeto de litigio); y entre ambas partes hay desavenencia respecto al valor del bien.

Los procesos de expropiación son una excepción a la suspensión de las acciones de contenido patrimonial contra el deudor ya que el interés particular del deudor acuerdista, deberá ceder ante un interés – público- superior que procura el bien común.

2.2.2. Procesos que se funden en relaciones de familia.

Resulta de fácil comprensión que la exclusión de la suspensión de la acción en este supuesto cobra operatividad por los valores en juego tutelados, ya que el derecho de familia se basa en el orden público.

⁹⁰ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 122.

Por lo tanto, la excepción abarca las cuestiones estrictamente de relaciones de familia: acción de filiación, juicio de adopción, acción de divorcio, juicios fundados en la legítima, etc.

2.2.3. Ejecuciones de garantías reales.

El tema fue hartamente cuestionado, ya que bajo la anterior redacción se pudo haber interpretado que este tipo de procesos debía suspenderse.

Sin embargo, se sentó el criterio de que al carecer el proceso de homologación de un trámite de admisión en el pasivo del deudor (etapa de verificación de créditos), a los acreedores con garantías reales no puede impedírseles que continúen con sus ejecuciones, por lo que deben estar excluidos de los efectos suspensivos.

Se argumentó que, en primer lugar, el régimen de mayorías solo considera a los acreedores quirografarios. En segundo lugar que los efectos del acuerdo homologado también se extiende exclusivamente a los acreedores quirografarios o a los acreedores privilegiados que hayan renunciado a su privilegio. Y por último, que es justamente en casos de insolvencia o crisis patrimonial que el privilegio cobra sentido, ya que si el deudor en su momento contaba con la posibilidad de cumplir la obligación, no hubiera otorgado el mismo.

La mención de estos fundamentos, no es sólo a efectos ilustrativos, sino que también nos aclara el alcance y sentido de la norma que es con mayor razón aplicable a la normativa vigente del APE.

En resumen, el juicio hipotecario o prendario continuará su normal tramitación y se llevarán en él a cabo todos los actos tendientes a la percepción del crédito, y solamente se suspenderá ante los actos de ejecución forzada, que como tal pueden poner en riesgo el APE.

Por las razones expuestas, (ausencia de instancia verificatoria), cabe agregar por último que tampoco están vedados estos acreedores de iniciar nuevas acciones, so pena de incurrir en denegación de justicia.

2.2.4. Procesos de conocimiento en trámite.

A grandes rasgos podemos sostener que en base a esta exclusión, el principio de suspensión de las acciones deviene en excepción.

En efecto, no se corresponde con el derecho privar a los acreedores de tutela judicial efectiva.

No se haya justificación alguna en que se imponga “suspensión” a los procesos de conocimiento⁹¹, ya que en ellos se busca el reconocimiento de un derecho y ante la ausencia de período informativo, tal suspensión implicaría la denegación al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, que son derechos reconocidos y garantizados constitucionalmente.

Por lo tanto, los acreedores quirografarios pueden continuar con los procesos de conocimiento en trámite y obtener sentencia. Si el acuerdo preventivo extrajudicial es homologado, dichos acreedores estarán sometidos a las disposiciones del mismo, y en caso de rechazarse el pedido, éstos acreedores podrán ejecutar la sentencia que obtuvieron –ejecución individual- o pedir la quiebra de su deudor –ejecución colectiva-.

En base a todo lo dicho, *ad maiori ad minus* (con mayor razón), podrán los acreedores privilegiados continuar sus procesos en trámite ya que los mismos ni forman parte del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación, ni se encuentran afectados por los efectos que se derivan en caso de aprobarse la misma.

⁹¹ El precepto normativo (art. 21, Ley 26.086) se refiere a los procesos de declaración, llamados también de conocimiento o de cognición, que son los tendientes a lograr que el órgano jurisdiccional dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes y que, eventualmente, pueden dar lugar a una condena. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representado por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor. (Heredia, Pablo, “Ley 26.086: Nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones, y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo”, J.A., 03/05/2006)

Sin ánimo de resultar reiterativos, afirmamos una vez más, que la intención del legislador en cuanto a la suspensión no es otra que restringir los actos ejecutorios específicos, y no el proceso que declara o concede tal o cual crédito.

2.2.5. Los juicios laborales.

Con anterioridad a la reforma se discutía si tales procesos debían suspenderse o no, afirmando algunos que en tanto impliquen el ejercicio de acciones individuales de contenido patrimonial, la suspensión es la regla, aún en casos de accidentes de trabajo fundados en ley especial en la materia.⁹²

Sin embargo la discusión se ha tornado obsoleta por expresa disposición legal introducida por la última reforma, ya que la misma categóricamente determina la exclusión de suspensión de estos procesos laborales al remitirnos al art. 21, LCQ.

La reforma ha acertado en este aspecto, ya que de proceder la suspensión se privaría al acreedor laboral de protección judicial, por carecer el acuerdo preventivo extrajudicial de instancia verifcatoria de crédito y también se violarían derechos reconocidos tanto por la Constitución Nacional, como por tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional, (ej. Tutela judicial, Pacto de San José de Costa Rica, art. 8, inc. 1)

El legisferante, con esta reforma, ha introducido un mecanismo apto para que no se vulneren los derechos de los trabajadores, reafirmando el carácter alimentario del que gozan estas acreencias y el valor económico y social que los mismos representan.

Como hemos repetido hasta el cansancio, no se puede prohibir un juicio de conocimiento que pretende la declaración de un derecho, en este supuesto, un crédito alimentario. La suspensión solamente operará

⁹² HEREDIA, Pablo D., “El acuerdo preventivo extrajudicial según las reformas introducidas por la ley 25.589”, J.A. 2002-III- p. 1186 y sgtes.

ante medidas de ejecución forzada o de cautelares que impliquen agresión al patrimonio del deudor acuerdista.

2.2.6. Litis consorcios pasivos necesarios.

En el caso particular no cabe agregar nada más a lo dicho oportunamente al mencionar cada supuesto legal de exclusión de la suspensión de las acciones de contenido patrimonial contra el deudor.

No obstante, para mejor comprensión, refrescamos conceptos y decimos que existe litisconsorcio, cuando entre varios sujetos que ocupan una misma posición procesal se presenta un vínculo de conexidad causal o de afinidad. El litisconsorcio es una comunidad de suerte en el resultado del litigio.

El litisconsorcio será pasivo cuando la relación litisconsorcial se manifiesta en el polo demandado; y es necesario, cuando lo impone la ley o la característica de indivisibilidad de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión, produce que el litigio resulte imposible decidirlo válidamente, sin la concurrencia de la integración de la relación litisconsorcial.⁹³

2.2.7. Pedidos de Quiebras.

Conforme entiende destacada doctrina, por aplicación del art. 10, LCQ, la presentación de la demanda de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial produce la suspensión de los pedidos de quiebra pendientes, efecto propio de la prevalencia de la solución rehabilitatoria o preventiva de la crisis.⁹⁴

⁹³ FERREYRA de De La Rúa, Angelina - GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, “Teoría General del Proceso”, Ed. Advocatus, 2003, t. 1, p.334.

⁹⁴ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA : “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 240; GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo Preventivo...”, ob. cit., p. 33; MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 374.

3. Recapitulación.

➤ La finalidad de la suspensión de las acciones es impedir que se afecte el patrimonio/actividad del deudor por medio de ejecuciones forzadas o medidas cautelares. A todas luces, resultaría incongruente la vialidad de dichas acciones ya que menoscabarían el objeto tutelado causando perjuicio al proceso de reestructuración. Además, tales agresiones patrimoniales tornarían cada vez más dificultosa la continuación de la actividad del deudor.

Nos encontramos con dos intereses en juego, ambos protegidos por la ley. Por un lado, el patrimonio del deudor, que ha sido resguardado por medio de la prohibición de ejercer actos de ejecución forzada o medias cautelar. Por otro lado, el derecho -de los acreedores- de acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva.

➤ El APE carece de instancia verifcatoria de crédito, cuestión altamente debatible y que ya cuanta con proyectos de reforma. Lo cual da mayor peso al fundamento de no impedir la prosecución de las acciones en aras al reconocimiento de un derecho.⁹⁵

Por último, esquematizando lo que hemos venido analizando: el apista denuncia a todos sus acreedores, y por medio de certificaciones contables establece como está compuesto su patrimonio. Con elementos objetivos que sustenten su situación se reúne con los acreedores y en conjunto -o por separado con cada uno de ellos-, elaboran un acuerdo de reestructuración que mejor se avenga a sus intereses. Luego, previo recaudo de requisitos legales, el deudor solicita petición de homologación, se ordena la publicación de edictos y comienza a regir el plazo durante el cual se suspenden las acciones analizadas hasta que el

⁹⁵ Heredia, entiende que la suspensión alcanza a todas aquellas acciones que impliquen un desequilibrio con los acreedores comunes frente a la masa de bienes del concurso. Agrega que debe interpretarse la frase “juicios de contenido patrimonial” contenida en el primer párrafo del art. 21, LCQ (texto según la ley 26.086), en referencia a aquellos juicios cuyo objetivo es la obtención de algún beneficio patrimonial a favor del actor, en desmedro de la igualdad n el tratamiento de los acreedores, importando un desequilibrio que atenta la integridad patrimonial. (HEREDIA, Pablo, “*Ley 26.086: Nuevo modelo en el régimen de suspensión...*”, J.A., 03/05/2006).

acuerdo se homologue, se rechace o se desista del pedido homologatorio.

CAPÍTULO VII

MAYORÍAS.

Capítulo VII

Mayorías.

El requisito de las mayorías, es un recaudo que debe satisfacerse para obtener homologación judicial del acuerdo preventivo extrajudicial.

Con la reforma de la ley 25.589 el tema de las mayorías ha cobrado mayor importancia ya que obtenidas las mismas y homologado el acuerdo, los efectos del acuerdo se extenderán a todos los acreedores, aún disidentes o que no hayan participado en él.

El tópico está regulado en el art. 73, LCQ, que versa: Mayorías. *“Para que se dé homologación judicial al acuerdo, es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del art. 45”.*

1. Doble Mayoría.

1.1. De Personas.

En este aspecto hay correlación con el acuerdo preventivo judicial, ya que para el cómputo se tienen en cuenta, solamente a los acreedores quirografarios.

Sin embargo el régimen de las mayorías no siempre fue el mismo. En efecto, la ley 24.522 exigía también la conformidad de los acreedores privilegiados, y esto realmente era un serio obstáculo.⁹⁶ Arribar a un acuerdo con estos gravosos regímenes de mayoría y además con los efectos de mera oponibilidad entre los otorgantes del acuerdo, eran

⁹⁶ Art. 73, Ley 24.522. Mayorías. “Para solicitar homologación judicial es necesario que el acuerdo esté firmado por mayoría absoluta de acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo total, quirografario y privilegiado, con exclusión del cómputo de los acreedores enumerados a ese efecto en el art. 45”.

vallas muy elevadas que frenaron la canalización de este tipo de acuerdo.

Dice el artículo: “...para que se dé homologación...es necesario...mayoría absoluta de acreedores quirografarios...”

1.1.1. Mayoría absoluta.

Por tal, debe entenderse un porcentaje que supere la mitad, aunque dicho excedente no llegue a uno. Es, como sostiene la mayoría doctrinaria⁹⁷, más de la mitad, y no la mitad más uno.

1.1.2. Acreedores quirografarios.

Los acreedores que deben ser tenidos en cuenta para conformar la mayoría absoluta son los quirografarios, y estos serán los que surjan de la denuncia hecha por el deudor y los que surjan de la contabilidad certificada por contador público nacional⁹⁸.

1.1.3. Acreedores privilegiados.

Cave advertir, que si bien los mismos no están incluidos en el cómputo para obtener las mayorías necesarias, para nada obsta a que intervengan si renuncian expresamente a su privilegio. Sin embargo, cierta doctrina⁹⁹ señala que los acreedores laborales no tienen posibilidad de renunciar a sus privilegios, ya que tal posibilidad está reservada al ámbito de un concurso preventivo judicial y con cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 43, LCQ.

De ello podría inferirse que si un acreedor laboral renuncia a su privilegio, tal renuncia sería nula, de nulidad absoluta.

⁹⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 261.

⁹⁸ Los jueces no deben limitar su control a la obtención de la mayoría exigida por ley, sin siquiera verificar la existencia y legalidad de los acreedores mayoritarios denunciados. De lo contrario, el acuerdo extrajudicial regulado en la ley concursal se convertiría en un ágil mecanismo para defraudar los derechos de los acreedores. (C. Nac. Com., Sala A, 22/12/2005 – Chartier, Adolfo R. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

⁹⁹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA : “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 247.

1.1.4. Adhesiones posteriores a la presentación.

Consideramos conveniente que al momento de la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial debe contarse con el recaudo de las mayorías¹⁰⁰, pero nada impide a que una vez presentado el mismo y antes de que se homologue, se puedan presentar nuevas conformidades a los fines de mantener vigente las mayorías exigidas legalmente. Puede suceder que entre la presentación del acuerdo y su homologación se hayan verificado por ejemplo, la presencia de acreedores excluidos, o se hayan instrumentados incidentes de oposición, y esto haga cambiar el cómputo al que se había arribado con anterioridad de la presentación. Además, nada se opone a que se adhieran nuevas conformidades que ratifiquen o refuercen la mayoría ya alcanzada.

El A.P.E. no cuenta con procedimiento de categorización de acreedores, lo cual, sin embargo, no está prohibido; por lo tanto, en caso de constar tal categorización, los acreedores se computaran de manera igualitaria, como persona individual y no en base a las distintas propuestas¹⁰¹.

¹⁰⁰ En contra, JUNYENT BAS, Francisco– BORETTO, Mauricio: “Acuerdo...”, ob.cit. p. 159. Los autores sostienen que las mayorías deben estar acreditadas a la fecha de la homologación y no es necesario que se configuren al momento de la presentación.

¹⁰¹ En el caso Tubos Trans Electric, el deudor había realizado categorización de sus acreedores, y surgió el interrogante de la forma de computar las mayorías en dicho caso. El *a quem* resolvió de la siguiente manera: “La eventual categorización no tiene la relevancia que adquiere en el concurso preventivo, ya que el art. 73, LCQ, exige que el acuerdo se considere en una única totalidad de acreedores quirografarios. La norma específica de las mayorías dispuestas por el art. 73, LCQ, no puede ser soslayada, incluso en el caso de que el deudor se hubiese valido de categorías. Lo contrario importaría entender que el art. 73, LCQ, constituye una norma innecesaria y sobreabundante, o peor, que debe tenerse por no escrita”. (C.Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005 – Tubos Trans Electric S.A.)

1.1.5. Retracción de acreedores.

Se plantea el interrogante de si es posible que un acreedor que haya prestado su consentimiento al momento de la presentación, antes de la homologación se retracte. La cuestión se resuelve afirmando que deberá estarse a la autonomía de la voluntad y a lo que las partes hayan pactado. Si incluyeron en el acuerdo tal posibilidad, nada podrá contradecirlo. Pero en caso de silencio se estará por su negativa, ya que atento a la importancia de los efectos que trae aparejada la homologación, la voluntad debe ser expresa y no puede presumirse. Por lo que si la conformidad ya se exteriorizó y no se pactó nada en contrario, se estará por lo exteriorizado, y en caso de no homologarse el acuerdo, lo consentido será obligatorio para las partes.

1.1.6. Acreedores excluidos.

El art. 73, LCQ remite al art. 45, LCQ, al hacer mención de las personas que está excluidas del cómputo de las mayorías. Cabe aclarar que la enumeración es taxativa, por lo que no puede extenderse a casos análogos.

Lo que la ley trata de evitar con la exclusión del voto de estas personas es que sujetos con intereses especiales manipulen el acuerdo para luego “imponerlo” a los demás acreedores. Se trata en todo caso de obtener una mayoría real, y no una simulada o ficta en desmedro de los disidentes.

Las personas excluidas son:

- cónyuges: en el caso de las personas físicas, el cónyuge del deudor; y en el de personas jurídicas, el cónyuge de los socios o administradores.
- parientes: dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos (adopción simple o plena), ya sean del deudor; o

en el supuesto de personas jurídicas, parientes de los socios o de los administradores.

- cesionarios: cesionarios dentro del año anterior a la presentación.
- socios: obviamente deber revestir tal calidad al momento de votar o prestar su conformidad para alcanzar las mayorías necesarias. La ley no excluye al socio accionista de una S.A. o asimilable, salvo que se trate de accionistas de sociedades “controlantes”. O sea, las controlantes que no sean socios, o las controladas en los concursos de sus controlantes, pueden votar.
- administradores: como dice Nissen¹⁰², la administración importa la deliberación de la decisión del órgano de la sociedad, y pertenece a la esfera interna del ente; mientras que la representación se refiere a la esfera externa, quien tiene a su cargo la representación, obliga a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. De todos modos, el sentido de administradores en la ley de concursos y quiebras es amplio, y abarca ya sea a los gerentes (S.R.L), directores (S.A.), el interventor judicial, el administrador de hecho, etc.

Los créditos litigiosos tampoco son incluidos en la base de cómputo. A los mismos se les aplicará los términos del acuerdo, pero no serán considerados a la hora de contabilizar las mayorías.

1.2. De capital.

Recordamos que el art. 73, LCQ establece: “... es necesario que hayan prestado su conformidad la...que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total...”

Esta mayoría exigida a los fines del cómputo del capital ha sufrido una morigeración con relación a la ley 24.522, ya que actualmente se exige solamente como base de cómputo el pasivo quirografario. Ha sido un acierto de la reforma la modificación efectuada, ya que en nada

¹⁰² NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed., Ad.Hoc, Vilella Editor, 2003, p. 217

afectaba a los acreedores privilegiados el acuerdo buscado por el deudor, máxime si se trataba de acreedores favorecidos con garantías reales.

Como remarca Junyent Bas, el requisito de obtener la mayoría de los acreedores quirografarios y privilegiados era objetable por dos motivos:

a- en primer lugar, por ser más exigente que el regía para el acuerdo judicial, que sólo hacía referencia a los acreedores quirografarios.

b- en segundo lugar, porque requerir una mayoría que contemplaba el conjunto de acreedores quirografarios y privilegiados en una sola clase, importaba otorgar una paridad legal a todos los acreedores, aspecto que resultaba inadmisibile en función de la diferencia de rango existente¹⁰³.

Si bien no hay en este proceso un sistema de verificación de créditos tal como lo conocemos del concurso preventivo, no negamos que exista un sistema de conformación de pasivo que está determinado por tres pilares centrales:

- 1- la denuncia del deudor (art 72, inc. 1, 2 y 3, LCQ),
- 2- certificado de contador público nacional sobre inexistencia de otros acreedores, y
- 3- control recíproco de los acreedores, que en el presente se da mediante un sistema de oposición al acuerdo regulado por el art. 75, LCQ.

Ahora bien, sobre estos tres pilares se sustenta la conformación del universo de acreedores del deudor (pasivo total), y en base a ello se calcularán las mayorías para desentrañar si se dan los porcentajes de capital exigidos por ley.

¹⁰³ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo...”, ob.cit. p. 149.

Queremos remarcar que la conformación del pasivo no está integrada únicamente por los acreedores “confesados por el deudor” -si bien la confesión es fuente importante de información- sino que se nutre además de los otros dos pilares ya mencionados. Asimismo, el juez está investido de facultades propias de un proceso con rasgos inquisitivos que aunque se caracteriza por estar dotado de celeridad, no implica que disminuya sus facultades indagadoras y que pueda requerir toda la información necesaria en aras de reflejar lo más fielmente posible el universo pasivo del deudor y llegado el caso, homologar el acuerdo.

Como sostuviéramos desde un principio, aún en ausencia de síndico y de proceso verificadorio de crédito tradicional, pensamos que el instituto está en condiciones de resultar un mecanismo útil a las dificultades empresariales que exigen de soluciones dúctiles, flexibles y dinámicas que permitan la conservación de la empresa, con sus fuentes de trabajo, ya que será el caso concreto y la realidad imperante los mejores jueces a la hora de decretar su vialidad. Por lo demás, aquellas empresas que no se rijan por las reglas del mercado, que no se muestren solícitas en arribar a acuerdos, o que los mismos sean inútiles o nefastos para los sujetos intervinientes, serán los mismos acreedores o el mercado en el cual estén inmerso los que determinarán su exclusión total o los que abrirán las puertas a las vías concursales tradicionales.

Sin embargo, estimamos que todo el proceso debe estructurarse en base a la buena fe, y no podemos consentir arreglos donde las mayorías sean dibujadas para imponer un acuerdo por parte de unos acreedores en desmedro y perjuicio de los demás, atento a los importantísimos efectos que otorga el acuerdo preventivo extrajudicial.

CAPÍTULO VIII
RÉGIMEN DE OPOSICIÓN.

Capítulo VIII

Régimen de Oposición.

1. Sistema de Oposición.

El art. 75, LCQ, establece: Oposición. *“Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inc. 2 del art. 72. La oposición deberá presentarse dentro de los diez días posteriores a la última publicación de edictos, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo a la inexistencia de la mayoría exigida por el art. 73. De ser necesario se abrirá a prueba por diez días y el juez resolverá dentro de los diez días posteriores a la finalización del periodo probatorio.*

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo.

La regulación de honorarios, en caso de existir impugnación, será efectuada por el juez teniendo en cuenta exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito impugnante”.

Como hemos mencionado, el A.P.E. carece de instancia verificatoria de insinuación del pasivo y de síndico. Pues, es el art. 75, LCQ, el que permite en ausencia de estos institutos promover oposiciones a la efectiva homologación del acuerdo, permitiendo a los acreedores que ejerzan su control sobre la reestructuración del pasivo que pretende el deudor.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Como opina la Fiscal General Alejandra Gils Carbó, en el contexto del APE se acentúa la necesidad de que los propios acreedores controlen la legalidad y el carácter abusivo y/o fraudulento del acuerdo. La intervención de los acreedores no sólo es necesaria a efectos de que éstos puedan defender sus derechos, sino que tienden a asegurar la legalidad del acuerdo. Dado que en el acuerdo preventivo extrajudicial, la

Los acreedores toman conocimiento de la presentación de un acuerdo preventivo por medio de los edictos (art. 74, LCQ). Desde el último día de notificación, cuentan con diez días posteriores a la última publicación para articular incidente de oposición (art. 75, LCQ). Como bien establece el art. 75, LCQ, las causales son solamente las enunciadas expresamente, no pudiendo evocarse otras, por lo que no podrán discutirse cuestiones de mérito ni de conveniencia del acuerdo arribado.

2. Legitimados.

2.1. Acreedores.

El enunciado es claro a la hora de afirmar que sólo podrán oponerse al acuerdo los acreedores, ya que son los únicos con interés legítimo en la oposición.

Cabe también la posibilidad de que la oposición sea articulada por algún acreedor de acreedor legitimado, en sustento de la acción subrogatoria. Considerando al ordenamiento jurídico como una unidad cabe la aplicación del art. 1196, Código civil que establece: “*Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona*”. Como toda acción oblicua, es menester la concurrencia de tres requisitos: a) el subrogante debe ser acreedor del subrogado, y con respecto al crédito, éste deber ser cierto, líquido y exigible, b) inacción del deudor, y c) interés legítimo para actuar.

intervención judicial se limita al período de la homologación, la participación y la oposición de los acreedores es fundamental para controlar la legalidad del acto. (C. Nac. Com., Sala A, 22/12/2005 – Chartier, Adolfo R. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

Dentro de la variedad de acreedores la ley especifica a los “denunciados” y a los “omitidos en el listado previsto en el art. 75, inc. 2, LCQ”.

➤ **Los denunciados.**

La reforma introducida en el año 2002 significa un avance con relación a la ley 24.522, ya que ésta solo contemplaba a los acreedores no comprendidos en el acuerdo, excluyendo a los que habían formado parte del mismo. Tal exclusión se sostenía en la teoría de los actos propios, pero como advierte la doctrina, la misma deja de tener operatividad cuando desaparecen las condiciones objetivas en cuya existencia confió el sujeto al otorgar el acto¹⁰⁵. Además, encuentran como argumento más fuerte la propia literalidad del precepto que no discrimina entre “firmantes y no firmantes”¹⁰⁶.

Puede apreciarse la ventaja de la reforma, ya que circunstancias ajenas -acaecidas con posterioridad- a las tenidas en miras al momento de suscribir el acuerdo, pueden modificar las condiciones objetivas que se tuvieron en consideración; y, posibilitándose la oposición de los acreedores que han otorgado dicha suscripción se evita arribar a una homologación afectada por alguna de las causales reguladas legalmente.

Según Maffia, los acreedores que figuran en el listado del art. 72, LCQ, también requieren acreditación de su condición de tales, dado que su inclusión en el listado importa una confesión por parte del deudor, y como confesión, vale sólo en orden a hechos, pero no a calidades legales, y además la misma tiene entidad únicamente con relación a los contratantes, jamás respecto de los extraños al arreglo que fueran alcanzados por el art. 76, LCQ.¹⁰⁷

¹⁰⁵ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 162.

¹⁰⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 296.

¹⁰⁷ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 202.

En cuanto a los acreedores privilegiados, ningún óbice hay para que los mismos no puedan oponerse a la homologación. En primer lugar, ninguna distinción hace la ley, y en segundo lugar, legitimar a los mismos no causa ningún perjuicio al resto de los acreedores. En cuanto exista perjuicio para los mismos y se den las causales de oposición, están legitimados.

➤ **Los no denunciados y omitidos.**

La posibilidad que tienen estos acreedores de oponerse a la homologación dota mayor seriedad al instituto. Ya que el acuerdo no será configurado únicamente por “los acreedores que el apista y sus contertulios deciden que son”¹⁰⁸

Éste tipo de acreedor deberán sumariamente acreditar haber sido omitidos de la lista que exige el art. 7 inc.2, LCQ. Adviértase que lo que le otorgará título para oponerse es la acreditación de su calidad de acreedor y no solamente la acreditación de haber sido omitido.

Dicha acreditación sobre la calidad que ostenta es indispensable para que no se deniegue *in limine* la oposición, pero además deberá indicar la causa y probarla sumariamente, como así también la existencia del crédito y su exigibilidad. No obstante, Molina Sandoval estima que no es menester acreditar la causa de la obligación del acreedor opositor en los títulos abstractos, aunque razones de buena fe procesal imponen que el acreedor invoque el origen del crédito si el mismo fue cartular.¹⁰⁹

3. Plazo de la Presentación.

En referencia al plazo para la presentación de la oposición, la ley 25.589 lo ha reducido de 15 a 10 días.

¹⁰⁸ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 122.

¹⁰⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 299.

La oposición deberá presentarse “...dentro de los días posteriores a la última publicación de edictos...” (art. 75, LCQ)

Como a continuación analizaremos (capítulo VII), la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial deberá someterse a publicación edictal tanto en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal, como en diario de gran circulación del lugar. Por ello, puede suceder que el mismo se haya efectivizado en varias publicaciones y aún en distintas jurisdicciones, por lo que a los fines de los cómputos del plazo para la oposición, se tomará en cuenta la última publicación considerando todos los periódicos.

Por último, de las reglas generales que gobiernan la materia concursal, cabe inferir que en los plazos se computan los días hábiles judiciales, salvo disposición expresa en contrario (art. 273 inc. 2). Y además, vencido el plazo para las oposiciones, precluye la posibilidad de oponerse a la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial dada su naturaleza perentoria. (el art. 273 inc. 1, establece de manera residual la perentoriedad de los términos).

4. Causales.

Art. 75, LCQ: “...podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo a la inexistencia de la mayoría exigida por el art. 73...”

Las causales establecidas legalmente son dos: a) omisiones o exageraciones del activo o pasivo, y b) inexistencia de las mayorías exigidas por el art. 73, LCQ.

Debido al adverbio “solamente” que utiliza el enunciado, cabe concluir que las causales son taxativas, lo cual excluye la posibilidad de incluir otras causales, análogas o distintas. De ello surge que no se podrá cuestionar el contenido del acuerdo, el monto, grado, extensión y naturaleza de crédito, etc.

4.1. Omisiones o exageraciones del activo o pasivo.

Al respecto, sostiene la doctrina que existe exageración del pasivo cuando el deudor denuncia deudas inexistentes o que subsisten en una suma inferior a la denunciada. No bastan los meros errores contables o aritméticos, como tampoco cualquier alteración poco importante, que no sea eficiente al grado de tener virtualidad para considerar que ha viciado el consentimiento de los acreedores otorgantes del acuerdo.

En cuanto a la omisión o exageración del activo, el fundamento reside en la ponderación de aquellas circunstancias que también pudieron haber influido en el consentimiento de los acreedores otorgantes del acuerdo preconcursal, llevándolos a prestarlo sobre bases que no se compadecen con la realidad patrimonial del deudor.¹¹⁰

Una cuestión de no menos importancia es la relativa a si estas causales deben contar o no con sustrato subjetivo, ya que el art. 75, LCQ, mantiene silencio respecto a este tema y en cambio, el art. 50 inc. 3 y 4, LCQ, hace alusión a la exageración fraudulenta del deudor.

Al respecto, sostienen algunos que las omisiones o exageraciones deben tener dos condiciones: a) ser imputables al deudor (debe tratarse de hechos que estaban en conocimiento del deudor antes de la presentación judicial), y b) deben ser graves (aptitud para afectar la voluntad de los acreedores, de forma que de haber conocido la anomalía, no habrían prestado las conformidades o lo hubieran hecho en otras condiciones).¹¹¹

Para otros, se trata de una cuestión objetiva, y además sostienen que del propio texto legal no surge que las causales deban ser imputables al deudor. Por lo tanto, no se exige culpa ni dolo en la omisión. Sin embargo, apuntan que debe correlacionarse el asunto con el principio de significatividad que determina que si los acreedores

¹¹⁰ HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, t.2, p. 609.

¹¹¹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: "Concursos y Quiebras..." ob. cit. p. 254.

hubieran conocido la ocultación o exageración en sus términos exactos, no habrían celebrado el acuerdo extrajudicial.¹¹²

Estamos de acuerdo con esta última tesitura, ya que sostener lo contrario, sería un agravante más para un acreedor que deberá cargar con la prueba de un hecho fraudulento, lo cual tornaría demasiado engorrosa su situación por encontrarse en peores condiciones de acreditar tal componente subjetivo. Por último, el deudor conoce o debiera conocer su realidad patrimonial, por lo tanto en el caso de advertirse un error, ya sea exageración u omisión, la carga de la prueba se invertiría, a cargo del mismo.

4.2. Inexistencia de mayoría.

Esta causal es bastante más sencilla de acreditar. Es suficiente compulsar los votos obtenidos, con el pasivo del deudor para constatar si el porcentaje exigido legalmente se obtuvo o no.

Si bien somos partidarios de la idea de que la concurrencia de la mayoría es un requisito que debe estar presente desde el momento de la presentación, nada obsta a que desde dicho estado hasta arribar a la homologación, pudieran presentarse vicisitudes que alteren el número de votos para alcanzar a las mayorías, como ser que se hayan tenido en cuenta a parientes expresamente excluidos por el art. 45, LCQ. Lo cual, modifica el porcentaje exigido, y si ese voto tenía peso suficiente para arribar al porcentaje establecido, demás está decir, que luego de su exclusión, el rechazo de la oposición será indeclinable.

Con respecto a las causales, cabe advertir, que si bien para que proceda el incidente de oposición sólo son viables las taxativamente enunciadas por el art. 75, LCQ, nada impide a que el acreedor denuncie otras circunstancias impeditivas de la homologación.

En este último caso, se estaría frente a “denuncias”, las cuales no son asimilables al incidente de oposición. Las mismas tienen sus

¹¹² MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 308.

particularidades, como ser: pueden perpetrarse por un tercero con interés legítimo; no están sujetas al plazo perentorio establecido para la oposición, no deben sustanciarse con el deudor, no se efectúa la apertura a prueba, etc.

Es que, en resumen, las denuncias son realizadas para dotar de conocimiento al juez de que no están cumplidos todos los requisitos necesarios y obligatorios exigidos por la ley. Se tratará en todo caso de elementos extras que tendrá en miras el juez concursal, que ampliarán la información sobre la real situación objeto de homologación, y que tras el cumplimiento o no de las medidas instructoras dispuestas por el juez en aras de subsanar dichas deficiencias, se concederá -o no- aprobación al acuerdo preventivo extrajudicial.

5. Trámite de la Oposición.

Para algunos autores, se trata de un trámite autónomo, que escapa a las previsiones del art. 280, LCQ, (vía incidental), sin perjuicio de aplicar supletoriamente tales disposiciones en cuanto sea pertinente¹¹³, pues tiene un trámite específico reglado por el art. 75, LCQ.¹¹⁴

Lo cierto es que se trata de un proceso sumario, en el cual está abierta la posibilidad de abrir el debate a prueba por diez días para acreditar los extremos justificantes de la oposición y el juez resolverá dentro de los diez días posteriores a la finalización del período probatorio.

El artículo en análisis ha omitido mención alguna respecto del traslado al deudor de las oposiciones interpuestas. Pero, no debemos

¹¹³ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 254.; MAFFÍA sostiene que nos encontramos con un incidente “autónomo”, referido específicamente a esta situación. Definitorio en orden a esta caracterización del trámite es lo que dice el art. 75, al final del parr. 1º: “de ser necesario, se abrirá a prueba por diez días”; es decir, el omitido no tiene derecho al procedimiento incidental genérico recordado (art. 280 y ss.), sino que será el juez quien decida si corresponde o no proveer al respecto. (Maffía, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 191).

¹¹⁴ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 167; Molina Sandoval, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 315.

inferir de este silencio su negativa¹¹⁵, ya que estamos en presencia de un incidente y ante el mismo deben regir todos los principios procesales y constitucionales que lo gobiernan. Por ello, se debe respetar el principio de defensa en juicio, el principio de bilateralidad, el principio de igualdad, el contradictorio, etc.¹¹⁶

De tal modo, efectuada la oposición, y admitida, se corre traslado a la contraria por el término de diez días, plazo en el cual el demandado (deudor) asumirá la posición legal que más le convenga (guardar silencio, allanarse a la oposición, controvertir la calidad de acreedor o controvertir la causal de oposición acreditando en este último caso o bien que no ha mediado exageración u omisión del activo ni del pasivo, o que si se han alcanzado las mayorías alcanzadas).¹¹⁷ Luego, de ser necesario, a criterio judicial se abrirá el período probatorio (por el plazo también de diez días), y por último el juez resolverá dentro de los diez días posteriores a la finalización del mismo.

Ante esta resolución caben dos posibilidades:

1- Acogimiento de la oposición.

Este supuesto, claramente lleva a denegar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial.

La resolución es apelable,¹¹⁸ tanto por motivos de fondo como también por costas y honorarios, encontrándose legitimados a tal efecto, el deudor y los acreedores oponentes.

Es importante tener en cuenta, que dicha resolución no importa la declaración de quiebra del deudor, ya que la misma no se encuentra

¹¹⁵ En opinión contraria se destaca Moro, quien entiende que “el deudor no participa de esta pretensión, y que no se afecta el derecho de defensa, porque el deudor ya tuvo su unilateral expresión al excitar la jurisdicción cumpliendo con los requisitos del art. 72. Por lo tanto, no es posible permitirle a él mismo alargar ese plazo con “incidencia de la incidencia”...” (Extraído de trabajo inédito: “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, de ANCHAVAL, Hugo Alberto, p. 109.)

¹¹⁶ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 169.

¹¹⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 318.

¹¹⁸ GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...”, ob. cit., p. 42.

entre las causales enumeradas por el art. 77 inc 1, LCQ, (quiebra indirecta).¹¹⁹

Otro aspecto también a tener en cuenta, es que no se cierra la posibilidad al deudor de peticionar nuevamente la homologación al acuerdo si previamente se cumplimenta con los recaudos exigidos.¹²⁰

2- Rechazo de la oposición.

De suceder el rechazo de la oposición, el juez homologará el acuerdo. La decisión de fondo es apelable dentro del quinto día de notificada por el acreedor oponente.¹²¹

Sin embargo es importante comprender que el pronunciamiento que rechaza la oposición no se identifica con la resolución que decide sobre la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial. Si bien pueden coincidir en un mismo acto, lo aconsejable es que ambas resoluciones se efectivicen por separado.¹²²

Por lo tanto, el juez no debe asumir actitud automática y homologar mecánicamente. Ya que bien puede suceder que rechazada una oposición, el juez al momento de decidir sobre el fondo de la cuestión compruebe elementos que hagan inadmisibile la homologación, por lo cual también deberá denegarla.¹²³

El juez, dentro de sus facultades no homologará el acuerdo si no se reúnen los requisitos esenciales exigidos legalmente, (sujetos legitimados, mayorías exigidas, presupuestos objetivos, juez competente, etc). Además, el examen efectuado por el magistrado es de legalidad y no de mérito o conveniencia, cuestiones exclusivamente reservadas al deudor con sus acreedores suscriptores.¹²⁴

¹¹⁹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 256; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...” ob.cit. p. 183.

¹²⁰ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 324.

¹²¹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 257; MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 324.

¹²² Conf. ; MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 323. En contra, GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...” ob. cit., p. 44.

¹²³ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 257.

¹²⁴ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 257; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...” ob.cit. p. 183.

En efecto, el juez goza de las facultades homologatorias descritas en el art. 52 del régimen falencial. El sistema actual, flexibilizando las condiciones para la homologación del acuerdo privado, deja abierta la puerta para que sea directamente el juez quien valore las condiciones de homologabilidad, a fin de determinar si éste se atiene a las disposiciones de orden público, previstas en el Código Civil, y que son de plena aplicación en la especie, antes de efectuar la homologación que se le requiere.¹²⁵

Para determinar si un acuerdo es abusivo, debe comenzar por analizarlo desde la perspectiva del acreedor, pero contemplando el contexto de la situación económica-financiera del deudor, y es desde esta óptica que debe lucir razonable, lo que no significa que prometa lo mismo a todos los acreedores, sino que razonabilidad es, en este campo, sinónimo de equidad.¹²⁶

La resolución que desestime la homologación del acuerdo preventivo es apelable en los términos del art. 273 inc. 4¹²⁷, LCQ (con efecto suspensivo).¹²⁸

¹²⁵ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob. cit., p. 137, 138.

¹²⁶ (C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005- Tubos Trans Electric S.A.)

¹²⁷ Art. 273 inc. 4, LCQ: “Cuando se admite la apelación, se concede en relación y con efecto suspensivo”.

¹²⁸ En posición contraria nos encontramos con Maffía, quien sostiene la inaplicabilidad del art. 273 ya que antes de que el juez pronuncie sentencia homologando lo convenido entre el deudor y sus acreedores el acuerdo preventivo extrajudicial no tiene entidad concursal. Agrega que, denegada la homologación, aquél arreglo entre el deudor y sus acreedores no pasa de tal. Es que como entiende Maffía, antes de homologación, el trámite no pasa de ser judicial, pero no implica que se haya ya abierto proceso concursal, por lo cual la concesión del recurso que dispone el artículo 285 (apelación), es irrita en la especie. (MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit., p. 205).

CAPÍTULO IX

PUBLICIDAD.

Capítulo IX

Publicidad.

El régimen de publicidad ha sido regulado en el art. 74, LCQ. Por no encontrarnos con incompatibilidades ni contradicciones, y considerando al ordenamiento jurídico como único en su totalidad, haremos uso de la interpretación analógica de los arts. 27, 28, 29 y 30 de la LCQ, en todo cuanto pueda sernos de utilidad a nuestro objeto de estudio.¹²⁹

1. Publicación de edictos.

El art. 74, LCQ, reza: Publicidad. *“La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por cinco días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo”.*

El régimen de la publicidad apunta a garantizar la seriedad de los acuerdos preventivos extrajudiciales, y además, hacer de público conocimiento la presentación de los mismos a los fines de anotar a los acreedores no firmantes para su eventual oposición.¹³⁰

El sentido de la publicación edictal es otorgar difusión a la presentación de los APEs. La misma se verifica mediante un acto real o efectivo y el conocimiento que ella proporciona es presunto –presunción de conocimiento erga omnes-, pues muchas veces no logra cumplir con

¹²⁹ GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...”, ob. cit., p. 35.

¹³⁰ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob. cit., p. 167.

su finalidad, que es anotar al destinatario que puede tener interés en ella.¹³¹

Con la publicidad en el acuerdo preventivo extrajudicial se difunde que ya se ha obtenido la conformidad con los acreedores, y se da a conocer la intención del deudor por alcanzar la homologación. A diferencia de la finalidad de la publicidad en el concurso preventivo, donde la misma apunta a que los acreedores comiencen a intervenir en el trámite que hasta el momento era llevado sólo por el deudor.

Maffia, desanimado por el régimen que gobierna la cuestión, piensa que a los acreedores se les otorga una posibilidad de participación mezquina y casi oculta, ya que se pregunta ¿Quiénes leen los edictos? Y nos explica que la escuálida convocación que vehiculiza el art. 74, LCQ se debe a que es el texto que se sancionó cuando el acuerdo sólo alcanzaba a los firmantes del contrato; pero extrapolada esa situación a quienes nada supieron, o no leyeron los edictos, hace que surja de manifiesto la inequidad. Concluyendo que tan magra chance virtualmente condena a priori los intentos de agredir el arreglo cuya homologación se procura.¹³²

La ley exige como único medio publicitario al edictal, y no prevé carta a cada uno de los acreedores, como si lo hace en el art. 29, LCQ, para los concursos preventivos.¹³³ Pero, al no contemplar tal posibilidad, creemos que lo que no está prohibido está permitido, por lo cual, ante un deudor diligente nada obsta a que se permita el envío de tales cartas certificadas anoticiando sobre la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial.

En síntesis, el único medio de difusión es el edictal, y el mismo no puede ser sustituido por ningún otro. Pero esto no obsta a que el

¹³¹ FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina; GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, “teoría General del Proceso”, Ed. Advocatus, 2003, t. 2, p.126.

¹³² MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 179.

¹³³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 279.

juez ordene medios complementarios de publicación, como ser la carta a los acreedores.

1.1. Contenido.

El art. 74, LCQ, nada establece al respecto, sin embargo deberá contener recaudos mínimos, como ser datos que permitan identificar al deudor, la radicación de la causa, datos sobre el juicio, plazo para la presentación de las oposiciones y la prevención a los acreedores, de que no mediar oposición, el juez podrá homologar el acuerdo.¹³⁴

1.2. Plazo para publicar.

Es muy cuestionado que no se haya establecido plazo para la publicación de los edictos. Sin embargo, por aplicación analógica del art. 27, in fine, LCQ, la misma deberá efectuarse dentro de los cinco días de la presentación del acuerdo para su homologación.

1.3. Carga de publicar.

El art. 74, LCQ, guarda silencio en cuanto a la carga de publicar, sin embargo, también por analogía resulta aplicable el art. 27, LCQ. Interpretamos que la misma pesa sobre el deudor, ya que ésta es la solución expresa del mencionado artículo.¹³⁵

1.4. Acreditación de la publicación.

Al respecto, también se guarda silencio. Pero sostenemos que la misma es exigida. Al efecto, estipula el art. 28, in fine, LCQ:

¹³⁴ ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo Extrajudicial, (caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 237; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 146.

¹³⁵ Sin embargo, Maffía entiende que cualquier interesado puede llevar a cabo la publicidad, ya que a diferencia del art. 27, LCQ, el art. 74, LCQ, nada indica al respecto. (MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 176).

“...Justificación. *En todos los casos, el deudor debe justificar el cumplimiento de las publicaciones, mediante la presentación de recibos, dentro de los plazos indicados; también debe probar la efectiva publicación de los edictos...*”.

Si bien no es obligatorio el plazo de cinco días desde la última publicación para acreditarla, como sucede en el concurso preventivo ortodoxo, el juez, como director del proceso puede establecer ya sea esos cinco días o algún otro plazo razonable para tal acreditación.

2. Lugar.

El art. 74, LCQ, es claro al establecer: “...en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviera establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo”.

El diario de publicaciones legales en el ámbito de la provincia de Córdoba es el Boletín Oficial.

La determinación del diario de gran circulación será apreciación que deberá realizar el juez en el caso concreto. Y además, al igual que lo previsto por el art. 28, LCQ, el art. 74, LCQ, prevé que en caso de que el deudor tuviera varios establecimientos en jurisdicciones distintas a las que se está homologando el acuerdo, deberá publicar los edictos en el lugar de cada establecimiento.

3. Tiempo.

La cuestión ha sido considerada y al respecto establece el art. 74, LCQ: “La presentación...debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por cinco días...”

La norma es expresa y clara, lo cual no da pie a ningún tipo de dudas.

4. Omisión de la publicación.

El art. 74. LCQ, guarda silencio al respecto, sólo establece “...*debe ser hecha conocer mediante edictos...*”.

Frente a esta situación, nos encontramos con dos posturas:

(i) Una que pregona por la aplicación analógica de la sanción establecida en el art. 30, LCQ, o sea, proceder al desistimiento de la presentación.¹³⁶ Aunque estiman que de todos modos, podrá declararse la perención de la instancia a los tres meses (art. 277, LCQ,) por paralización del trámite por el término que determina la norma.

(ii) Otra que distingue los recaudos formales del acuerdo preventivo extrajudicial y del acuerdo judicial y, por ende, sostienen la imposibilidad de realizar la aplicación analógica del art. 30, atento el carácter restrictivo que debe tener todo régimen sancionatorio.¹³⁷

En esta línea, también se argumenta que si la carga de publicar en el acuerdo preventivo extrajudicial fuera desatendida, sólo aparejaría la paralización del trámite, y por haber alcanzado entidad judicial, es susceptible de perención en términos del Código Procesal Civil.¹³⁸

Para no encontrarnos ante un dilema de esta naturaleza, resulta conveniente, que el juez, como director de proceso que es, establezca un plazo al momento de ordenar la publicación para justificar su cumplimiento,¹³⁹ bajo pena de tener por desistido el procedimiento. De esta manera se evitaría que la acción quede congelada y se dilate el proceso.

¹³⁶ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 249; GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...”, ob. cit., p. 35.

¹³⁷ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 147.

¹³⁸ MAFFÍA, Osvaldo J.: “Sobre el llamado...” ob. cit, p. 177.

¹³⁹ ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo...”, ob. cit., p. 238; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 147.

CAPÍTULO X
HOMOLOGACIÓN.

Capítulo X

Homologación.

Marco legal. El art. 75 párrafo 2 estipula: “*Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo*”.

El legislador sólo ha considerado la posibilidad que comprende el cumplimiento de los requisitos legales y ausencia de oposición, y ante este cuadro determina directamente la homologación del acuerdo. Pero, no necesariamente ante esta situación indefectiblemente el juez homologará, ya que además, también está la alternativa de que mediando oposiciones de por medio, igualmente se homologue, o que aún cuando no hubiere oposición, el juez determine que en el caso concreto hubo abuso a fraude.

1. Control Judicial.

Una primera lectura del artículo nos adelanta acerca del control que realizará el juez, ya que el mismo dice: “*...si estuvieren cumplidos los requisitos legales...*”.

El control del magistrado es bastante amplio, ya que abarca tanto al de legalidad formal, como al de legalidad sustancial.¹⁴⁰

1.1. Control de Legalidad Formal.

Este control, comprende la instrumentación y el desarrollo del procedimiento para obtener homologación el acuerdo. Por lo tanto se

¹⁴⁰ Se ha dicho que cuando el juez carece de la debida certeza acerca de las bases esenciales del acuerdo, dispone de las facultades de investigación previstas en el art. 52 inc. 4 LCQ., así como también las que le competen como director del proceso (art. 274, LCQ.), que le confieren las potestades necesarias para esclarecer la verdad jurídica objetiva e investigar sobre todo aspecto que considere relevante para formar la convicción imprescindible sobre la legitimidad del acuerdo. (C. Nac. Com., Sala A, 22/12/2005 – Chartier, Adolfo R. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial).

examinará el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley en cuanto a pasos procesales, sujeto susceptible de celebrar un APE, juez competente, representaciones, mayorías, publicidad, etc.

Dentro de estos recaudos, habrá que tener en cuenta aquellas medidas complementarias que el juez haya ordenado en virtud de su poder de dirección del proceso.

1.2. Control de Legalidad Sustancial.

El mismo, hace referencia al examen de falta de quebrantamiento de parámetros fijados legalmente, (art. 1.071 y 953 C.C.)¹⁴¹, como ser: reglas morales, orden público, buenas costumbres, objeto no prohibido, que el acuerdo no sea abusivo y que no se trate de un fraude. Además, si bien entendemos que rige el principio de libertad de contenido en todo el acuerdo preventivo extrajudicial, el mismo no puede contener tratamiento discriminatorio en desmedro de determinados acreedores.

1.3. Control de mérito. Improcedencia.

Es importante tener en claro que el juez, dentro de sus amplias facultades no puede realizar examen de oportunidad o conveniencia sobre el acuerdo.¹⁴² En ningún caso puede inmiscuirse sobre lo pactado libremente por las partes, ya que ellas han sido guiadas por sus propios intereses a la hora de concertarlo y el juez deberá permanecer ajeno a los mismos.

¹⁴¹ Art. 1071 Código Civil: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie 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”.

Art. 953 Código Civil: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

¹⁴² DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 257; JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 183; MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 328.

Pero lo dicho no quiere decir de ninguna manera que el juez no pueda denegar la homologación si ha encontrado razones suficientes que ameriten que el acuerdo alcanzado resulta abusivo o fraudulento. Podrá argumentar la no homologación del mismo ya sea mediante aplicación analógica del art. 52 inc. 4, LCQ,¹⁴³ o en atención a los principios superiores del orden público, aplicando las normas del derecho común. (art. 1071 y 953 C.C.)

Rouillón dice que la noción de “fraude a la ley” alude a cualquier acto o actividad enderezada a contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones legales imperativas; y el término “abuso” hace mención al acuerdo que de modo manifiesto y sin justificación imponga sacrificios desmedidos y fuera de toda razonabilidad a acreedores disidentes que de otra suerte resultarían afectados por el acuerdo abusivo aprobado por mayorías.¹⁴⁴

2. Oposiciones a la homologación.

Ya hemos analizado este supuesto en el capítulo VII, sin embargo en lo que respecta a la temática en análisis, cabe señalar, que el mero hecho de mediar oposiciones al acuerdo no implica de por sí que el mismo no sea susceptible de homologación tal como pareciera desprenderse del art. 75, LCQ. En efecto estas oposiciones pueden articularse, y sin embargo, una vez desestimadas el juez puede otorgar la mentada homologación.

Ahora bien, de existir oposiciones pendientes de resolución, el juez bajo ningún aspecto podrá homologar el acuerdo. Esto es así, ya que el art. 273 inc. 4, LCQ, determina que en el caso de admitirse apelación, la misma tendrá efecto suspensivo.¹⁴⁵

A esto se le adiciona que, sería una incongruencia que por un lado el *ad quem* haga lugar a la oposición denegada por el juez

¹⁴³ Art. 52 inc.4, LCQ: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

¹⁴⁴ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob.cit. p. 138.

¹⁴⁵ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 258.

concurzal, y por el otro, el juez concursal homologue el acuerdo extrajudicial sin tener en cuenta el recurso de apelación interpuesto.¹⁴⁶

3. Apelación de la Sentencia de Homologación.

La sentencia de homologación puede abarcar dos supuestos:

➤ Homologación del acuerdo. Frente a este supuesto, la sentencia no es susceptible de apelación, ya que el deudor ha logrado lo que petitionó, y los acreedores tuvieron abierta la posibilidad de oponerse en el momento oportuno.

➤ Rechazo de la homologación. En este supuesto, tanto deudor como acreedores podrán apelar la sentencia, salvo, -lógicamente- los acreedores que se hubieran opuesto en su momento a la homologación.

De no admitir esta posibilidad de recurrir la sentencia que deniega la homologación, se afectaría el derecho constitucional de defensa (art. 18 Const. Nacional). Además, la garantía de la doble instancia constituye una de las garantías más nobles del sistema jurídico.

4. Cramdown Power.

El cramdown power puede ser definido como el “procedimiento que se implementa cuando determinados sujetos sometidos al proceso de un gran concurso ven frustradas sus pretensiones de acuerdo, al no presentar propuesta, o al no obtener las conformidades necesarias para que su propuesta fuere aprobada, o cuando se admitan algunas causales de impugnación de dicho acuerdo. Frente a estas hipótesis, no se declara derechamente la quiebra, sino que se abre la posibilidad para

¹⁴⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 330.

que terceros sujetos adquieran las participaciones sociales de la entidad concursada”.¹⁴⁷

Es a todas luces una oportunidad para la reorganización empresarial, que se inspira más en la protección del interés de la empresa y de su organización jurídica que en la tutela del interés de los socios de la concursada.¹⁴⁸

La facultad del magistrado en un proceso de acuerdo preventivo extrajudicial de imponer a los acreedores el acuerdo si se dan los requisitos establecidos en el ar. 52, inc. 2, LCQ, es arduamente debatida.

A favor de su aplicación en el marco de un APE, algunos autores entienden, entre otros argumentos, que el cramdown power es un instituto general, aplicable a todo el cuerpo legal, y si bien el art. 69, LCQ, no hace mención expresa del mismo, tampoco lo prohíbe. Además sostienen que ante la resistencia injustificada y abusiva de algunos de los acreedores, el juez se encuentra obligado a resistir dicha tenacidad para que su tribunal no se convierta en un ente permisivo de inequidades.¹⁴⁹

Quienes están por la negativa de su aplicación,¹⁵⁰ consideran que el acuerdo debe estar “armado” entre el deudor y la mayoría de acreedores requerida por la ley para que pueda ser homologado. Entienden que en el acuerdo preventivo extrajudicial no hay resolución de categorización y el régimen de mayorías exige simplemente la configuración de una única totalidad de acreedores, por lo tanto no

¹⁴⁷ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 79.

¹⁴⁸ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob.cit. p. 125.

¹⁴⁹ ANCHAVAL – MÉNDEZ, “Aplicación del Cramdown Power a los acuerdos preventivos extrajudiciales”, LL, 2004-E-1491.

¹⁵⁰ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 203.

encuentran correspondencia entre el sistema homologatorio y el cramdown power.¹⁵¹

5. Honorarios.

Los honorarios son la retribución del trabajo profesional del abogado o procurador matriculado. Ningún asunto que haya demandado actividad profesional, judicial o extrajudicial, podrá considerarse concluido sin previo pago de los honorarios.

Cuando de lo actuado surja la gestión profesional, los Tribunales o reparticiones administrativas donde se realizó el trámite deberán exigir la constancia de haberse satisfecho los honorarios.¹⁵²

Regulación legal. El art. 75, párrafo 3, LCQ, establece: *“La regulación de honorarios, en caso de existir impugnaciones, será efectuada por el juez teniendo en cuenta exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por el profesional en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito impugnante”*.

Como puede observarse a simple vista, el artículo en cuestión regula el tema de los honorarios, pero alude únicamente a los ocasionados con motivos de impugnaciones.

5.1. En las Impugnaciones.

El legislador no ha querido fijar parámetros rígidos a la hora de establecer la regulación de los honorarios que traen aparejadas las

¹⁵¹ Bajo esta tesis, Molina Sandoval comenta que aún admitiendo su recepción por aplicación analógica, la misma carecería de efectos, ya que la categorización en un proceso de APE es de imposible concreción. Razonando de manera similar a Junyent Bas, concluye que debe distinguirse la posibilidad de ofrecer distintas propuestas a distintos acreedores de una efectiva categorización. (MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 334).

¹⁵² Art. 14, Ley 7269, “Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba”, fecha de publicación: 16/04/1985. (derogada por ley 8226 y sus modificatorias).

oposiciones, sino que a buen criterio ha preferido establecer parámetros generales sujetos a valoración judicial.

Estos parámetros son:

- magnitud y entidad de los trabajos realizados por el profesional
- no deberá tomarse en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo ni el monto del crédito impugnante.

A la hora de evaluar la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales no hay inconveniente alguno en recurrir a los códigos arancelarios locales, ya que justamente lo que la ley de concursos y quiebras ha estipulado son parámetros para su valuación.

5.2. En la Homologación.

Con relación a la regulación de honorarios en la homologación, nos encontramos ante un silencio normativo en la regulación al APE.

Rouillón entiende que los honorarios de los profesionales intervinientes se regirán por el acuerdo que de éstos se hubiese hecho libremente, sin que dicha facultad pueda ser cercenada por leyes locales (art. 1627, Código Civil).¹⁵³

Es presumible que estos acuerdos privados con los profesionales sucedan de ordinario, pero nada nos impide pensar que ello no ocurra, y ante tal supuesto es que nos cuestionamos a que normativa concurrir.

Entendemos que deviene aplicable el art. 266, LCQ, con el límite impuesto por el art. 271, LCQ. Ello, porque el APE es un instrumento que forma parte de la normativa concursal y se nutre de las reglas generales la inspiran. Pero aclaramos que la aplicación de dichos preceptos es a los efectos indicativos o referenciales, y no de aplicación estricta y rígida.

¹⁵³ ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos...”, ob.cit. p. 168.

El art. 266, LCQ, establece: *Computo en caso de acuerdo. “En caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los funcionarios y de los letrados del síndico y del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proposición no inferior al uno por ciento ni superior al cuatro por ciento, tendiendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño.*

Las regulaciones no pueden exceder el cuatro por ciento del pasivo verificado ni ser inferiores a dos sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso...”

Con relación al atenuante, el art. 271, LCQ, 2do párrafo indica: *“Los jueces deberán regular honorarios sin atender a los mínimos fijados en esta ley, cuando la naturaleza, alcance, calidad o resultado de la labor profesional o el valor de los bienes que se consideren indicaren que la aplicación lisa y llana de aquéllos conduce a una desproporción entre la importancia del trabajo realizado y la retribución resultante...”*

En última instancia, será la experiencia tribunalicia la que moldeará los contornos en relación a los honorarios de los profesionales en cuanto al acuerdo en sí. Y a esta altura ya encontramos jurisprudencia que va perfilando la cuestión.¹⁵⁴

6. Costas.

Este tema se regula conforme las normas y principios generales del proceso.

En Córdoba, el código de rito establece como principio general, que la parte vencida será condenada al pago de las costas del juicio, aunque la contraria no lo haya solicitado, a menos que el tribunal

¹⁵⁴ En el caso Club Deportivo Almafuerde, el juez entendió que la regulación por la totalidad del procedimiento no puede estar limitada sólo para el caso de existir impugnaciones, entendiendo que los jueces deberán tomar en consideración las reglas generales que inspiran las regulaciones en la Ley de Concursos y Quiebras y, eventualmente, en las leyes provinciales con la adaptación prudencial a la extensión y calidad de trabajos realizados. (Juzg. Civ. y Com. San Francisco, Nº 2, 27/02/2004 – Club Deportivo y Biblioteca Popular Infantil Almafuerde Mutual y Social s/ Acuerdo preventivo extrajudicial)

encontrare mérito para eximirla total o parcialmente, fundando la resolución. (art. 130 C.P.C.C.C)

Por lo tanto, será el deudor quien deba asumir las mismas en el proceso homologatorio. En las oposiciones, si se hace lugar a las mismas, también será el deudor quien las asuma -ya que sería el vencido en la impugnación-, en cambio si la oposición es rechazada, por aplicación del principio general quien debe asumir las costas será el acreedor que impugnó y resultó derrotado.¹⁵⁵

7. Tasa de Justicia.

Especial interés tiene el tema de la tasa de justicia, ya que junto a las costas, constituye los costos fijos que ha de afrontar el proceso. La legislación concursal no ha regulado expresamente el asunto para los acuerdos preventivos extrajudiciales, y tampoco lo había regulado la ley tributaria hasta el año 2004, grave error en virtud del principio vigente de legalidad tributaria.

La cuestión fue muy debatida y se fueron perfilando distintos enfoques:

➤ En materia tributaria, por el principio de legalidad es imperiosa la tipificación del hecho imponible, y además, no pueden crearse impuestos por analogía.¹⁵⁶ Conforme estas directivas, no correspondería aplicar la tasa que debería abonarse si se tratara de un concurso preventivo.

¹⁵⁵ En el supuesto de ocurrir desistimiento voluntario para la homologación de un APE, “las costas, serán impuestas al apista promotor del procedimiento. Ello en tanto y en cuanto no sólo se ha instado la actividad jurisdiccional con el interés propio de obtener la homologación del acuerdo, sino que han mediado actuaciones en el procedimiento practicadas por terceros interesados que más allá de lo que eventualmente pudiere resolverse al respecto tuvieron principio de sustanciación que pone las costas a cargo del desistente. En este sentido, procede que el que desiste asuma las costas generadas en este procedimiento, no advirtiéndose razón para apartarse en la especie del principio general que conlleva como consecuencia procesal la imposición de costas”. (Lalor S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial – C. Nac.Com, Sala D - 18/08/2005).

¹⁵⁶ JUNYENT BAS, Francisco, “El Acuerdo Preventivo Extrajudicial: Ley 25.589”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 253.

➤ Si bien no hay regulación expresa ni en el Código Tributario ley 6006, ni en las leyes impositivas, ello se debe a una cuestión de política legislativa, ya que frente a diversos tipos de juicios, se adopta una regla de carácter general, no pudiendo pretenderse que se enuncien todas y cada una de las actuaciones judiciales susceptibles de oblar tasa de justicia, y en definitiva, la base imponible reside en el pasivo comprendido en el acuerdo, en tanto “valor del objeto litigioso” que debe ser determinado con razonabilidad.¹⁵⁷

➤ Corresponde la aplicación de la tasa de monto indeterminado, ante la omisión del estado de legislar el hecho que pretende gravar. (Posición más tarde refutada por no corresponder a la existencia de valores patrimoniales en juego, como ser el pasivo de la deudora).

Mientras los enfoques doctrinarios y jurisprudenciales se iban perfilando ante ausencia legislativa, en el año 2004 se dicta la ley 25.972 que pone punto final al asunto tratando la cuestión.

La ley, que fue publicada el 15 de diciembre de 2004, dispone en el art. 1: “...En los casos de acuerdos concursales, judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de las Leyes Nros. 24.522, 25.561, 25.563, 25.589 y sus prórrogas, la tasa de justicia será calculada sobre el monto definitivo de los mismos, hasta el 0,75% y 0,25% respectivamente”.

De esto resulta que en los acuerdos preventivos extrajudiciales la tasa de justicia será el 0.25% sobre el monto definitivo del total del pasivo comprendido en el acuerdo una vez homologado.

¹⁵⁷ Siguiendo este criterio, el Juez de Primera Instancia en el caso Servicios y Calidad S.A., concluyó que ante la ausencia de normas específicas, y en aplicación analógica de disposiciones previstas para la regulación de honorarios judiciales, la compartimentación del proceso en tres etapas, y la tramitación escueta en sede judicial de un APE., estableció que el mismo equivalía a una sola de ellas. De tal modo, y existiendo previsión de un 0,75% de tasa judicial para el concurso preventivo, el APE., siendo una sola etapa procesal, debía tributar el 0,25%, conforme esa proporcionalidad. Posición que luego fuera modificada por *el a quem*, ya que por medio de la Ley 25.972 se reguló expresamente la alícuota que debe abonarse en concepto de tasa de justicia en cuanto a los acuerdos preventivos extrajudiciales, estableciéndose que la misma será del 0.25% de los montos definitivos de los acuerdos (C. Nac. Com., sala D, 27/06/2005- Servicios y Calidad S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial).

Con respecto al pago de los aportes a la Caja de Abogados, el Tribunal Superior de Justicia ha convalidado la constitucionalidad del mismo, el que deberá ser exigido (o completado) en la misma oportunidad que la tasa de justicia. Por lo tanto, queda establecida la obligatoriedad de efectuar ambos aportes (Caja de Abogados y Tasa de Justicia).¹⁵⁸

¹⁵⁸ (Juzg. Civ. y Com. San Francisco, N° 2, 27/02/2004 - Club Deportivo y Biblioteca Popular Infantil Almafuerde Mutual y Social s/acuerdo preventivo extrajudicial).

CAPÍTULO XI
EFFECTOS DE LA HOMOLOGACIÓN.

Capítulo XI

Efectos de la homologación.

Los efectos de la homologación han sufrido una modificación trascendental con la reforma de la ley 25.589 del año 2002. Es a partir de ella que sostenemos que el acuerdo excede ya su naturaleza contractual para entrar de lleno en el ámbito concursal.

Para una mejor comprensión, recordamos que bajo la vigencia de la ley 24.522, homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorgasen eran oponibles a los acreedores que no participaron de él, aún cuando posteriormente se decretare la quiebra del deudor. Como puede comprenderse, otorgaba el beneficio de la absoluta e irreversible oponibilidad en la eventual quiebra del deudor. Además por disposición expresa del art. 69, LCQ, se establecía que los acreedores que no suscribieran el acuerdo conservaban sus acciones individuales y no estaban sometidos a los efectos del acuerdo. Con este panorama es fácil de advertir por que el APE no tuvo ni pena ni gloria y fue casi nula su utilidad.

Actualmente creemos que el instituto está dotado de los instrumentos necesarios para que el mismo no se convierta en letra muerta y torne operatividad práctica, como un medio realmente alternativo y eficaz con el cual contar ante situaciones de crisis empresariales.

Regulación legal. Art. 76, LCQ. Efectos de la homologación. *“El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56, y queda sometido a las previsiones de las secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley”.*

La técnica legislativa empleada es bastante deficiente y no son pocos los cuestionamientos que iremos desarrollando a lo largo de este trabajo.

1. Afectación a la totalidad de acreedores.

Un primer aspecto a analizar es la remisión que realiza el art. 76, LCQ, al art. 56, LCQ. De allí, se sostiene que los efectos de un acuerdo preventivo extrajudicial homologado son equiparados a los de un acuerdo preventivo tradicional.

El art. 56, LCQ, en su párrafo primero establece: 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”*.

Y agrega en el párrafo segundo: *“También produce iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados verificados, en la medida en que hayan renunciado al privilegio”*

1.1. Alcance.

El acuerdo homologado produce sus efectos con relación a todos los acreedores quirografarios de causa o título anterior a la presentación a los fines de la homologación. El alcance es amplio, total, comprensivo de todos los acreedores, hayan o no prestado su conformidad. Es importante destacar que el acuerdo se extiende en relación a los quirografarios, y a los privilegiados en cuanto expresamente hayan renunciado al privilegio. Sostener lo contrario sería un absurdo, ya que los privilegios justamente se otorgan para los casos de insolvencia patrimonial.

No está establecido el momento específico para renunciar al privilegio, la renuncia se puede realizar antes, durante e incluso

después a la homologación misma. Sin embargo, los efectos de la renuncia en relación con el régimen de mayorías legales solo tendrán relevancia cuando hayan sido efectivizadas con anterioridad a la presentación del acuerdo.¹⁵⁹

El efecto expansivo del acuerdo preventivo extrajudicial homologado es uno de los aspectos más controvertidos de la reforma y ya son varias las voces que se alzan en proclamación de una urgente modificación legislativa que compatibilice la extensión irrestricta de los términos del acuerdo por un lado, y los derechos constitucionales de quienes son ajenos al mismo, por el otro.

En torno a la expansión totalizadora de los efectos, Heredia¹⁶⁰ cuestiona los efectos previstos en el art. 76, LCQ, en tres puntos fuertes:

➤ Primero. Sostiene que la homologación del APE no importa un acuerdo de “masas” de acreedores que sirva de fundamento legal a los efectos insitos en la homologación del acuerdo que se expande a todos los acreedores, incluidos los ausentes disidentes. Ello, porque el acuerdo no se logra en el marco de un proceso universal de concurso, con capacidad para hacer nacer, sentencia de apertura mediante, esa comunidad.

➤ Segundo. No se respeta la regla de que los contratos no pueden perjudicar ni oponerse a terceros (arts. 1195 in fine y 1199, Código Civil). Este argumento, obviamente desde la concepción del acuerdo preventivo extrajudicial como un contrato.

➤ Tercero. En el marco de un APE, no esta presente el principio de la *pars condicio creditorum*, por lo cual no puede predicarse la obligatoriedad expansiva de los efectos del art. 56, LCQ.

¹⁵⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 394.

¹⁶⁰ HEREDIA, Pablo: “El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589”, J.A., 2002-III-1186.

Desde este punto de vista, también se argumenta a favor de la inconstitucionalidad del art. 76, LCQ, en que lo convenido por el deudor y los acreedores celebrantes no pueden perjudicar ni oponerse a los que no participaron, lo cual se contrapone a normas del derecho común, y además es violatorio de principios constitucionales que surgen de los arts. 17, 18 y 19 de la constitución nacional¹⁶¹.

Desde otro ángulo, Rivera refuta diciendo¹⁶²:

➤ Primero. Para que exista comunidad de intereses entre ciertos sujetos, no es necesario que exista una sentencia de apertura de un concurso, ése es en esencia un dato fáctico, consistente en que varias personas son acreedoras del mismo deudor. Esto es lo que crea una comunidad de intereses y no que exista una sentencia de apertura del concurso que lo declare.

➤ Segundo. Se constata en el ordenamiento jurídico, otros convenios que también son obligatorios para quienes no los suscriben, por ejemplo, los convenios colectivos de trabajo, homologados por la autoridad administrativa.

➤ Tercero. El contrato se hace obligatorio en función de una sentencia judicial dictada previo procedimiento en el que cada uno de los integrantes de la colectividad de acreedores tiene participación.

Cuando hicimos mención sobre la naturaleza jurídica del APE, sostuvimos que en el mismo se constata una comunidad de intereses, que lo podemos comprender más específicamente en lo que hace a la causa fin del acuerdo.

Los intereses individuales ceden para dar cabida a uno general, mejor dicho a una comunidad de intereses que nace con independencia de la concurrencia de voluntades coincidentes para formarla.¹⁶³ Esta existencia de una comunidad de intereses es un hecho de la realidad,

¹⁶¹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 261.

¹⁶² RIVERA, Julio César, “Instituciones del derecho concursal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 544.

¹⁶³ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 80.

cuestión fáctica que no necesita de una sentencia para que se determine su existencia, ya que la misma es preexistente.

2. Remisión al art. 56, LCQ. Continuación.

La remisión efectuada al art. 56, LQC, tendrá aplicación en la medida que sea compatible con el régimen del acuerdo preventivo extrajudicial.

2.1. Socios ilimitadamente responsables.

Por ello, no hay inconveniente alguno en la aplicación del cuarto párrafo del art. 56, LCQ, que establece: Socios solidarios. *“el acuerdo se extiende a los socios ilimitadamente responsables, salvo que, como condición del mismo, se estableciera mantener su responsabilidad en forma más amplia respecto de todos los acreedores comprendidos en él”*.

Surge claramente que el acuerdo se extenderá a los socios que respondan por todo el pasivo social, salvo que expresamente se estableciera en el acuerdo extrajudicial que no se extiende a dichos socios.

2.2. Verificación tardía.

Es discutible si se aplica o no este incidente de verificación tardía.

Algunos entienden que la misma es de total inoperancia en el marco de un acuerdo preventivo extrajudicial, ya que en el mismo no existe proceso de verificación alguno.¹⁶⁴

En la misma línea, Molina Sandoval también se inclina por la negativa acerca de la posibilidad de la verificación tardía.¹⁶⁵ En primer lugar, porque no existe en el trámite de homologación de un APE un

¹⁶⁴ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 262.

¹⁶⁵ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 398.

mecanismo de insinuación al pasivo del deudor, y luego agrega que tampoco interviene un funcionario concursal o síndico, lo cual también desvirtúa la mentada verificación tardía.

Sin embargo, admite la existencia de una acción incorporativa al acuerdo extrajudicial, ya que de lo contrario se dejaría en manos exclusivas del deudor la conformación de su pasivo.

Por lo tanto, el acreedor omitido bien puede haber desaprovechado su derecho a oponerse a la homologación en el momento previsto en el art. 75, LCQ; más esto no significa negarle la posibilidad de incorporarse al acuerdo en los términos arribados con los demás acreedores.¹⁶⁶

En nuestra humilde opinión, compartimos la idea de que no sea posible la aplicación de verificación tardía en el marco de un APE. Pero entendemos que más que un debate, estamos en presencia de un pseudo-debate, ya que el interrogante gira alrededor de los términos a los cuales nos remite el art. 76, LCQ.

En efecto, mal podrá haber una verificación tardía, si en el procedimiento ni siquiera ha habido una verificación tempestiva. Con lo cual sostenemos que la remisión al art. 56, LCQ, deberá comprenderse en tanto resulte compatible con el régimen del acuerdo preventivo extrajudicial.

También somos partidarios de la opinión de no dejar afuera a los acreedores que se han dormido o no han podido tomar real conocimiento de la existencia de un acuerdo presentado a homologación. Ante ello, consideramos de fundamental importancia la posibilidad de contar con un sistema de incorporación al acuerdo, ya que esto dotará de mayor transparencia y hará más genuino al sistema.

¹⁶⁶ Igual opinión es sustentada por Junyent Bas-Mauricio Boretto. Expresan que el acreedor omitido tendrá los siguientes caminos procesales: a) incorporarse mediante el sistema de oposición, o b) iniciar el juicio ante el juez natural, que no se suspende y continúa hasta el pronunciamiento firme. (JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 241).

2.3. Prescripción concursal.

En el art. 56, LCQ, se establece a continuación de la verificación tardía, que la misma deberá deducirse, dentro de los dos años de la presentación en concurso.

En concordancia con lo que venimos sustentando en cuanto la inexistencia de trámite de verificación tardía propiamente dicho, resulta lógico afirmar que el plazo de prescripción es inaplicable a nuestro instituto.

Podría pensarse a favor del plazo de prescripción fundándose en una interpretación literal del art. 76, LCQ, que expresamente somete al acuerdo extrajudicial al art. 56, LCQ. Sin embargo esto no es así, el art. 76, LCQ manda a aplicar los efectos del art. 56, LCQ, que deriven de la homologación, no los efectos que resulten de la presentación en concurso preventivo.

En conclusión, ante la posibilidad de optarse por un incidente incorporativo, el plazo de prescripción de la acción estará dado por la ley común según la naturaleza cada crédito.

3. Previsiones de las secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de Ley de Concursos y Quiebras.

Una primera aproximación en la temática nos delata la extraña doble remisión que el art. 76, LCQ, establece con respecto al art. 56, LCQ. Ya que primero lo remarca de manera expresa, y luego agrega, “...y queda sometido a las previsiones de las secciones...”, dentro de la cuales, se encuentran el ya nombrado art. 56, LCQ. No más comentarios respecto a la deficiencia de técnica legislativa de una reforma fruto de apresuraciones.

Más allá de lo comentado, lo cierto es que la remisión abarca desde el art. 55 al 64, LCQ, lo cual es bastante problemático, ya que no

todos estos artículos guardan correspondencia con el acuerdo preventivo extrajudicial.

3.1. Novación.

Art. 55. Novación. *“En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior del concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”.*

Sostiene una importante corriente doctrinaria que la novación deviene inaplicable al acuerdo preventivo extrajudicial homologado. Entre otras razones, argumentan:

➤ No existe en el acuerdo voluntad novatoria por parte de los celebrantes y, salvo convención expresa, la norma del art. 55 sólo puede alcanzar al acuerdo preventivo judicial, que en función del proceso verificatorio, determina un nuevo pasivo en la sentencia verificatoria.¹⁶⁷

El instituto de la novación es de aplicación restrictiva. Además, el acuerdo extrajudicial sigue privilegiando la voluntad de los firmantes y especialmente la libertad de contenido, por lo que debe entenderse que la novación es un efecto que debe estar expresamente convenido para que pueda aplicarse a este tipo concordatorio.¹⁶⁸

➤ La remisión no es compatible con el sistema que regula a los APEs, atento a la ausencia de proceso verificatorio que determina un nuevo pasivo, y además por no tener cabida en el APE el principio de igualdad entre los acreedores.¹⁶⁹

➤ No se atribuye explícitamente al acuerdo extrajudicial homologado el efecto novatorio que prevé para el acuerdo preventivo

¹⁶⁷ ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo...”, ob. cit., p. 259.

¹⁶⁸ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 246.

¹⁶⁹ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 264.

judicial homologado.¹⁷⁰ No basta la mera remisión genérica para la aplicación automática del art. 55, LCQ.

La posición contraria, reconoce la aplicabilidad del efecto novatorio.¹⁷¹

Molina Sandoval¹⁷² expresa que generalmente hay novación cuando se cambia uno de los elementos esenciales de la relación jurídica obligatoria (sujeto, objeto y causa). Aquí, la novación se centra fundamentalmente en la causa: el acuerdo homologado. Pero advierte que debe existir un mínimo mayoritario de voluntad por parte de los acreedores, y que dichas acreencias deben estar incluidas en el acuerdo. Y así lo estarán todas las acreencias quirografarias (art. 73, LCQ).

Desde este punto de vista, Graziabile entiende que la novación concursal es aplicable al A.P.E. primero, porque la ley manda aplicar toda la sección III, incluido el art. 55, LCQ; segundo, porque estamos ante una novación legal y resultan inaplicables las previsiones del Código Civil sobre la novación convencional con *animus novandi*.¹⁷³

Nosotros pensamos que la homologación del APE sí produce efecto novatorio. Si bien es cierto que la voluntad novatoria no se presume, en el caso de marras, tal voluntad ha sido suplida por la del legislador. Por lo tanto, la novación ocurre ya no por voluntad de las partes, sino por ministerio de la ley. Pero creemos que al no estar de por medio el orden público, nada obstaría a que en la propuesta de acuerdo se estipulara previsión en contrario. La regla sería el efecto novatorio, y la excepción, cláusula en contrario.

¹⁷⁰ RIVERA, Julio César, "Instituciones...", ob. cit., p. 557.

¹⁷¹ Los efectos de la homologación se equiparan a los efectos del concurso preventivo en general y expresamente respecto de la novación, nulidad e incumplimiento. (Juzg. Civ. y Com. San Francisco, N° 2, 27/02/2004 - Club Deportivo y Biblioteca Popular Infantil Almafuerte Mutual y Social s/acuerdo preventivo extrajudicial).

¹⁷² MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Acuerdo Preventivo..." ob. cit. p. 407.

¹⁷³ GRAZIABILE, Darío J., "Acuerdo...", ob. cit., p 47.

Consecuencia importante de la novación, es que la misma alcanza la totalidad del pasivo quirografario del deudor, y además, en caso de quiebra posterior, la obligación a considerar será la novada y no la originaria.¹⁷⁴

3.2. Acreedores privilegiados.

El tema de los acreedores privilegiados es analizado, ya que el art. 76, LCQ, a ello nos remite, por estar incluido dentro de la Sección III del Capítulo V.

Establece el art. 57. Acuerdos para acreedores privilegiados. *“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”.*

Como bien sabemos, el art. 73, LCQ exige para que se dé homologación, mayoría absoluta de acreedores, computándose solamente los quirografarios. Por lo tanto, ésta mayoría quirografaria será condición cardinal para la obtención de la homologación.

Sin embargo, nada impide que el acreedor también celebre acuerdo con los privilegiados, y en tal caso ello se hará con las mayorías

¹⁷⁴ La novación no se encuentra reglada en forma específica, e incluso efectuando un análisis integral de las normas concursales, tanto la tesis negativa como la positiva se sostienen en razones fundadas que tornan dudoso aplicar a rajatablas el instituto en caso del APE. homologado. Desde esta perspectiva, y en atención a la flexibilidad que debe imperar en el análisis del acuerdo, y principalmente de la libertad de contenido consagrada por el art. 71 LCQ., considero que resulta razonable que se haya convenido en forma específica que la reestructuración aceptada no implique novación, incluso cuando tal disposición fortalece la posición de los acreedores, teniendo en miras particularmente los ausentes o disidentes. (C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, 13/12/2005- Tubos Trans Electric S.A. s/ Acuerdo preventivo extrajudicial)

requeridas por el art. 44, LCQ, y con el alcance fijado en el art. 47, LCQ, o sea, condicionando o no la propuesta de los quirografarios a la aprobación de la propuesta de los privilegiados.

Retomando al art. 57, LCQ, comprendemos dos aspectos:

En primer lugar, se tornan operativas las cláusulas con referencia a los acreedores privilegiados comprendidos en el acuerdo, obviamente desde que el acuerdo se haya homologado.

Y en segundo lugar, hace mención a los acreedores privilegiados no comprendidos en el acuerdo. En este caso, son dables dos situaciones:

a- Antes de la homologación. Ya hemos visto que en el proceso de un acuerdo preventivo extrajudicial nunca perdieron el ejercicio de sus acciones individuales -conforme la actual redacción- por lo que pueden iniciar o continuar el juicio hipotecario, prendario o laboral, absteniéndose de la ejecución forzada hasta que ocurra la homologación.

b- Después de la homologación, podrán:

- ejecutar sus acreencias en proceso individual sobre el bien asiento del privilegio, y en caso de no cobrarse todo el crédito, quedan sometidos al acuerdo homologado por el saldo impago, o bien,

- petitionar la quiebra del apista cumpliendo con los requisitos del art. 80, LCQ; segundo párrafo. (Si el privilegio es especial, deberá demostrar sumariamente que los bienes afectados son insuficientes para cubrirlo, salvo créditos laborales)

3.3. Conclusión del acuerdo preventivo extrajudicial.

El art. 59, LCQ, es de gran importancia en el marco de un concurso preventivo, ya que regula la conclusión del mismo y la declaración de cumplimiento.

Sin embargo, en el marco de un acuerdo preventivo extrajudicial, carece de sentido ordenar la conclusión, ya que muchos de los efectos

de la conclusión en el proceso de un acuerdo preventivo se tornan abstractos en el de un APE.¹⁷⁵ (Por ejemplo, no cesa la sindicatura, por ausencia de la misma en un APE; tampoco cabría la cesación de las limitaciones regidas por los arts. 15, 16 y 17, LCQ, ya que las mismas tampoco tuvieron lugar, etc.)

De todas formas, una vez cumplido el acuerdo preventivo extrajudicial homologado, el juez deberá dictar resolución que así lo declare. (Art. 59, LCQ, segunda parte).

La declaración judicial será a instancia del acuerdista, para lo cual deberá acreditar que se han satisfecho las obligaciones emergentes del acuerdo homologado, acompañando las constancias documentales pertinentes. Y existiendo comité de acreedores, se deberá cursar traslado al mismo para que se expida.

Por último, se deberá publicar esta resolución judicial mediante edictos por el plazo de un día para anotar a los acreedores del cumplimiento.¹⁷⁶

También se torna operativo en el régimen del APE el último párrafo del art. 59, LCQ, que establece el período de inhibición. Esboza el mismo: *“el deudor no podrá presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta después de transcurrido el plazo de un año contado a partir de la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo...”*.

El fundamento de la inhibición es dotar de mayor seguridad al instituto y evitar las reiteraciones de concursos, ya se ha dicho que la pretensión de *vivir en concurso* a través de sucesivas presentaciones es generalmente vista como un verdadero abuso.¹⁷⁷

¹⁷⁵ GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...”, ob. cit., p. 48.

¹⁷⁶ JUNYENT BAS, Francisco, “El Acuerdo...”, ob. cit., p. 262.

¹⁷⁷ RIVERA, Julio César, “Instituciones...”, ob. cit., p. 507.

3.4. Nulidad.

Con fundamento en la equiparación de los efectos entre un acuerdo ortodoxo y el AP, cabe concluir por la aplicabilidad del instituto de nulidad regido por el art. 60, LCQ, amén de la expresa remisión efectuada por el art. 76, LCQ.

En efecto, establece el art. 60, LCQ. Nulidad. Sujetos y término. *“El acuerdo homologado puede ser declarado nulo, a pedido de cualquier acreedor comprendido en él, dentro del plazo de caducidad de seis meses, contados a partir del auto que dispone la homologación de acuerdo.*

Causal. La nulidad sólo puede fundarse en el dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo...”

Las causales de nulidad solamente pueden fundarse en el dolo¹⁷⁸ empleado por el deudor, con el alcance del art. 931, Código Civil.¹⁷⁹ Y los casos de dolo están restringidas por el art. 60, LCQ, reduciéndose a:

- exageración del pasivo.
- la ocultación o exageración del activo.
- distorsión del pasivo para reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente.

Consecuencias de la declaración de la nulidad:

➤ Decretada la nulidad debe decretarse conjuntamente la quiebra del Acuerdista. (art. 61, LCQ), sin perjuicio de la apelabilidad de dicha resolución.

¹⁷⁸ Por aplicación de normas del derecho común, el mismo deberá ser grave, que haya sido causa determinante de la acción, que haya ocasionado un daño importante e inexistencia de dolo de ambas partes. (art. 932, Código Civil)

¹⁷⁹ Art. 931, Código Civil. “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

- Libera al fiador que garantizó su cumplimiento. (art. 62, inc. 1, LCQ)
- Los acreedores recuperan los derechos que tenían antes de la apertura del concurso. O sea, no opera la novación, conservando los acreedores sus derechos originarios. (art. 62, inc. 2, LCQ)
- La nulidad del acuerdo, implica la nulidad de las demás medidas adoptadas en cumplimiento del acuerdo. (art. 62, inc. 3, LCQ). Dentro de ello, los acreedores que hubieran renunciado a sus privilegios para votar el acuerdo, los recuperan (art. 62, inc. 4, LCQ). Y también es consecuencia de la nulidad que los acreedores cuyos créditos fueron dolosamente exagerados, quedan excluidos del proceso concursal. (art. 62, inc. 5, LCQ)
- Se abre un período informativo, ya que en el APE nunca hubo alguno con anterioridad. (art. 62, inc. 6, LCQ)
- Se realizan los bienes.

Una última aclaración, el plazo de caducidad de seis meses para peticionar la nulidad del acuerdo, comienza a correr después de vencido el plazo del art. 75, LCQ, ante ausencia de etapa impugnatoria del art. 50, LCQ.¹⁸⁰

3.5. Incumplimiento.

También resulta alcanzado el acuerdo preventivo extrajudicial por lo dispuesto en el Capítulo V bajo el acápite “Incumplimiento”. (Reflejo de los omnicomprensivo efectos que se le otorgan al APE sobre los acreedores quirografarios).

Art. 63, LQC. Pedido y trámite. *“Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo. Debe darse vista al deudor y los*

¹⁸⁰ JUNYENT BAS, Francisco, “El Acuerdo...”, ob. cit., p. 263.

controladores del acuerdo. La quiebra debe declararse también, sin necesidad de petición, cuando el deudor manifieste en el juicio su imposibilidad de cumplir el acuerdo, en lo futuro.

La resolución es apelable...”

Habrà incumplimiento cuando no haya correspondencia entre la prestación acordada en el acuerdo con la conducta realizada por el deudor. Remarca el art. 63, LCQ, la existencia de incumplimiento por tres motivos:

- a) No satisfacción de manera oportuna e íntegra de las obligaciones.
- b) No constitución de las garantías ofrecidas en el acuerdo.
- c) imposibilidad de cumplir, manifestada por el propio deudor.

Consecuencia importante del incumplimiento es la posibilidad de los acreedores interesados –aquellos que tienen un derecho subjetivo causado en el acuerdo-, de solicitar la quiebra del apista.

Por imperio del art. 64, LCQ, será competente el juez que entendió en la homologación. Lo que manifiesta la vigencia del principio *perpetua jurisdictionis*, reforzándose además la naturaleza concursal del acuerdo preventivo extrajudicial. En definitiva, se trata de un mismo proceso – aunque con dos etapas- que en caso de incumplimiento, deviene de preventivo en liquidativo¹⁸¹.

Se plantea el interrogante de establecer cuáles son los efectos de la sentencia homologatoria del APE, en relación a la quiebra indirecta. Es decir, se trata de establecer si deben o no verificarse los créditos reconocidos en el marco de un APE.

Desde una posición se sostiene que los acreedores alcanzados por un acuerdo preventivo extrajudicial deben verificar sus créditos en la

¹⁸¹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo...” ob. cit. p. 432.

quiebra posterior del deudor.¹⁸² Ya que el efecto de cosa juzgada que otorga la resolución homologatoria (inmutabilidad que no puede ser discutida sobre la existencia, monto, exigibilidad, etc., de las obligaciones), se proyecta exclusivamente en relación deudor-particular acreedor, sin alcanzar al resto de los acreedores comprendidos en el acuerdo, ni menos aún a los de título o causa posterior a la presentación del deudor reclamante de la homologación.

Además, agregan que es imprescindible que los acreedores comprendidos en el APE verifiquen sus créditos en caso de ulterior quiebra del deudor, en atención al limitadísimo contradictorio que surge del art. 75, LCQ, que no ofrece marco alguno para el cuestionamiento de las respectivas acreencias en cuanto a su monto, privilegio, causa y exigibilidad actual.¹⁸³ (Control recíproco entre acreedores)

Desde el ángulo opuesto, se estima innecesaria la verificación de los créditos, debiendo el síndico recalcularlos en la quiebra indirecta. Consideran que constituye una garantía de control de la legitimidad del crédito denunciado por el deudor, el hecho de que éste podría ser revisado en la quiebra posterior por vía de las acciones de ineficacia.¹⁸⁴

Adherimos a esta última posición, ya que si por aplicación del art. 76, LCQ, debemos remitirnos al artículo en marras que regula el incumplimiento, no encontramos peligro alguno en aplicar las consecuencias que de él se derivan. No hay justificación que haga verificar a los acreedores sus créditos bajo pretexto de que en el APE no exista mecanismo de verificación de créditos, ya que, como hemos observado en su oportunidad, sí cuenta con un período de observaciones, donde todos los acreedores se encuentran legitimados para impugnar.

¹⁸² GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo...”, ob. cit., p. 48.

¹⁸³ DI TULLIO – MACAGNO Y CHIAVASSA: “Concursos y Quiebras...” ob. cit. p. 268.

¹⁸⁴ JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio: “Acuerdo Preventivo...”, ob.cit. p. 251.

Además, atento al efecto novatorio otorgado por la homologación, de exigirse verificación, surgen dudas respecto a si deberá verificarse sobre los créditos originarios o por los nuevos.

Y por último, sin lugar a dudas los créditos denunciados podrán ser revisados en la quiebra posterior por vía de las acciones de ineficacia.¹⁸⁵ Y respecto de los acreedores que no hubieran sido parte del acuerdo, podrán deducir por vía incidental una acción de fraude o simulación contra los créditos en cuestión.

¹⁸⁵ ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo...”, ob. cit., p. 185.

CAPÍTULO XII

ANÁLISIS DE UN CASO PARTICULAR:

ROMI S. R. L.

Capítulo XII

Análisis de un caso particular: Romi S.R.L¹⁸⁶.

El caso Romi S.R.L. resulta un ejemplo paradigmático en lo que al A.P.E. respecta, ya que por medio del mismo podemos ir analizando acerca de los cuestionamientos que se esbozan a la nueva figura.

Al presente, encontramos que el juez de primera instancia homologó el APE presentado por el deudor Romi SRL, la Cámara convalidó la constitucionalidad del mismo y, ante el recurso de inconstitucionalidad deducido por la fiscal General, la resolución de la Corte Suprema de Justicia aún no ha emitido dictamen resolviendo definitivamente la cuestión.

1. Hechos.

El juez de Primera instancia homologó el APE presentado por Romi S.R.L., Romi Pack SA, Roberto Pedro Guerrieri, Gonzalo José Guerrieri y Mirta Galván; y desestimó la oposición deducida por el acreedor Elof Hanson AB, quien había realizado dos observaciones:

- Que los acuerdistas ocultaron pasivos al convertir los créditos en dólares estadounidenses, excluidos de la pesificación dispuesta por la ley 25.561 y siguientes en los términos del decreto 410/02, al tipo de cambio 1 a 2, sin CER ni intereses.

- Que los acuerdistas exageraron sus pasivos al denunciar créditos de dudosa legitimidad por u\$s1.5 millones reclamados por sociedades off shore.

Ante el rechazo a la oposición planteada, apeló la acreedora Elfo Hanson AB Sucursal Argentina.

¹⁸⁶ (C. Nac. Com., Sala B, 31/10/2005 – Romi S.R.L. s/ acuerdo preconcursal).

2. Dictamen de la Fiscal General, Alejandra Gils Carbó.

2.1. Naturaleza jurídica del APE.

Esta es la primera cuestión que analiza la Fiscal, asignándole naturaleza contractual al instituto. En base a ello, va extrayendo lógicamente una serie de consecuencias:

➤ En el ámbito del Derecho Privado rige el principio de la autonomía de la voluntad, entre cuyas implicancias se halla que los particulares no tienen el poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones. Las convenciones contractuales son ley para las partes y no pueden oponerse a terceros.

➤ Un sistema de mayorías, el que implica sometimiento de la minoría disidente o ausente a la voluntad de otros sujetos, debe proveer una estructura formal que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes.

➤ Desde el punto de vista contractual, los efectos de una convención erga omnes se presentan como una anomalía. La disciplina contractual no justifica que un acuerdo entre deudor y acreedores tenga efecto extensivo a terceros disidentes o ausentes.

➤ En conclusión remarca que dotar efectos erga omnes violenta el derecho de propiedad, de defensa en juicio y la garantía del debido proceso de quienes no consintieron el acuerdo contractual.

2.2. Libertad de Contenido.

Al respecto, considera que no puede haber libertad de contenidos en el acuerdo preventivo extrajudicial como dice el art. 71 - LCQ., cuando aquél se intenta imponer a los acreedores ausentes o disidentes, ya que debe regir entonces la regla de la *pars conditio creditorum*. Y, además, el art. 7, LCQ fue redactado para el acuerdo extrajudicial de la ley 24522 que sólo vinculaba a los otorgantes.

2.3. Publicidad.

Con referencia a la publicidad edictal, estima que los acreedores disidentes y ausentes tienen escasa posibilidad de conocer la iniciación del trámite, ya que el individuo medio no lee el Boletín oficial.

Ante la ausencia del síndico (quien en el marco de un proceso concursal envía cartas certificadas a los acreedores), el acreedor disidente o ausente en el acuerdo preventivo extrajudicial si llega a conocer a tiempo la existencia del proceso, tiene diez días para ponerse en tema y ejercer sus derechos con la información que le ha suministrado el propio interesado.

En efecto, sentencia que se puede advertir claramente el abuso de las formas procesales que regulan el acuerdo preventivo extrajudicial.

2.4. Impugnación.

La abreviación del trámite concursal que implica el acuerdo preventivo extrajudicial prescinde de la etapa informativa individual y general; del control de un síndico y de la posibilidad para el acreedor individual de controlar la legitimidad de los créditos y la homogeneidad del ejercicio del derecho de voto.

Si a todo esto, se le agrega las limitaciones impuestas por el art. 75 - LCQ. al acreedor afectado por un acuerdo preventivo extrajudicial, en cuanto la oposición "solamente" puede versar sobre la omisión o exageración del pasivo o activo o la inexistencia de mayoría legal, se crea un trato desigualitario a los contendientes. El trámite de este acuerdo concursal simplificado no provee otra información que la dada por el concursado, ni de mecanismos idóneos para que los acreedores singulares puedan conocer y ejercer sus derechos en tiempo razonable.

Por lo tanto, se afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, que como todos los derechos humanos, es inalienable e indisponible (receptada por los Tratados de Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional).

No caben dudas, de que este nuevo acuerdo preventivo extrajudicial genera un altísimo grado de inseguridad jurídica y puede constituir un fuerte elemento de fraude o desbaratamiento del derecho de los acreedores.

Culmina la Fiscal General rechazando la homologación del acuerdo, por mediar en el caso concreto abuso del derecho y exageración del pasivo.

Y agrega que la aplicación del art. 76, LCQ, que impone la sujeción al acuerdo a los acreedores que no lo han aceptado, es violatoria del derecho de propiedad, de la defensa en juicio y de la garantía del debido proceso. (arts. 14, 17 y 18 CN). Por lo cual, solicita que se declare la inconstitucionalidad del procedimiento del acuerdo preventivo extrajudicial.

3. Fallo de la Cámara. (Buenos Aires, 31 de Octubre de 2005).

La Cámara, confirmó la sentencia de primera instancia, desestimando el recurso del acreedor Elof Hansson AB Sucursal Argentina, homologando el APE presentado por Romi SRL.

Entre otras, los siguientes son sus observaciones:

3.1. Naturaleza jurídica.

La inicial naturaleza contractual se desdibuja a partir del trámite que conduciría a la homologación. Por ello, al ser oponible a terceros, se convierte en un subtipo concursal al que se aplica en la medida de lo pertinente la normativa concursal aunque no medie remisión expresa.

Opera en la especie el art. 52 - LCQ., en cuanto prevé que "en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley". Por ello, el magistrado cuenta con la facultad de ponderar si ha existido un ejercicio abusivo de un derecho para lo cual debe tener en

cuenta, entre otros elementos, si ha existido intención de dañar, si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, si se ha actuado de manera irrazonable o si la conducta es contraria a la moral y las buenas costumbres.

3.2. Publicidad.

El régimen de publicidad estatuido en el art. 74 LCQ, contempla no sólo la exteriorización de la situación en que se encuentra el deudor, sino que tiende a proteger el interés tanto de los acreedores como de aquellos terceros que se involucren en el acuerdo.

No puede soslayarse el carácter de notificación erga omnes que atribuye la legislación concursal a los edictos, por lo que no procede alegar la falta de denuncia por parte de la concursada, u omisión del envío de carta por el síndico para fundar la indefensión de los acreedores.

3.3. Impugnación.

La confesión del propio acuerdista no permite "de suyo" tener por válido el pasivo -a los fines de tener por configuradas mayorías- sin un previo mecanismo de oposición (art. 75 - LCQ.); a través del cual los demás acreedores puedan cuestionar tal calidad. Ello no invalida que "existiendo esa posibilidad de control" su falta de ejercicio obligue a todos cuantos "pudieron" controvertir y no lo hicieron.

Según lo prevé el art. 75 - LCQ. (texto según ley 25589 -): "si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo". Empero, la potestad jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica de las normas, sino que exige discriminar los distintos aspectos del litigio a fin de lograr en cada hipótesis la justicia concreta del caso, y aunque no se hubieran

deducido oposiciones, y aunque las planteadas fueran rechazadas, o resultaran extemporáneas como acontece en la especie, puede el juez denegar la homologación.

Como corolario de todo lo expuesto, el tribunal, resuelve desestimar el planteo de inconstitucionalidad introducido por la fiscal.

4. Conclusión.

El fallo de la Cámara ha dotado de certeza y mayor seguridad jurídica al instituto, dotándolo de virtualidad suficiente como una verdadera alternativa a los procesos tradicionales.

Extraemos del dictamen:

- El APE es un método alternativo de solución de insolvencias y dificultades económicas.
- El APE, si bien se inicia con una negociación privada de naturaleza contractual, se convierte en un subtipo concursal a partir del trámite que conduce a la homologación.
- Las notificaciones edictales tienen carácter erga omnes.
- Existe una integración normativa no automática con las normas del concurso preventivo.
- El juez conserva su potestad instructora pudiendo no homologar ante la inexistencia de oposiciones.

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, la fiscal general, Alejandra Gils Carbó, planteó recurso de inconstitucionalidad al APE arribado por la empresa Romi S.R.L. junto a sus acreedores.¹⁸⁷

Actualmente, el expediente está listo para ser tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que el procurador general de dicho órgano, Esteban Righi, con fecha 6 de octubre de 2006 ha dado curso al mencionado recurso.¹⁸⁸

Destacamos la importancia que tendrá el pronunciamiento del Máximo Tribunal, ya que el mismo constituirá un leading case en la materia, por ser el primer planteo legal al APE que llega a dicha instancia.

6. Caso Cablevisión.¹⁸⁹

Al pedido de inconstitucionalidad anteriormente analizado en autos “Romi S.R.L”, cabe agregar una nueva petición de declaración de inconstitucionalidad al acuerdo preventivo extrajudicial.

El pedido es interpuesto – nuevamente- por la Fiscal General Alejandra Gils Carbó, esta vez en relación al APE celebrado por la empresa multinacional Cablevisión S.A.

¹⁸⁷ BOURDIN, María, “Luz verde en la Corte para el recurso de inconstitucionalidad del APE”, nota extraída del sitio web “Infobaeprofesional”, fecha de publicación 14 de Noviembre del año 2006.(<http://www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=35837&desde=buscador>)

¹⁸⁸ El Procurador General dictaminó la procedencia del recurso, pues: “*se ha cuestionado la validez del régimen previsto en los artículos 69 a 76 de la Ley N° 24.522, al que se considera contrario a garantías tuteladas por la Constitución Nacional -como así también a tratados internacionales-, y la decisión del tribunal ha sido adversa a los derechos que el recurrente fundó en ellas (art. 14, incs. 1° y 3°, Ley N° 48)*”.

¹⁸⁹ Juzgado N° 11- Sec 22- Sala D, Buenos Aires. Expediente n° 87.298/04, “Cablevision S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial”

La fiscal, denunció en un dictamen la presunta realización de un fraude millonario en el Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Cablevisión, aconsejando a los jueces revocar la homologación del APE de Cablevisión, ya que se evidenciarían una serie de irregularidades que permiten suponer adecuadamente que una empresa extranjera trató de defraudar a los acreedores a fin de reducir su pasivo y revenderla a un precio mayor al que invirtieron.¹⁹⁰

Del dictamen de la Fiscal¹⁹¹, destacamos:

- Los edictos no se publicaran en las plazas extranjeras donde se colocaron los títulos.
- En 2001, el juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n°11, doctor Bonadío, había ordenado una medida cautelar prohibiendo a las autoridades del COMFER que dicten resoluciones definitivas que impliquen cambios de titularidad en la concesión de licencias de televisión por cable. Sin embargo, el COMFER autorizó condicionadamente la emisión de acciones “clase B”, que permitía el arreglo entre Cablevisión y sus acreedores.
- El propósito del APE fue presionar a los tenedores de obligaciones negociables, sometiéndolos a un proceso irregular para que se desprendan de los títulos en favor de los fondos buitres accionistas que salieron a recomprarlos; así, sus acciones especulativamente adquiridas subían de valor, mientras sus vinculadas y subsidiarias –no incluidas en el APE- cobraban el 100% de sus créditos.
- El proceso de APE genera un altísimo grado de inseguridad jurídica y puede constituir un fuerte elemento de fraude o desbaratamiento del derecho de los acreedores
- Las causales de oposición del artículo 75 de la ley concursal no son taxativas. El legislador le ha impuesto al juez del concurso el mandato de no homologar el acuerdo preventivo realizado con abuso o

¹⁹⁰ Información extraída del sitio web diariojudicial.com, “Cablevisión. Fraude Millonario”, con fecha 02 de Mayo del 2007. (<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=32687>)

¹⁹¹ Buenos Aires, 27 de Abril de 2007.

fraude (art. 52.4 LC). De ello se sigue, necesariamente, que las partes y el Ministerio Público pueden invocar todos los elementos de juicio conducentes para que los jueces realicen esa valoración, sin que ello pueda limitarse a las causales del art. 75 LC. Es más, hallándose interesado el orden público, los jueces tiene el *deber* de juzgar *de oficio* la legalidad del acuerdo preventivo (art. 21 Código Civil).

➤ Cablevisión no tenía las mayorías legales cuando presentó el APE al juez. (el APE no fue celebrado cuando se denunció en el escrito de inicio, porque entonces no había mayorías legales suficientes. El verdadero APE se realizó el 17 de noviembre de 2004 en la asamblea realizada en autos. Desde el inicio del trámite hasta la asamblea transcurrieron seis meses, durante los cuales se realizaron las tratativas y negociaciones para obtener la mayoría legal)

➤ Cablevisión proporcionó datos falsos que incidían directamente el valor de negociación de los títulos cotizados al anunciar que tenía las mayorías legales para conformar un APE. Mintió a la Bolsa y a la CNV sobre la existencia de las mayorías legales, realizando una categorización arbitraria de los créditos. Sólo esto basta para considerar fraudulento el acuerdo debido a la relevancia que tiene esa información en el mercado de valores para la formación de los precios.

➤ Se ignora si los votantes que dieron conformidad a la propuesta son personas legitimadas por los verdaderos titulares. Los documentos de apoderamiento no fueron exhibidos al juez.

➤ En la asamblea de bonistas votaron dos empresas del Grupo Fintech –Fintech Cable Ltd. y Fimex International Ltd- a pesar de que la ley impide votar al controlante (art. 45).

➤ El nuevo régimen legal del APE permite que sobre la base de lo declarado unilateralmente por el deudor, se presente ante la justicia un acuerdo preventivo *supuestamente* celebrado con los acreedores, ya que no se exige probar la existencia y legitimidad de los créditos, como ocurre en el caso, donde no conocemos la legitimación de los que votaron favorablemente en la asamblea.

➤ La ley no requiere que el deudor exhiba la documentación respaldatoria de los créditos que integran el acuerdo, lo que constituye una puerta abierta a toda clase de simulaciones y fraudes.

➤ Como hay diez días para que los acreedores formulen oposición al acuerdo desde la *fictio iuris* edictal, en la mayoría de los casos los acreedores se enteran de la pérdida de sus derechos cuando ya han sido condenados, aplicándose fuertes quitas y esperas a sus créditos, decididas por otros, y sin haber podido acceder al tribunal.

➤ La protección de la propiedad privada, el derecho de defensa, la garantía del debido proceso y la igualdad de las personas ante la ley, son derechos fundamentales inalienables.

➤ El acuerdo preventivo extrajudicial introducido por la ley 25.589 vulnera esos derechos porque no prevé un modo de notificación eficaz, no establece plazos razonables para enterarse del proceso y permite que sobre la base de lo declarado unilateralmente por el deudor, en evidente situación de colisión de intereses, se afecte el derecho de propiedad de terceros, haciendo letra muerta del texto constitucional que lo declara inviolable sin juicio previo (art. 17).

➤ En definitiva, lo cierto es que el acuerdo fue celebrado con abuso y fraude. Por ello, los jueces no deben homologarlo (art. 52.4).

CAPÍTULO XIII

PROYECTOS DE REFORMA AL A.P.E.

CAPÍTULO XIII

Proyectos de Reforma al APE.

A lo largo de todo el trabajo hemos podido observar que no todos los aspectos del régimen legal del APE son compartidos unánimemente por la doctrina. Aún más, la mayoría de los artículos que regulan la figura han originado intensos y extendidos debates doctrinarios, empezando por la misma naturaleza jurídica, siguiendo por los sujetos “apistsa”, los efectos de homologación, etc., llegando a cuestionarse hasta su constitucionalidad misma.

Ante ello, hemos observado que la jurisprudencia tratando siempre de integrar armónicamente el instituto al resto del ordenamiento jurídico, dictaminando con justicia y en el caso concreto, tampoco ha arribado a resoluciones siempre coincidentes.

Es que, si bien la última reforma efectuada al APE implica un avance notable, erigiéndolo como una auténtica alternativa concursal, a la altura de las legislaciones más modernas; no podemos negar que hay aspectos que cuentan con vacíos normativos, así como otros que acarrearán dudas y contrariedad.

El esfuerzo del legislador por rescatar al acuerdo preventivo extrajudicial, merece entonces no sólo reconocimiento, sino apoyo de quienes operan cotidianamente en el campo concursal, a fin de facilitar la superación de los defectos y brindar de tal modo una herramienta adecuada para la subsistencia de la empresa en dificultades económicas-financieras.¹⁹²

¹⁹² CHOMER, Héctor Osvaldo, “Breves noticias sobre proyectos de modificación del régimen del acuerdo preventivo extrajudicial”, Derecho Comercial y de las Obligaciones, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 246.

El Congreso de la Nación tiene bajo su consideración, el tratamiento de 6 (seis) proyectos que a continuación pondremos a consideración.¹⁹³

1. Proyecto de Ley 1975 – 2006.

Nro de expediente	1975 – D – 2006
Trámite Parlamentario	37
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificaciones sobre Publicidad, Oposición y Efectos de Homologación del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.
Firmantes	Vargas Aignasse, Gerónimo.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º.- Modificase en parte el artículo 74 de la Ley 24.522, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 74: Publicidad. La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un (1) diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.

La publicación de los edictos está sometida a las previsiones de los artículos 27, 28 y 30 sobre publicidad del Concurso Preventivo.

Artículo 2º.- Modificase en parte el artículo 75 de la ley 24522, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 75: Oposición. Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido

¹⁹³ Toda la información sobre los proyectos de ley ha sido extraída de la página oficial del Congreso de la Nación Argentina, sitio web: <http://www.diputados.gov.ar/>

omitidos en el listado previsto en el inciso 5 del artículo 72. La oposición deberá presentarse dentro de los DIEZ días posteriores a la última publicación de edictos, o de TREINTA días si el acreedor se domicilia en el extranjero.

La oposición podrá fundarse en: las omisiones o exageraciones del activo o pasivo, la irrazonabilidad de la categorización, la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73. De ser necesario se abrirá a prueba por DIEZ días y el juez resolverá dentro de los DIEZ días posteriores a la finalización del período probatorio.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez se pronunciará sobre la homologación del acuerdo.

Los recursos contra la decisión que concede o rechaza la homologación se rigen por lo dispuesto en el artículo 51 sobre concurso preventivo.

El desistimiento del deudor sólo es admisible hasta la última publicación de edictos.

El rechazo, el desistimiento o la no homologación del acuerdo impiden que el deudor presente otro acuerdo preventivo extrajudicial, pero no impide al deudor solicitar la formación de su concurso preventivo, sin que le sea aplicable el período de inhibición establecido por el artículo 59.

La regulación de honorarios, en caso de existir impugnaciones, será efectuada por el juez ponderando exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito del impugnante.

Artículo 3°.- Modificase en parte el artículo 76 de la ley 24.522, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 76: Efectos de la homologación. El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el artículo 56, y queda sometido a las previsiones de las Secciones III,

IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley, con las siguientes precisiones:

a) La inclusión en el acuerdo de créditos no denunciados por el deudor o no presentados a oposición, comprendidos dentro de las categorías de acreedores a quienes alcance el acuerdo, se debe efectuar por el procedimiento y con los efectos del artículo 56, con participación del deudor y del comité de acreedores.

b) Homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron de él, aun cuando posteriormente se decretare la quiebra del deudor.

Artículo 4°.- Quedan derogadas todas aquellas normas de fondo o de forma que de algún modo contradigan o se opongan a la letra de la presente ley.

Artículo 5°.- El Poder Ejecutivo Nacional dentro de los 10 días de sancionada la presente Ley procederá a la reglamentación de la misma.

Artículo 6°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

1.1. Fundamentos.

Señor presidente:

La crisis política-económica de fines del año 2001 en nuestro país, produjo un crack financiero de gigantesca envergadura tanto en el sector público (default y devaluación monetaria) como en el sector privado (cesación de pagos).

Desde el 6 de enero de 2002, postdefault de la deuda pública, el gobierno de transición toma la decisión de devaluar la moneda nacional convertible al dólar durante una década, esta alteración en las alícuotas de los contratos hizo entrar en cesación de pagos a 29 compañías entre nacionales y multinacionales y tres bancos, con un pasivo conjunto de U\$S 31.500 millones que correspondía al 95% del stock de bonos corporativos del país, según un informe del Deutsche Bank.

Nada hasta el año 2002 había alterado sobremanera el estado contable corporativo privado por lo que los institutos jurídicos de la Ley 19.551 y sus modificatorias (24.522 y 25.589) eran suficientes para enmarcar jurídicamente los casos de cesación de pagos.

El ejemplo mas contundente fue el de TELECOM que tenia una deuda que ascendía a U\$S 2.400 millones seguidas entre otras por: Autopistas del Sol U\$S 549 millones, Acindar U\$S 350 millones o Multicanal con U\$S 525 millones, empresas prestadoras de servicios en el mercado interno con utilidades en un 100% nominadas en pesos mientras que sus insumos para mantenimiento, desarrollo e inversión están en dólares estadounidenses no pudiendo hacer frente a los contratos y obligaciones devengadas, y, con serios problemas para cumplir con las por devengar.

Es en este momento que la empresa con mayor deuda cesanteada del país TELECOM llama a sus acreedores a una mesa redonda para iniciar un A.P.E. (Acuerdo Preventivo Extrajudicial) aplicando el Artículo 65 y subsiguientes de la Ley de Concursos 24.522 y 25.589 modificatorias de la Ley 19.551.

El A.P.E. tiene un sin numero de ventajas comparativas con respecto al Concurso Preventivo como así también es desventajoso en otros aspectos, con respecto a las primeras el Acuerdo es "extrajudicial" con lo que el proceso en gran medida es reservado al ámbito privado, sin plazos procesales, y, quedando por cumplir únicamente las formalidades técnicas al momento de solicitar su homologación en la justicia. Desde el punto de vista de las desventajas al ser un Acuerdo que durante su desarrollo queda librado a las voluntades de las partes - deudor y acreedores y/o garantes- se trata de un juego de intereses contrapuestos sin arbitro siendo la duda y la doble interpretación un transe difícil de resolver mas aun cuando el numero de acreedores es significativo.

Las reformas tienen una importancia sustancial, ya que el A.P.E. tiene una vigencia institucional y jurídica muy reciente en cuanto a su aplicación practica, y, es una instituto del derecho muy joven que se

aplica en gran medida ante la necesidad de encontrar una herramienta adecuada a las circunstancias empresariales de tiempo y lugar que vive el país a partir de la devaluación. Toda laguna de derecho o falencia jurídica actual del A.P.E. se soluciona con aplicación de Jurisprudencia (ejemplo caso TELECOM) y Doctrina, fuentes secundarias de derecho que, suplen el papel de falta de regulación legal completa, estricta y adecuada de un instituto "nuevo" para el derecho concursal. Con toda la experiencia acumulada estos últimos 2 años, es necesario volver a la ley como fuente suprema, encerrando las lagunas de derecho a casos extremos y dejando a las fuentes secundarias (jurisprudencia y doctrina) para las dudas o dobles interpretaciones de la ley.

Las reformas en el articulado ya existente sobre el A.P.E. (Leyes 24.522 y 25.589) que se traen a consideración en este trabajo de reforma no hacen más que subsanar falencias que surgen del uso del instituto en la práctica, para darle mayor exactitud en los términos, menor campo de duda o doble interpretación, y, plazos y formalidades más afines a la realidad; que, por un lado traerían ahorro procesal a la justicia al momento de su homologación, y, por otro alejarían los fantasmas de fraude hostil de garantes o acreedores privilegiados sobre los quirografarios en el instante del cómputo de mayorías (66.7% de acreedores o 51% de accionistas), ya que hubo casos de banca financiera acreedora adquiriendo acciones suficientes para trabar un A.P.E., en busca de una quiebra parcialmente beneficiosa pero en desmedro de los quirografarios y del mantenimiento en funcionamiento de la fallida que es sin dudas el objeto principal de la ley.

Los artículos que necesitan reformas sustanciales por su importancia para el instituto del A.P.E. son el 71 (contenido del acuerdo), 72 (requisitos y efectos), 73 (mayorías) y 76 (efectos de la homologación) aunque los restantes 69, 70, 74 y 75 sobre legitimación, forma, publicidad y oposiciones sean procedimentales también deben ser retocados para adecuarse a los antecesores de fondo.

No creo que esta sea la última necesidad de reforma de los artículos que regulan el A.P.E. porque con el correr del tiempo, el

aumento de los casos, la nueva doctrina y jurisprudencia pueden traer luces a las futuras lagunas de derecho que surgan a partir de la aplicación de la nueva legislación, pero también creo que las propuestas modificaciones son necesarias, adecuadas y acertadas en el tiempo y espacio.

Por todo lo expuesto ut supra, y, por la importancia del objeto a tutelar por el proyecto ante la severa crisis que sufrieron las empresas del sector privado desde 2002 es que solicito a mis pares acompañen el presente proyecto de ley de reforma para su aprobación.

2. Proyecto de Ley 1976 - 2006.

Nro de expediente	1976 - D - 2006
Trámite Parlamentario	37
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificación del art. 72 sobre requisitos y efectos de la Reestructuración del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.
Firmantes	Vargas Aignasse, Gerónimo.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º.- Modificase en parte el artículo 72 de la ley 24522, el que queda así redactado:

Artículo 72: Requisitos de la presentación. El pedido de homologación judicial del acuerdo debe presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el Artículo 3, estando sujeta a la decisión de continuar el trámite prevista en el artículo 6 o la ratificación prevista en los artículos 7 y 8. Han de satisfacerse los siguientes recaudos

1) La documentación que justifique la existencia y, en su caso, la regularidad de la persona de existencia ideal solicitante;

2) La documentación que justifique la representación legal del presentante.

3) Certificación de contador público que dé cuenta de que el solicitante lleva libros contables y documentación respaldatoria que

permiten una reconstrucción razonable de sus operaciones; que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación.

4) Un estado de activo y pasivo confeccionado a la fecha más próxima a la presentación que resulte posible de acuerdo con la magnitud de la información y documentación y características del solicitante, pero que no exceda de los CUARENTA Y CINCO días corridos anteriores a la presentación. Este estado debe contener la indicación precisa de las normas seguidas para su valuación, con certificación de contador público.

5) El estado aludido en el inciso anterior debe incluir la nómina de sus acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos y, en su caso, garantías o privilegios. El listado deberá complementarse con certificación de contador público acerca de la correspondencia entre los respectivos créditos y los registros contables del solicitante.

6) El acuerdo propuesto a todos o a parte de sus acreedores, con explicación fundada acerca de la razonabilidad de la categorización.

7) Las conformidades prestadas por los acreedores al acuerdo con las formalidades del artículo 70.

8) Certificación contable que informe que porcentaje de capital y personas representan las conformidades acompañadas en cada una de las categorías.

Efecto de la presentación.

Desde el momento de la presentación del pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación, quedan suspendidos los pedidos de quiebra, los actos de ejecución forzada y la ejecución de medidas cautelares que importen el desapoderamiento de bienes afectados a la actividad del establecimiento del deudor que sean necesarios para su funcionamiento.

Esta suspensión se produce si el deudor acompaña con el pedido de homologación conformidades que representen la mayoría prevista en el artículo 73.

Si el deudor acompaña conformidades que representan como mínimo el 60% del capital quirografario total e invoca razones fundadas, el juez podrá disponer la suspensión durante un plazo máximo de treinta días corridos en el cual el deudor deberá acompañar el resto de las conformidades bajo apercibimiento de cesar el procedimiento.

Es apelable el rechazo de la presentación, cuando estuviere fundado en el no cumplimiento de los requisitos formales o en la inexistencia de las conformidades suficientes.

Después de la presentación el deudor no podrán realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación; pero el juez puede autorizar el pago a los acreedores respecto de cuyos créditos la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial prevea el pago total y en sus vencimientos ordinarios.

Artículo 2º.- Quedan derogadas todas aquellas normas de fondo o de forma que de algún modo contradigan o se opongan a la letra y espíritu de la presente ley.

Artículo 3º.- El Poder Ejecutivo Nacional dentro de los 10 días de sancionada la presente Ley procederá a la reglamentación de la misma.

Artículo 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

2.1. Fundamentos.

Con el objetivo de no ser reiterativos, es que optamos por no transcribir los fundamentos de éste proyecto de reforma, ya que el mismo es idéntico al desarrollado ut supra.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Proyecto de reforma, N° expediente 1975 – D – 2006, Trámite 37, Firmante: VARGAS AIGNASSE, Gerónimo, expuesto en el presente trabajo en p. 140.

3. Proyecto de Ley 1977- 2006.

Nro de expediente	1977 - D - 2006
Trámite Parlamentario	37
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificación del art. 73 sobre Mayorías Necesarias para la Homologación Judicial del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.
Firmantes	Vargas Aignasse, Gerónimo.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1°.- Modificase en parte el artículo 73 de la ley 24522, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 73: Mayorías. Para que se dé homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del artículo 45.

También se considera aprobado el acuerdo que haya obtenido la conformidad del 75% del pasivo quirografario total que pueda ser alcanzado por el acuerdo y que no sea menor al 50% del pasivo incluido en "cada categoría", si se hubieran establecido.

Están excluidos del cómputo los acreedores cuyos créditos vayan a ser pagados totalmente y en sus vencimientos ordinarios según la previsión expresada en la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial.

Artículo 2°.- Quedan derogadas todas aquellas normas de fondo o de forma que de algún modo contradigan o se opongan a la letra de la presente ley.

Artículo 3°.- El Poder Ejecutivo Nacional dentro de los 10 días de sancionada la presente Ley procederá a la reglamentación de la misma.

Artículo 4°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

3.1. Fundamentos.

Con el mismo propósito de no ser reiterativos, remitimos a lo expuesto en el punto 2.1., del presente trabajo.

4. Proyecto de Ley 1978 - 2006.

Nro de expediente	1978 - D - 2006
Trámite Parlamentario	37
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificación sobre Legitimación, Forma y Propuesta del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.
Firmantes	Vargas Aignasse, Gerónimo.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1°.- Modifícase en parte el artículo 69 de la ley 24522 el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 69: Legitimado. El deudor que se encuentre en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial.

Podrán solicitar conjuntamente la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial dos o más personas:

a) que afirmen formar parte de un conjunto económico en el sentido del artículo 65, siempre que al menos una de ellas se encuentre en las condiciones del primer párrafo de este artículo y que esta situación pueda afectar a las demás integrantes respecto de las cuales se efectúa la presentación

b) que uno o algunos sean garantes, en los términos del artículo 68, de otro u otros de los solicitantes.

La presentación de todas las solicitudes debe ser simultánea. No deberá comprender necesariamente a todos los sujetos que forman parte del agrupamiento o sean garantes de los presentados.

Artículo 2°.- Modificase en parte el artículo 70 de la ley 24522 el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 70: Forma. El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento. No es necesaria que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día.

En ningún caso la conformidad prestada por los acreedores les generará, por ese solo hecho, responsabilidad alguna.

Artículo 3°.- Derogase el artículo 71 de la ley 24522: "Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario". Sustituyéndose por el siguiente:

Artículo 71: Propuesta de acuerdo. La propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial deberá prever la designación de un comité de acreedores que tendrá las atribuciones previstas en el artículo 260 para el comité definitivo; y un régimen de administración y de limitación a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento.

Categorización. La propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial podrá prever categorías de acreedores debiendo tener cláusulas iguales para los acreedores que las integren, sin perjuicio de las alternativas que pueda contener en cada una de ellas.

El acreedor optará por alguna de las alternativas al dar su conformidad a la propuesta.

Los acreedores que no hayan dado su conformidad podrán elegir, aún después de la homologación judicial del acuerdo, cualquiera de las alternativas ofrecidas a la categoría de acreedores cuyos créditos tengan una causa razonablemente semejante a la del acreedor que pretende el tratamiento a ellos dispensado en la propuesta. En caso de duda

resolverá el juez, con participación del deudor, del acreedor respectivo y del comité de acreedores, si estuviere constituido.

Quienes formen un conjunto económico o sean garantes, podrán presentar propuesta unificada o individual.

Artículo 4°.- Quedan derogadas todas aquellas normas de fondo o de forma que de algún modo contradigan o se opongan a la letra de la presente ley.

Artículo 5°.- El Poder Ejecutivo Nacional dentro de los 10 días de sancionada la presente Ley procederá a la reglamentación de la misma.

Artículo 6°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

4.1. Fundamentos.

Señor presidente:

La crisis política-económica de fines del año 2001 en nuestro país, produjo un crack financiero de gigantesca envergadura tanto en el sector público (default y devaluación monetaria) como en el sector privado (cesación de pagos).

Desde el 6 de enero de 2002, postdefault de la deuda pública, el gobierno de transición toma la decisión de devaluar la moneda convertible al dólar durante una década, con ello entraron en cesación de pagos 29 compañías entre nacionales y multinacionales, tres bancos con otras tantas administraciones públicas, con un pasivo conjunto de U\$S 31.500 millones que correspondía a al 95% del stock de bonos corporativos del país, según un informe del Deutsche Bank.

Los instrumentos jurídicos utilizados hasta fines de los noventa para los casos de cesación de pagos eran la ley de concursos y quiebras 19.551 y su modificatoria la 24.522 que introduce la figura del Acuerdo Preventivo Extrajudicial que tendría poca aplicación ya que durante esos años los casos en general terminaban en Concursos Preventivos y en los más graves quiebras comerciales judiciales.

Nada hasta el año 2002 había alterado sobremanera el estado contable corporativo privado por lo que la Ley 19.551 y sus modificatorias (24.522 y 25.589) eran suficientes para enmarcar jurídicamente los escasos y comunes casos de cesación de pagos, y, ni el más precavido de los analistas económicos nacionales previo la salida del régimen de convertibilidad tan brusca llevada adelante por el gobierno de transición del Presidente Duhalde.

La principal razón de las empresas caídas en cesación de pagos aunque involuntariamente fue la imposibilidad de cumplir con dichas obligaciones ya que estaban nominadas en dólares y de un mes a otro se habían triplicado ante la vehemente corrida cambiaria contra el peso argentino.

El ejemplo más contundente fue el de TELECOM que tenía una deuda en default que ascendía a U\$S 2.400 millones seguidas entre otras por Autopistas del Sol U\$S 549 millones, Acindar U\$S 350 millones o Multicanal con U\$S 525 millones, empresas que son prestadoras de servicios en el mercado interno con lo cual sus utilidades en un 100% son nominadas en pesos mientras que los insumos para mantenimiento e inversión están en dólares estadounidenses no pudiendo hacer frente a las obligaciones ya devengadas, y, con serios problemas para las obligaciones por devengar.

Así, muchos analistas financieros y abogados especializados en la city porteña ya hablan de reestructuraciones que deberán reestructurarse, ya que los números de la mayor parte de las empresas prestadoras de servicio aunque lleguen a Acuerdos Preventivos Extrajudiciales homologados por la justicia sus números a futuro están en rojo ya que la brecha cambiaria se expande con el paso del tiempo.

Desde el punto de vista jurídico-concursal estas empresas que se encontraron en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por cuestiones que no estaban en la órbita de decisión de su management, recurrieron a la ley de concursos para encontrarle una salida a sus acreedores para continuar con el desarrollo de sus actividades. En ninguno de los casos antes detallados los asesores contables y jurídicos

aconsejaron el pedido de quiebras muy por el contrario por las circunstancias en que habían llegado al default lo más razonable era solicitar un concurso preventivo judicial o llegar a un acuerdo preventivo extrajudicial.

Es en este momento que la empresa con mayor deuda cesanteada del país TELECOM llama a sus acreedores a una mesa redonda para iniciar un APE (Acuerdo Preventivo Extrajudicial) aplicando el Artículo 65 y subsiguientes de la Ley de Concursos 24.522 y 25.589 modificatorias de la Ley 19.551.

El A.P.E. tiene un sin número de ventajas comparativas con respecto al Concurso Preventivo como así también es desventajoso en otros aspectos, con respecto a las primeras el Acuerdo es "extrajudicial" con lo que el proceso en gran medida es reservado al ámbito privado, sin plazos procesales y, quedando únicamente formalidades técnicas al momento de solicitar su homologación en la justicia. Desde el punto de vista de las desventajas al ser un Acuerdo que durante su desarrollo queda librado a las voluntades de las partes -deudor y acreedores- se trata de un juego de intereses contrapuestos sin arbitro siendo la duda y la doble interpretación un transe difícil de resolver mas aun cuando el número de acreedores es significativo.

El proyecto de ley que vengo a presentar tiene una importancia sustancial, ya que el A.P.E. tiene una vigencia institucional y jurídica muy reciente, se podría decir que es una instituto del derecho muy joven que se aplica ante la necesidad de encontrar una herramienta adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar que vive el país a partir del año 2002.

Toda laguna de derecho o falencia jurídica actual del A.P.E. se soluciona con aplicación de Jurisprudencia y Doctrina, fuentes secundarias de derecho que, suplen el papel de falta de regulación legal de un instituto nuevo en el derecho concursal.

Con toda la experiencia acumulada estos últimos 2 años, es necesario que sea la ley la que rige el A.P.E. en su totalidad, encerrando las lagunas de derecho a casos extremos y dejando a las fuentes

secundarias (jurisprudencia y doctrina) para las dudas o dobles interpretaciones de la ley.

Las reformas en el articulado ya existente sobre A.P.E. (artículos 65 y subsiguientes) que se traen consideración en este proyecto de ley de reforma no hacen mas que subsanar falencias del articulado original en contraposición con el uso del instituto en la practica para darle mayor exactitud en los términos, menor campo de duda o doble interpretación, y, plazos y formalidades mas afines a la realidad que por un lado ahorrarían trabajo a la justicia al momento de su homologación, y, por otro alejarían los fantasmas de fraude hostil de garantes o acreedores privilegiados sobre los quirografarios en el instante del computo de mayorías (66.7% de acreedores o 51% de accionistas), ya, que hubo casos de banca financiera acreedora adquiriendo acciones suficientes para trabar el A.P.E. en busca de una quiebra, en beneficio propio pero en desmedro de los quirografarios y del mantenimiento de la empresa en funcionamiento que es sin dudas el objeto principal del concursado.

Los artículos que necesitan reformas sustanciales por su importancia para el instituto del A.P.E. son el 71 (contenido del acuerdo), 72 (requisitos y efectos), 73 (mayorías) y 76 (efectos de la homologación) aunque los restantes 69, 70, 74 y 75 sobre legitimación, forma, publicidad y oposiciones sean procedimentales sean especificados y adecuados a los modificados.

No creo que esta sea la ultima reforma de los artículos que regulan el A.P.E. porque con el correr del tiempo, el aumento de los casos, la nueva doctrina y jurisprudencia pueden traer luces a las futuras lagunas de derecho que surjan de la aplicación de la nueva legislación, pero también creo que los propuesto es necesario, adecuado y acertado en el tiempo y espacio.

Por todo lo expuesto ut supra, y, por la importancia del objeto a tutelar por el proyecto ante la severa crisis que sufrieron las empresas del sector privado desde 2002 es que solicito a mis pares acompañen el presente proyecto de ley de reforma para su aprobación.

5. Proyecto de Ley 4311 - 2006.

Nro de expediente	4311 - D - 2006
Trámite Parlamentario	103
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificación del Artículo 19, segundo párrafo (Deudas no Dinerarias), Artículo 39, inciso 1), Artículo 43, Artículo 52 (Homologación), Artículos 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76 (Acuerdo Preventivo Extrajudicial).
Firmantes	Galvalisi, Luis Alberto - Comelli, Alicia Marcela - Lamberto, Oscar - Vanossi, Jorge Reinaldo - Zottos, Andrés.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

A continuación, transcribiremos solamente los artículos de proyecto de reforma relacionados al Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 5°.- Modificase los artículos 69 a 76 de la Ley 24.522 correspondientes al ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL, con la reforma de la ley 25.589, los que quedan redactados de la siguiente forma:

Art. 69 - Partes. El deudor que se encontrare en cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Los acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos al efecto del acuerdo, salvo lo previsto en el art. 76.

Art. 70 - Forma. El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes o copia autenticada de ellos deberán agregarse al instrumento. No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día. El acuerdo se referirá sin embargo, en todos los casos, a una misma fecha.

Art. 71 - Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario.

Art. 72 - Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos:

1) Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha a que se refieren los acuerdos con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación; en el caso de los activos deberá contener información analítica de los respectivos rubros, con detalle de los bienes o componentes principales, e información sobre su localización y si están afectados por garantías reales; en el caso de los pasivos deberán estar expuestos por rubros según su naturaleza y segregados por grado de privilegios según corresponda por la aplicación de las normas de esta ley.

2) Un listado de acreedores, ordenados según los rubros en que se divida el pasivo según el inciso anterior, con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; el informe profesional del Contador Público a que se refiere la parte final de este artículo debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;

3) Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación y el monto;

4) Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión de la fecha de los últimos movimientos, asientos o registraciones y del folio en que se encuentran transcritos o asentados.

5) El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo segregado en comunes o quirografarios y por cada tipo de privilegio, y los porcentajes que representan respecto de la totalidad de los acreedores en cada uno de esos grupos.

Los elementos indicados en los incisos 1), 2), 4) y 5) deberán contar con un Informe Profesional de Contador Público independiente que exprese opinión sobre los rubros comprendidos y el modo de llevar los libros. Por su parte, el elemento indicado en el inciso 3) deberá contar con un informe profesional de abogado que establezca el objeto y monto de cada juicio y el resultado probable del mismo.

Art. 73 - Mayorías. Para solicitar homologación judicial es necesario que el acuerdo, en cada categoría enumerada en el artículo anterior, inciso 5), por la que se presente, esté conformado por mayoría absoluta de acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo correspondiente. Tratándose de acreedores con privilegio especial se requiere la mayoría prevista en el art. 47. En el caso que el acuerdo otorgue garantías reales sobre bienes de la deudora a acreedores quirografarios o con privilegio general, también se requiere que los acreedores de igual rango no comprendidos en el acuerdo y los de mejor rango no beneficiados por el otorgamiento de dichas garantías presten su conformidad con la celebración del acuerdo, con las mismas exigencias de mayorías. Asimismo, en todos los casos, corresponde la exclusión del cómputo de los acreedores enumerados a ese efecto en el art. 45.

Art. 74 - Publicidad. La presentación de acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por CINCO (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo. El edicto indicará también el domicilio y horario en que todos los acreedores podrán consultar un ejemplar de toda la información referida en el art. 72, que deberá llevar las firmas del representante legal de la deudora

Art. 75 - Oposición. Los acreedores no comprendidos en el acuerdo y que no hubieran dado su conformidad con el mismo podrán oponerse a su homologación dentro de los quince días posteriores a la última publicación de edictos. Las causales serán solo por omisiones o por

exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el art. 73. La oposición se sustancia con el deudor. De ser necesario se abrirá a prueba por DIEZ (10) días y el juez resolverá dentro de los DIEZ (10) días posteriores a la finalización de ese plazo. El Juez, cuando lo estime necesario dada la naturaleza de la controversia o cuando a su criterio existan inconsistencias o fallas en la información presentada por el deudor, aunque en este último caso no medie oposición a la homologación, podrá designar un Contador Público para que se expida sobre la materia, cuya designación será realizada por sorteo entre los síndicos actuantes ante el tribunal. El auto de designación establecerá con precisión los puntos sobre los que versará la labor y el plazo que se fije para la misma.

Si no mediaran oposiciones y estuviesen cumplidos los requisitos de forma y presentación, el juez procederá a la homologación. No obstante, el juez deberá considerar que el acuerdo no sea abusivo ni en fraude a la ley, en cuyo caso exigirá la adecuación del acuerdo en el plazo perentorio de DIEZ (10) días o rechazará el mismo, según corresponda.

La regulación de honorarios en caso de existir impugnaciones será efectuada por el juez teniendo en cuenta la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales.

Art. 76 - Efecto de la homologación. Homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron de él, aun cuando posteriormente se decretare la quiebra del deudor.

ARTICULO 6º: de forma”.

5.1. Fundamentos.

Señor presidente:

Es indudable que la crisis Argentina que eclosionó a fines de 2001, producto del desequilibrio de las variables económicas, que se fue acumulando a lo largo de la década anterior, que requirió por parte del

Gobierno Nacional el dictado de múltiples medidas de emergencia en el marco de la salida de la convertibilidad y consiguiente devaluación de la moneda local, produjo consecuencias negativas muy severas en las empresas de nuestro medio, llevando a una gran cantidad de ellas a la cesación de pagos.

La coyuntura vivida exigió que muchas veces, de modo urgente, debieran adoptarse medidas que se estimaron necesarias a fin de paliar situaciones que podían desembocar en males mayores, determinando ello una verdadera proliferación de normas jurídicas de diferente nivel, que fueron creando marcos tal vez alejados de la normativa estructural que en definitiva cabe dar a la República de cara a una nueva realidad. A medida que los actuales rumbos económicos han ido trayendo una mayor tranquilidad a los mercados y al desenvolvimiento económico, se torna imperioso revisar gradualmente parte de este fenómeno a los efectos de ir encauzándolo hacia un ordenamiento global más eficaz, con mejor previsibilidad de sus consecuencias jurídicas y con una mejor integración con el conjunto del derecho.

Se busca que las Instituciones de la República asuman en plenitud sus responsabilidades y roles, reforzando de tal modo los principios democráticos y coadyuvando a la madurez que debe caracterizar a sus Poderes. El Poder Judicial en particular debe jugar un rol protagónico de modo que sus jueces asuman la importancia del objetivo de mantener el nivel de actividad económica más alto que sea posible, defiendan el empleo y privilegien la buena fe en las relaciones mercantiles. Para ello han de tener un rol indudable en la determinación de la justicia y equidad de los acuerdos formulados por las empresas para intentar superar la crisis en la que están inmersas, formulando tales valoraciones en el contexto real determinado por una parte por las pérdidas patrimoniales que hayan experimentado las empresas como consecuencia de la crisis y por otra por la actuación de acreedores que en algunos casos hacen abuso de su derecho de voto y que otras veces irrumpen en los procesos mediante la compra de los créditos a los acreedores originarios y no siempre aceptan pautas de

satisfacción acordes con el plexo de objetivos simultáneos que el derecho concursal y la situación Argentina en particular requieren.

Desde la aparición de los denominados "fondos buitres" hasta la existencia de alianzas destinadas a hacer fracasar acuerdos utilizando posiciones dominantes dentro de las denominadas estrategias de "compra hostil", son todas formas de plasmar objetivos económicos que muchas veces pueden lesionar gravemente la continuidad empresaria y su subsistencia como fuente de empleo y de riqueza para la economía en su conjunto.

Estas realidades justifican una revisión y modificación importante en las facultades homologatorias del juez del concurso, a quien debe serle confiada la ponderación de cada situación con la debida y necesaria autoridad para restablecer una línea de equidad, dentro de parámetros objetivos. En definitiva no se trata de otra cosa que de darle explícitamente al magistrado una capacidad legal arbitradora ante situaciones de asimetría de poder cuando éstas determinen abusos ejercidos desde una posición dominante.

En esa misma línea de pensamiento, no cabe apartarse del proceso concursal para dar verdaderas soluciones a los problemas de crisis empresarias, cuando se pretenda generalizar los términos de los acuerdos a todos los acreedores. La experiencia de los denominados Acuerdos Preventivos Extrajudiciales ha demostrado que la ausencia de una definida y clara intervención jurisdiccional ha ocasionado todo un conjunto de incertidumbres de procedimiento -ante las múltiples medidas decretadas por muchos jueces para poder suplir la indebida falta legal de controles y funciones jurisdiccionales- así como también el rechazo de la homologación de algunos acuerdos, por revelar características que a priori parecieran constituir fraudes o abusos muy claros y graves a los acreedores.

Esta última característica ha quedado lamentablemente en evidencia en los últimos tiempos de la mano de las denuncias criminales que ha debido hacer la Fiscalía de la Cámara Nacional Comercial, ante la comprobación de la existencia de prácticas

fraudulentas y generalizadas en la presentación y trámite de estos acuerdos extrajudiciales. A las profesiones en ciencias económicas no les ha extrañado el resultado disvalioso que exteriorizan estos casos, que constituyen una gran parte de los presentados, en razón de las falencias irremediables del instituto en su misma gestación, no superables sino desde la perspectiva de un replanteo legal que lo deje sin efecto.

La línea de confiar en los mercados y sus prácticas, en sustitución de la ley y del poder jurisdiccional, no guarda ninguna relación con los objetivos que se esbozaron para tales pretendidos avances. Por el contrario sólo revela la aparición de nuevos y más dificultosos problemas, ante la ausencia de normas jurídicas específicas que enmarquen los procesos. Pretender obtener consecuencias concursales de contratos en los que sólo intervienen los signatarios deja una gran cantidad de intereses sin protección y sin un procedimiento que dé mínimamente garantías. Tampoco permite conocer de modo público el proceso de generación de la crisis y sus causas, desconociéndose por ello la correcta o incorrecta conducción de la empresa, las consecuencias de sus políticas de capitalización, la razonabilidad o abusividad de su política de endeudamiento, la comisión de actos susceptibles de ineficacia concursal, etc. y en extremos mayores, como ya se vio, la existencia de maniobras que pueden calificarse de fraudulentas en perjuicio de los acreedores.

El mundo globalizado ha dado claras muestras de los efectos perniciosos del debilitamiento de los elementos reguladores y de control jurisdiccional. Y estas verdaderas catástrofes no han tenido lugar en países periféricos como el nuestro, sino directamente en los países denominados centrales. Tal es el caso de Enron, World-Com, Adelphia, Xerox, Tyco y Global Crossing en Estados Unidos, durante 2001/2002 y más recientemente Parmalat en Italia. Experiencias que obligan a reflexionar acerca del deber del Estado de normar procedimientos que aseguren la armonía y equilibrio en los derechos de todos los sectores de la comunidad y que privilegien siempre el bien común.

En ese orden de ideas resulta necesario volver a dar a los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales el rol y sentido contractual que tenían antes de la crisis, con ciertas y necesarias reformas, y contemplar dentro del concurso preventivo las situaciones en que pretendió justificarse la nueva legislación de estos acuerdos por la vía de las facultades que se otorgan al juez del concurso.

La crisis económica general también ha puesto de manifiesto un viejo problema que la larga duración del régimen de convertibilidad y estabilidad monetaria subsecuente había dejado olvidado: el de la conversión de los créditos en moneda extranjera a moneda local a los efectos del cómputo de las mayorías. En la década del 80 fueron múltiples los trabajos, ponencias y posiciones doctrinarias que pusieron de manifiesto la inconveniencia de las previsiones legales (en aquel tiempo art. 20 de la ley 19.551, hoy art. 19 de la ley 24.522). El proceso reciente de devaluación de la moneda nacional evidenció que aquel viejo problema se hizo presente en la realidad y que por ende resulta conveniente buscar un régimen legal que recoja aquella abundante producción doctrinaria y establezca en consecuencia que la conversión de la moneda extranjera a los efectos del cómputo de mayorías sea realizada al tipo de cambio vigente a la presentación judicial de concurso. En definitiva, la cristalización de las estructuras de votación del acuerdo se produce conforme la valuación de pasivos a la fecha de tal presentación judicial y no resulta justo que ningún acreedor avance en sus derechos de voto según una valuación a fecha posterior. Hay en tal definición una base incontrastable de justicia y equidad.

En consecuencia se requiere el dictado del presente como medio definitivo de ir ordenando el régimen concursal dentro de pautas estructurales definitivas compatibles con la más moderna legislación sobre el tema y con un pleno respeto por los principios internacionales que rigen esta legislación, cuya preocupación central es la transparencia en los procedimientos, la igualdad de oportunidades para los partícipes, el funcionamiento de órganos competentes y debidamente capacitados y la vigencia plena de la buena fe como valor rector de los

comportamientos. Así, en el documento emitido por el Banco Mundial denominado Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores, publicado en abril de 2001, cabe rescatar el principio N° 26, titulado "Procedimientos para acuerdos informales", que en su punto 197, con relación a la proyección concursal de los acuerdos informales -los APE de nuestra legislación-, establece con toda claridad que "El acuerdo final de reestructuración se torna legalmente vinculante para la minoría en disidencia siempre que la misma sea parte de un acuerdo entre los acreedores que los someta a la decisión de la mayoría. Las partes que no se han obligado contractualmente, no serán obligadas por la decisión de la mayoría de los acreedores, lo cual plantea el riesgo de que la reestructuración pierda sentido ante la acción independiente de los acreedores minoritarios o de los excluidos. En tal situación, deberá volverse al proceso formal. En los procedimientos formales, la ley crea el mecanismo para vincular a los acreedores minoritarios".

Esta clara recomendación del ente financiero multilateral, que coordina sus políticas con otros organismos como el Fondo Monetario Internacional, es definitivo para comprender que el mecanismo que fuera implementado en la Argentina mediante la ley 25.589 en materia de acuerdos informales, en abierta contradicción con tales principios, se correspondió en todo caso con una situación excepcionalísima que pudo haber justificado temporalmente el apartamiento legal con respecto a las prácticas internacionales. Sin embargo, nada justifica que esta legislación excepcionalísima se mantenga indefinidamente y mucho menos cuando puede dar lugar a múltiples abusos de la figura y crear un desorden jurisdiccional mayor en tanto los jueces deban continuar supliendo las carencias normativas diseñando mecanismos, controles y exigencias que dependen exclusivamente de cada Tribunal y que por ende no permiten tener el umbral de certidumbre que caracteriza al principio de seguridad jurídica.

A poco que se repare con sinceridad en la situación vivida en el país, puede apreciarse que el instituto del APE tenía como destinatario

real a las grandes empresas argentinas y extranjeras que en conjunto concentraban la mayor parte de la deuda argentina privada, que no quedó afectada por la ley de emergencia de pesificación general de las obligaciones. La envergadura del problema constituía uno de los núcleos más problemáticos de la crisis, subsecuente al abandono de la convertibilidad y requería instrumentos políticos, jurídicos y económicos para abordar soluciones posibles. Mal o bien, este instrumento fue el APE. Pero en la actualidad el objetivo real previsto para la gestación del régimen ya se obtuvo. Todas las empresas que necesitaron de este nuevo instrumento ya lo utilizaron y las que no lo hicieron fue sencillamente porque desarrollaron otras estrategias. La permanencia de esta legislación, claramente de emergencia y fuera de las prácticas internacionales en la materia, no se justifica conceptualmente desde ninguna perspectiva ni fundamentos.

En definitiva, la profundidad de las normas que se proyectan son suficientes aún para afrontar la emergencia residual de nuestra economía y la situación de muchas de sus empresas que tal vez deban transitar estas vías legales para poder desarrollar verdaderas estrategias empresarias de superación de sus crisis, por lo cual no resulta conveniente prolongar normas de excepción ni ampliar las existentes durante la emergencia.

6. Proyecto de Ley 5257 - 2006.

Nro de expediente	5257 - D - 2006
Trámite Parlamentario	127
Sumario	Concursos y Quiebras, ley 24.522: Modificación del Capítulo VII, del Título II, sobre Acuerdo Preventivo Extrajudicial.
Firmantes	Balestrini, Alberto Edgardo - Cogogna, Luis Francisco.
Giro a Comisiones	Justicia, Legislación General

“El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1. - Modificase el Capítulo VII del Título II de la Ley 24.522, cuyos artículos quedarán así redactados:

CAPITULO VII

ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL

Artículo 69: Legitimado. El deudor que se encontrare en cesación de pagos puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial.

Artículo 70: Forma. El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento.

No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día ni en el mismo documento.

Artículo 71: Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario.

Artículo 72: Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el artículo 3º, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos debidamente certificados por contador público nacional:

1. Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha, del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación;

2. Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;

3. Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación;

4. Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento;

5. 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 del deudor.

Ante la presentación del pedido de homologación del acuerdo, el juez podrá por resolución fundada disponer la suspensión de todas las medidas de ejecución contra el patrimonio del deudor, salvo que fueran dispuestas para la percepción de créditos de contenido alimentario. La suspensión no podrá exceder del término de treinta (30) días prorrogable por igual plazo por una sola vez.

Artículo 73: Mayorías. Para que se dé homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total denunciado por el deudor más los que concurrieren requiriendo ser parte del acuerdo con anterioridad a la homologación, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del artículo 45.

Para el caso de acreedores privilegiados el acuerdo será oponible solo a los que lo suscriban.

Artículo 74: Publicidad. La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer a los acreedores quirografarios denunciados por el deudor que no lo hubieran suscrito por cualquier medio fehaciente. Asimismo se publicarán edictos por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un (1) diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.

El deudor tendrá un plazo de hasta treinta (30) días para notificar a los acreedores denunciados que no hubieran suscrito el acuerdo.

Artículo 75: Oposición. Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inciso 2 del artículo 72. La oposición deberá presentarse dentro de los veinte (20) días posteriores a la última publicación de edictos o desde la notificación al impugnante, si correspondiera, lo que ocurra último, y podrá fundarse en: a) omisiones, exageraciones o incorporaciones fraudulentas en el activo o pasivo, b) inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73, c) existencia de fraude, d) incumplimiento de los requisitos legales. De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del período probatorio.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, a petición del deudor el juez homologará el acuerdo el que se hará conocer por edictos que se publicarán conforme lo prescrito por el artículo 74. El juez podrá disponer las medidas necesarias para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales y no homologará acuerdos abusivos o en fraude a la ley.

La regulación de honorarios, en caso de existir impugnaciones, será efectuada por el juez teniendo en cuenta exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito del impugnante.

Artículo 76: Efectos de la homologación. Los acreedores que no suscriban el acuerdo ni hubieran sido denunciados y notificados con arreglo a lo dispuesto por el artículo 74 conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo que expresen su voluntad de adherir dentro de los ciento ochenta días posteriores a la última publicación de edictos.

Sin perjuicio de lo prescrito en el párrafo anterior, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron en él, aun cuando posteriormente se decretara la quiebra del deudor.

Artículo 76 bis: Las normas que regulan el concurso preventivo y la quiebra son de aplicación en el acuerdo preventivo extrajudicial en tanto no contradigan lo dispuesto en este capítulo. No rige el plazo de prescripción del artículo 56.

Artículo 2. Comuníquese al Poder Ejecutivo”.

6.1. Fundamentos.

Señor presidente:

1. La última reforma relevante de la ley de quiebras extendió al acuerdo preventivo extrajudicial los efectos del concordato "judicial" homologado (cf. actuales arts. 69 y 76 L.C.Q.).

La aplicación de norma dio lugar a fundadas críticas y, creemos, es tiempo de producir modificaciones.

2. Creemos que se debe ser muy cuidadoso respecto de los efectos del acuerdo extrajudicial pues se puede afectar el crédito de los acreedores con la concurrencia de solo algunos sin citación de los que no han consentido y sin un estricto control judicial (sentencia verificatoria) y del síndico (informe del art. 35 L.C.Q.) ayudado por los propios acreedores que pueden observar a los insinuantes y los derechos de que se jactan (cf. art. 34).

Es que la conformación del pasivo en el concurso judicial se realiza en un procedimiento sometido a un control variado, que permite filtrar los verdaderos acreedores de los ficticios.

En cambio, en el acuerdo extrajudicial ese procedimiento que estimula el control (arts. 32 y ss. L.C.Q.) es más limitado. Por ello los antiguos arts. 69 y 76 -ley 24.522- regulaban el sistema de modo que el acreedor que no participaba no era alcanzado por eventuales quitas o moras, etc.

Pero creemos que, fundamentalmente, el principal error de la legislación actual radica en que la publicidad del actual art. 74 L.C.Q. no resulta suficiente para garantizar que todos los acreedores (los que no fueron contactados por el deudor para arribar al acuerdo) conozcan

del acuerdo propuesto. Es probable que los más profesionalizados (bancos, financieras, compañías de seguro, etc.) puedan organizar un sistema de control, pero los más pequeños (pequeños proveedores, pymes, acreedores privados, etc.) seguramente se enterarán cuando la situación sea ya prácticamente irreversible y le sean aplicables los efectos, con mengua de su crédito, plazos, etc. Y esto es aún más grave si recordamos que el proceso informativo (arts. 32 y ss. L.C.Q.), como antes se dijo.

Solo un limitado número de comerciantes y acreedores revisan diariamente las publicaciones del Boletín Oficial, y, por ello, es un error reiterar la ficción del conocimiento erga omnes en un caso que afecta el crédito, un bien que es escaso y se debe proteger.

3. A su vez, no parece que el inciso 2° del art. 72 actual sea suficiente garantía, porque el contador sólo informará de lo que surja de la contabilidad, y lo que el deudor no haya ingresado en ella no podrá imputársele al profesional certificante.

4. Asimismo, es dudoso si en el acuerdo extrajudicial rige el art. 52 L.C.Q. que ordena al juez no aprobar un acuerdo que consista en una propuesta abusiva o en fraude.

5. En el acuerdo extrajudicial debe el acreedor negociar con el deudor sin saber cómo está conformado exactamente el pasivo ni cómo se integra el activo. Si el deudor no le exhibe sus libros negociará "a ciegas", sin conocer la importancia de su voto, lo que no parece justo. En cambio, en el proceso judicial tradicional el acreedor conoce por los informes de los art. 35 y 39 tales datos, lo que hace que la negociación se más transparente y de buena fe.

6. La actual legislación permite al deudor que requiere el acuerdo extrajudicial que por esa sola presentación se suspendan las acciones de contenido patrimonial en su contra. En el concurso judicial se requiere que el juez disponga la apertura para que se produzca la suspensión.

7. Lo expuesto acredita que son necesarios algunos cambios. Consideramos que corresponde prescribir que los efectos del acuerdo

sean aplicables a todos los acreedores quirografarios denunciados, pero previamente notificados. Para ello proponemos que todos los acreedores denunciados que no suscriban el acuerdo deban ser notificados por medio fehaciente. De este modo el acreedor al que se le extenderán los efectos del acuerdo será citado expresamente para que pueda hacer valer sus derechos con plazos suficientes.

También pensamos que corresponde que sea el juez el que resuelva si corresponde o no suspender las ejecuciones, por un plazo determinado y que no se afecten las medidas cautelares.

Y sugerimos ampliar las causales de impugnación y establecer expresamente que el juez no puede homologar acuerdos fraudulentos, otorgándole las facultades para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales.

De otro lado, creemos que la posibilidad de que requiera el acuerdo extrajudicial una empresa en "dificultades económicas" pero sin cesación de pagos es poco clara y puede dar lugar a abusos.

Por fin, auspiciamos que la normativa del concurso y la quiebra se apliquen en forma subsidiaria. A fin de evitar cualquier equívoco, sugerimos que expresamente se excluyan las reglas de prescripción, para evitar interpretaciones inadecuadas.

8. Como puede advertirse, pensamos que conviene establecer un punto intermedio entre la versión tradicional y la actual y proponemos que el acuerdo sea oponible a todos los acreedores que hayan sido notificados por medio fehaciente.

Por otra parte, así como no es plausible que se obligue al acreedor a admitir una propuesta que no es tramitada conforme a las previsiones del acuerdo preventivo judicial, sí es admisible que voluntariamente el acreedor acepte, aun cuando no hubiera sido "invitado" por el deudor.

También admitimos que le sean oponibles a todos los acreedores (aun a los notificados por medio de edictos) los actos desarrollados en cumplimiento del acuerdo, como tradicionalmente se aceptó, pero para ello debe existir la posibilidad de objetar los términos, si acredita interés suficiente. Al respecto, el caso que parece prudente mencionar es el de

un acuerdo extrajudicial con entrega de bienes. Si el acreedor omitido no pudiera requerir su inclusión, ante la homologación y la imposibilidad de cuestionar sus efectos aun ante una quiebra, se vería ante un deudor sin bienes sobre los cuales intentar recuperar su crédito.

En definitiva, frente a la tradicional tesis que veía al acuerdo extrajudicial como un particular contrato entre privados como tradicionalmente lo consideró la doctrina (Alberti, Marcelo E., Redescubrimiento del Concordato Extrajudicial, La Ley 1981-D pp. 1106 y ss.) y la ley actual, sugerimos un punto intermedio mediante la posibilidad de extenderlo a los acreedores notificados fehacientemente.

Los autores y operadores jurídicos han aplaudido y criticado el cambio. Al respecto, creemos que resulta de provecho lo escrito por el doctor Osvaldo Maffía (Matando al APE, La Ley del 19/07/06, p. 1) y señalar la preocupación del Ministerio Público expresada en dictámenes de la Fiscalía de la Cámara Comercial de Capital Federal.

Sin embargo, como se ve, nos inclinamos por una solución intermedia que no cancele la herramienta pero la aleje de posibles abusos.

Por lo expuesto, consideramos que debe modificarse la legislación actual con arreglo a lo que surge del proyecto.

7. Síntesis.

Extraemos como principal conclusión de los proyectos de reformas, que la regulación actual del APE como fruto de la crisis política-económica del año 2001, constituye una normativa de excepción, y como tal deviene inaplicable a la realidad dominante.

De ello resultan las siguientes propuestas:

➤ Contar con una regulación legal completa, estricta y adecuada de la figura.

- Devolver a los APEs el rol contractual que tenían antes de la crisis.
- Dotar mayores facultades al magistrado, a fin de evitar que se cometan abusos.
- Requerir mayores recaudos a la documentación que se presenta para solicitar la homologación del acuerdo. De este modo, los acreedores tendrán mayor certeza sobre la composición del patrimonio de su deudor, contando con mayor poder de decisión.
- Mejorar el régimen de publicidad, garantizando que todos los acreedores tengan conocimiento del acuerdo propuesto, previendo un medio de citación expresa a los acreedores, u otros análogos.
- Ampliar los plazos a los acreedores para que presenten las impugnaciones.
- Los acreedores no partícipes del acuerdo, conservarán sus acciones individuales, y no estarán sometidos a los efectos del acuerdo.
- Otorgar al acuerdo homologado, el efecto de ser “oponible” a los acreedores que no hayan participado en él.

CONCLUSIONES.

Conclusiones.

Finis coronat opus.

A través del análisis histórico de la figura, podemos observar, que con la reforma de la ley 25.589 el APE cobra un giro copernicano; dando un salto gigantesco: de ser una figura netamente contractual, pasa a convertirse en un instrumento concursal, preventivo del concurso y de la quiebra.

El acuerdo preventivo extrajudicial ha sido diseñado como un proceso dotado de celeridad, más económico y sencillo, entendido como un “pre-packaged” presentado al juez para su homologación. Obtenida la misma, previo cumplimiento de los requisitos legales, el acuerdo tiene la peculiaridad de extender sus efectos a la totalidad de acreedores quirografarios con causa o título anterior a la presentación del convenio para su homologación. De este modo, se asimilan sus efectos a los de concurso ortodoxo, y a nuestro modo de ver, a raíz de ello es que cobra mayor vigor.

Destacamos en referencia al presupuesto objetivo que debe observarse en el caso de un APE, que las “dificultades económicas o financieras de carácter general” constituyen toda una novedad en nuestro régimen concursal, siguiendo una tendencia que se va imponiendo mundialmente en los ordenamientos jurídicos concursales. Todo lo cual es muy valioso, ya que detectando la empresa que se están gestando crisis o problemas patrimoniales, es posible que la misma comience a reestructurar sus deudas con los acreedores -aún no encontrándose en cesación de pagos-, y aún más, justamente para evitar llegar a tales extremos, que la tornarían no apta económica, competitiva ni productivamente.

Con relación a la libertad de contenido del acuerdo, consideramos ajustada a la realidad económica de nuestro país, la posibilidad de

acceder a remedios concursales que permitan la continuidad empresaria a través de acuerdos, fruto de la autonomía de la voluntad.

Las partes son los protagonistas centrales en la regulación de sus propios intereses, por lo cual creemos que ante la evidencia de dificultades económicas que puedan poner en peligro la regularidad de sus alianzas, las mismas cuentan con la posibilidad de renegociar sus posiciones, reanudando sus esfuerzos en vista de superar la crisis empresarial.

De este modo, concebimos al APE como un mecanismo que procura satisfacer tanto los intereses de ambas partes, como soslayar un abrupto corte a las relaciones mercantiles preestablecidas. Siempre sin olvidar, el valor económico y social de la actividad empresarial.

Sin embargo, creemos que resulta necesario poner límites claros a esta libertad de contenido, más allá de los cuales la autonomía de la voluntad no pueda excederse. Estos parámetros deben regirse tanto por el derecho común, como por normas propias del derecho concursal. Lo cual implica que los acuerdos no puedan ser en fraude a la ley, que no constituyan abusos del derecho ni tampoco perjudiquen a terceros, violentando la *pars condicio creditorum*.

Para lograr esto, también pregonamos por la atribución a los magistrados de mayores facultades al momento de homologar los acuerdos; o de normas específicas que expresamente regulen tales potestades. Los jueces, ante un acuerdo presentado a homologación, necesariamente deben contar con instrumentos jurídicos que le permitan recabar la mayor información posible en aras de tener una visión clara y global del patrimonio del “apista”. Y en caso de ser turbia la información, requerir cuanta documentación estime necesaria a fin de tener un panorama cristalino del acervo patrimonial, de lo contrario, rechazará el acuerdo.

Hemos comprobado el importantísimo papel que ha tenido la jurisprudencia en relación a los requisitos que deben observarse para presentar el acuerdo a homologación. La misma, ante lagunas

legislativas unas veces, integrando el ordenamiento jurídico otras, ha realizado la laboriosa tarea de adecuar el derecho a los casos concretos para arribar a acuerdos extrajudiciales justos y equitativos.

Aspecto crítico de esto lo constituye el referido a la contabilidad del deudor que hemos tenido oportunidad de desarrollar. Concluimos en su momento, que no consideramos indispensable que el deudor lleve contabilidad, siendo suficiente con un registro documental que permita reflejar fielmente su estado de situación patrimonial.

Sin embargo, no descartamos la utilidad de una reforma que exija determinados documentos o libros, detallando cabalmente la información necesaria a presentar. También resultaría más beneficioso si se exigiera un dictamen técnico del contador y no una mera certificación. Esto dotaría de mayor solidez al sistema, y no dejaría dudas a los acreedores respecto de la composición del pasivo de su deudor (base sobre la que se debe negociar).

La publicidad del acuerdo preventivo extrajudicial, es un requisito insoslayable, ya que por medio de ella los acreedores y demás personas interesadas, toman conocimiento de la existencia de una negociación. Es el primer momento donde un arreglo que se gestó en el ámbito privado, pasa a tener notoriedad pública. Por ello consideramos que amén de la publicación por edictos, sería favorable que el “apista” enviase cartas certificadas, u otras análogas, a sus acreedores a fin de anoticiarlos sobre la presentación del APE. De este modo, impregnaríamos de mayor transparencia a esta figura, aspecto que ya ha sufrido sus duras críticas y que consideramos que es una cuestión que se puede mejorar sin modificar la esencia del APE.

Una última crítica, es respecto a los plazos para interponer las observaciones al acuerdo. Consideramos que el regulado actualmente es bastante breve, creyendo conveniente que el instituto mejoraría en su totalidad si el mismo se extendiera por más días. Desde luego que esto conferiría mayores posibilidades a los acreedores de tomar conocimiento

sobre la existencia de un APE, y a la vez les otorgaría tiempo necesario para que analicen su situación y en base a ello decidan los pasos a seguir en relación al acuerdo ya presentado.

Sin embargo, y a pesar de los comentarios en particular que hemos realizado, pensamos que la normativa vigente implica un avance de gran importancia en relación al APE, ya que por medio de esta figura, aunque sea de modo indirecto, el Estado permite que se proteja de algún modo a la inversión, la continuidad empresarial, la fuente de trabajo y las relaciones comerciales; aspectos todos cruciales en consideración a la crisis económica-política que la nación está intentando de superar.

El APE surge como un mecanismo de gran trascendencia, dinámico y actual, que centraliza su desenvolvimiento en la originalidad y adecuación de las propuestas a la realidad económica en la que le toca actuar a los sujetos empresariales.

No es tan sólo una mera alternativa contractual, sino que actualmente, gracias a la reforma de la ley 25.589, nos permitimos sostener que se constituye como un tercer medio propiamente concursal apto para vehicular las dificultades económicas o crisis de carácter general.

Como nos demuestra la praxis mercantil, empresas de gran envergadura como Multicanal, Cablevisión, Acindar, Telecom, Autopistas del Sol, etc., han utilizado este instrumento extrajudicial. Lo que nos permite corroborar su efectiva práctica y nos alienta a seguir estudiando y analizando el mismo, limando sus asperezas, para encauzar la figura en sus justos límites.

Al presente, estamos a la espera de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que juzgará de una vez para siempre

sobre la propia constitucionalidad del APE, ya que en reiteradas oportunidades ha habido indicios de que el instrumento fuera utilizado para violentar derechos garantizados constitucionalmente, como ser el derecho de propiedad privada y el de la igualdad.

Es por esto que además ya encontramos proyectos de reforma que intentan superar estos inconvenientes y subsanar desatinos del articulado para darle mayor exactitud a los términos, menor campo de duda o doble interpretación y plazos y formalidades más afines a la realidad.

En este sentido, la labor jurisprudencial es invaluable, pero en última instancia, será el transcurso del tiempo quien juzgará sobre su operatividad

ANEXO.

LEY 26.086¹⁹⁵**CONCURSOS Y QUIEBRAS**

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1° — Modificase el inciso 11) del artículo 14 de la Ley N° 24.522, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Inciso 11. Correr vista al síndico por el plazo de DIEZ (10) días, el que se computará a partir de la aceptación del cargo, a fin de que se pronuncie sobre:

- a) Los pasivos laborales denunciados por el deudor;
- b) Previa auditoría en la documentación legal y contable, informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago;
- c) La situación futura de los trabajadores en relación de dependencia ante la suspensión del convenio colectivo ordenada por el artículo 20”.

ARTÍCULO 2° — Incorpórase como inciso 12) del artículo 14 de la Ley N° 24.522, el siguiente:

12. “El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales”.

ARTÍCULO 3° — Modificase el artículo 16 de la Ley N° 24.522, el que quedará redactado de la siguiente forma:

¹⁹⁵ Modificación de la Ley N° 24.522, Sancionada: 22 de Marzo de 2006, Promulgada: 10 de Abril de 2006. Publicada en el Boletín Oficial: 11 de Abril de 2006

“Artículo 16. Actos Prohibidos. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación.

Pronto pago de créditos laborales: Dentro del plazo de 10 días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el Juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis., 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 de la Ley N° 20.744; artículo 6° a 11 de la Ley N° 25.013; las indemnizaciones previstas en la Ley N° 25.877, en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 25.323; en los artículos 8°, 9°, 10, 11 y 15 de la Ley N° 24.013; en el artículo 44 y 45 de la Ley N° 25.345 y en el artículo 16 de la Ley N° 25.561, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.

Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.

Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando se tratare de créditos que no surgieren de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado, existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

En todos los casos la decisión será apelable.

La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal.

La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.

No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia.

Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada.

El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios.

En el control e informe mensual que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado.

Actos sujetos a autorización. Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial.

La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”.

ARTÍCULO 4° — Sustitúyese el artículo 21 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, por el siguiente:

“Artículo 21: Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos.

Quedan excluidos de los efectos antes mencionados:

1. Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales;

2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes;

3. Los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario.

En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas. El síndico será parte necesaria en tales juicios, excepto en los que se funden en relaciones de familia, a cuyo efecto podrá otorgar poder a favor de abogados cuya regulación de honorarios estará a cargo del juez del concurso, cuando el concursado resultare condenado en costas, y se regirá por las pautas previstas en la presente ley.

En los procesos indicados en los incisos 2) y 3) no procederá el dictado de medidas cautelares. Las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados. La sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificadorio en el concurso.

En las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio”.

ARTÍCULO 5° — Sustitúyese el artículo 56 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, por el siguiente:

“Artículo 56: 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.

También produce iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados verificados, en la medida en que hayan renunciado al privilegio.

Son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría.

Socios solidarios. El acuerdo se extiende a los socios ilimitadamente responsables, salvo que, como condición del mismo, se estableciera mantener su responsabilidad en forma más amplia respecto de todos los acreedores comprendidos en él.

Verificación tardía. Los efectos del acuerdo homologado se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados.

El pedido de verificación tardía debe deducirse por incidentes mientras tramite el concurso o, concluido éste, por la acción individual que corresponda, dentro de los dos años de la presentación en concurso.

Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia.

Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor, tanto respecto de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo, salvo que el plazo de prescripción sea menor.

Cuando la verificación tardía tramite como incidente durante el concurso, serán parte en dicho incidente el acreedor y el deudor, debiendo el síndico emitir un informe una vez concluido el período de prueba.

Los acreedores verificados tardíamente no pueden reclamar de sus coacreedores lo que hubieren percibido con arreglo al acuerdo, y el juez fijará la forma en que se aplicarán los efectos ya ocurridos, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones”.

ARTÍCULO 6° — Sustitúyese el artículo 72 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, por el siguiente:

“Artículo 72: Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el artículo 3°, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos debidamente certificados por contador público nacional:

1. Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha, del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación;

2. Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;

3. Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación;

4. Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento;

5. 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 del deudor.

Ordenada la publicación de los edictos del artículo 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el artículo 21”.

ARTÍCULO 7° — Sustitúyese el artículo 132 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, por el siguiente:

“Artículo 132: Fuero de atracción. La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita, todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales,

quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21 inciso 1) a 3) bajo el régimen allí previsto.

El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada”.

ARTÍCULO 8° — Sustitúyese el artículo 133 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, por el siguiente:

“Artículo 133: Fallido codemandado. Cuando el fallido sea codemandado, el actor puede optar por continuar el juicio ante el tribunal de su radicación originaria, desistiendo de la demanda contra aquél sin que quede obligado por costas y sin perjuicio de solicitar la verificación de su crédito.

Existiendo un litisconsorcio pasivo necesario en el que el fallido sea demandado, el juicio debe proseguir ante el tribunal originario, continuando el trámite con intervención del síndico a cuyo efecto podrá extender poder a letrados que lo representen y cuya remuneración se regirá por lo establecido en el artículo 21. El acreedor debe requerir verificación después de obtenida sentencia.

Si una entidad aseguradora hubiera sido citada en garantía y se hubiera dispuesto su liquidación de conformidad a lo establecido en la Ley N° 20.091, el proceso continuará ante el tribunal originario, con intervención del liquidador de la entidad o de un apoderado designado al efecto. La sentencia podrá ejecutarse contra las otras partes intervinientes en el proceso que resultaren condenadas a su cumplimiento, sin perjuicio de solicitarse la verificación del crédito ante el juez que intervenga en el proceso de liquidación”.

ARTÍCULO 9° — Cláusula transitoria. Los juicios excluidos por el artículo 21, que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley se encuentren radicados ante el juez concursal le serán aplicadas de inmediato las modificaciones introducidas por esta ley a la competencia material, debiendo ser remitidas las actuaciones a la justicia originariamente competente dentro de los QUINCE (15) días hábiles. Quedan exceptuados aquellos casos en los que en el expediente se hubiera dictado el llamado de autos para sentencia, los créditos de pronto pago y aquellos juicios en los que se hubiera optado por la verificación del crédito según lo previsto por el artículo 21, inciso 1° de la Ley N° 24.522.

ARTICULO 10. — Comuníquese, etcétera.

BIBLIOGRAFÍA.

Bibliografía.

ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo Preventivo Extrajudicial, (caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

ANCHAVAL – MÉNDEZ, “Aplicación del cramdown power a los acuerdos preventivos extrajudiciales”, LL, 2004-E.

CHOMER, Héctor Osvaldo, “Breves noticias sobre proyectos de modificación del régimen del acuerdo preventivo extrajudicial”, Derecho Comercial y de las Obligaciones, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 15 Febrero de 2007.

DI TULLIO, José Antonio, “Consideraciones Preliminares. Reforma de la Ley 26.086”. Córdoba, Junio de 2006.

DI TULLIO, José Antonio, “Reestructuración de deuda. A.P.E. y Suspensión de acciones”, La Ley 2005-A.

DI TULLIO, José Antonio – MACAGNO, Ariel A. Germán – CHIAVASSA, Eduardo Néstor, “Concursos y Quiebras. Reformas de las Leyes 25.563 y 25.589”, Editorial LexisNexis, Depalma, 2002.

FERREIRA, Sergio, “La actuación del contador público en el acuerdo preventivo extrajudicial”, Revista “Factor”, Año II, N° 132, II Época, Semana del 4 al 7 de diciembre de 2006.

FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina - GONZÁLES DE LA VEGA DE OPL, Cristina, “Teoría General del Proceso”, Ed. Advocatus, 2003.

FRASCAROLI SANTI, Eleni, “Las formas (y los efectos) de los acuerdos extrajudiciales para solución de la crisis de la empresa”, Suplemento de Derecho Empresario, Año I. N°1, Foro de Córdoba, Editorial Advocatus, 2001.

GRAZIABILE, Darío J., “Acuerdo Preventivo Extrajudicial. El llamado A.P.E.”, Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 15 de Febrero de 2007.

HEREDIA, Pablo: “El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589”, Jurisprudencia Argentina, 2002-III.

HEREDIA, Pablo D., “Ley 26.086. Nuevo Modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones, e en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo”, Jurisprudencia Argentina, 30 de Mayo de 2006.

HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002.

JUNYENT BAS, Francisco, “El Acuerdo Preventivo Extrajudicial: Ley 25.589”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

JUNYENT BAS, Francisco, “Los nuevos ejes del fuero de atracción. Otra vuelta de tuerca sobre el pronto pago y la competencia laboral”, La Ley, 05/04/2006.

JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Editorial Astrea. 2005.

MACAGNO, Ariel A. Germán, “El acuerdo preventivo extrajudicial –Con especial referencia al funcionamiento del nuevo paradigma en la

praxis judicial-“, Suplemento de Derecho Empresario, Año III. N°4, Foro de Córdoba, Editorial Advocatus, 2003.

MAFFÍA, Osvaldo J., “Algunos aspectos del acuerdo preventivo extrajudicial según la ley 25.589”, Suplemento de Derecho Empresario, Año III. N°3, Foro de Córdoba, Editorial Advocatus, 2003

MAFFÍA, Osvaldo J., “Sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, Suplemento de Derecho Empresario, Año IV. N°5, Foro de Córdoba, Editorial Advocatus, 2005.

MAFFÍA, Osvaldo J., “Sobre el llamado APE”, Editorial LexisNexis, Depalma, 2005.

MÉDICI, “Los acuerdos preventivos extrajudiciales después de la ley 25.589, L.L, 2004-D, 1072.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita, “Modificación de la Ley de Concursos”, Suplemento de L.L. de la Universidad Austral, 2006.

NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed., Ad.Hoc, Villela Editor, 2003.

RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Concursal”, Editorial Rubinzal- Culzoni Editores, 2003.

ROUILLÓN, Adolfo, A. N., “Ley 24.522, Régimen de Concursos y Quiebras”, Editorial Astrea, 2005.

ROUILLÓN, Adolfo, A. N., “Reformas al Régimen de los Concursos. Comentario a la ley 22.917”, Editorial Astrea, 1986.

SEGAL, Rubén, “Acuerdos Preventivos Extrajudiciales”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

SITIOS WEB:

- www.derechoconcurisal.blogspot.com
- www.diariojudicial.com.ar
- www.diputados.com.ar
- www.infobaeprofesional.com
- www.lexisnexis.com.ar
- www.eldial.com
- www.pjn.gov.ar
- www.infoleg.cmecon.gov.ar

ÍNDICE.

Índice.

Introducción	4
---------------------	----------

Capítulo I **Aspectos Iniciales**

1. Antecedentes Históricos.	8
Código de Comercio	8
Ley 4.156	8
Ley 19.551	9
Ley 22.917	9
Ley 24.522	11
Ley 25.563	12
Ley 25.589	12
Ley 26.086	13
2. Concepto.	14
I. Ventajas.	16
II. Desventajas.	16
3. Naturaleza Jurídica.	17
I. Naturaleza Concursal.	17
II. Naturaleza Contractual.	18
III. Nuestra Opinión.	20

Capítulo II **Derecho Comparado**

1. Preludio.	23
2. Legislación Italiana.	24
3. Legislación Brasileira.	26
3.1. Características.	26
4. Legislación Uruguay.	27
4.1. Características.	28
4.2. Proyecto de Reforma.	29
4.2.1. Exposición de Motivos de la Reforma.	29
4.2.2. Lineamientos del Proyecto de Reforma.	30

Capítulo III

Presupuestos del Acuerdo

1.	Presupuesto Objetivo.	32
1.1.	El Estado de Cesación de Pagos.	32
1.2.	Las Dificultades económicas o Financieras de Carácter General.	33
2.	Presupuesto Subjetivo.	35
2.1.	El Deudor.	35
2.1.1.	Sujetos "Apistas".	37
2.1.2.	Excluidos.	38
2.1.3.	El caso Banco Hipotecario S.A.	39
2.1.4.	Supuestos particulares.	41
2.1.5.	Registración Contable.	42
	(i) Tesis Restrictiva.	42
	(ii) Tesis Amplia.	43
	(iii) Nuestra Opinión.	43
2.2.	Los Acreedores	44

Capítulo IV

Aspectos Estructurales

1.	Recaudos Formales.	47
1.1.	Instrumento Privado.	47
1.2.	Firmas.	48
1.3.	Representantes.	49
1.4.	Doble Ejemplar.	50
1.5.	Firma de los Acreedores.	50
2.	Libertad de Contenido.	50
2.1.	Autonomía de la Voluntad.	51
2.2.	Principio de Igualdad de los Acreedores.	53
2.3.	Alternativas de Acuerdos.	55
2.4.	Pactum de Non Petendo.	57

Capítulo V

Requisitos de la Presentación

1.	Consideraciones Preliminares.	59
1.1.	Legitimación.	59
1.2.	Aspectos formales de la Presentación.	59
1.3.	Proceso Concursal.	60
2.	Requisitos.	61
2.1.	Competencia.	61
2.2.	Adecuada Información Certificada por Contador Nacional.	62
2.3.	Estado de Activo y Pasivo.	64
2.4.	Listado de Acreedores.	65
2.5.	Listado de Juicios.	67
2.6.	Libros de Contabilidad.	68
2.7.	Acreedores Registrados.	69

Capítulo VI

Efectos de la Presentación

1.	Momento desde que opera el Efecto.	73
2.	Suspensión de las Acciones a la luz de la Ley 26.086.	75
2.1.	Regla.	75
2.2.	Exclusiones.	76
2.2.1.	Procesos de Expropiación.	78
2.2.2.	Procesos que se funden en Relaciones de Familia.	78
2.2.3.	Ejecuciones de Garantías Reales.	79
2.2.4.	Procesos de Conocimiento en Trámite.	80
2.2.5.	Los Juicios Laborales.	81
2.2.6.	Litis Consorcios Pasivos Necesarios.	82
2.2.7.	Pedidos de Quiebras.	82
3.	Recapitulación.	83

Capítulo VII

Mayorías

1.	Doble Mayoría.	86
1.1.	De Personas.	86
1.1.1.	Mayoría Absoluta.	87
1.1.2.	Acreeedores Quirografarios.	87
1.1.3.	Acreeedores Privilegiados.	87
1.1.4.	Adhesiones Posteriores a la Presentación.	88
1.1.5.	Retractación de acreeedores.	89
1.1.6.	Acreeedores excluidos.	89
1.2.	De capital.	90

Capítulo VIII

Régimen de Oposición

1.	Sistema de Oposición.	94
2.	Legitimados.	95
2.1.	Acreeedores.	95
3.	Plazo de la Presentación.	97
4.	Causales.	98
4.1.	Omisiones o Exageraciones del Activo o Pasivo.	99
4.2.	Inexistencia de Mayoría.	100
5.	Trámite de la Oposición.	101

Capítulo IX

Publicidad

1.	Publicación de edictos.	106
1.1.	Contenido.	108
1.2.	Plazo para Publicar.	108
1.3.	Carga de Publicar.	108
1.4.	Acreditación de la Publicación.	108

	212
2. Lugar.	109
3. Tiempo.	109
4. Omisión de la publicación.	110

Capítulo X **Homologación**

1. Control Judicial.	112
1.1. Control de Legalidad Formal.	112
1.2. Control de Legalidad Sustancial.	113
1.3. Control de Mérito. Improcedencia.	113
2. Oposiciones a la homologación.	114
3. Apelación de la Sentencia de Homologación.	115
4. Cramdown Power.	115
5. Honorarios.	117
5.1. En las Impugnaciones.	117
5.2. En la Homologación.	118
6. Costas.	119
7. Tasa de Justicia.	120

Capítulo XI **Efectos de la Homologación**

1. Afectación a la Totalidad de Acreedores.	125
1.1. Alcance.	125
2. Remisión al art. 56, LCQ. Continuación.	128
2.1. Socios Ilimitadamente Responsables.	128
2.2. Verificación Tardía.	128
2.3. Prescripción Concursal.	130
3. Previsiones de las Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de LCQ.	130

3.1.	Novación.	131
3.2.	Acreedores Privilegiados.	133
3.3.	Conclusión del A.P.E.	134
3.4.	Nulidad.	136
3.5.	Incumplimiento.	137

Capítulo XII
Análisis de un Caso Particular
Romi S.R.L.

1.	Hechos.	142
2.	Dictamen de la Fiscal General.	143
2.1.	Naturaleza Jurídica del APE.	143
2.2.	Libertad de Contenido.	143
2.3.	Publicidad.	144
2.4.	Impugnación.	144
3.	Fallo de la Cámara.	145
3.1.	Naturaleza Jurídica.	145
3.2.	Publicidad.	146
3.3.	Impugnación.	146
4.	Conclusión.	147
5.	Corte Suprema de Justicia de la Nación.	148
6.	Caso Cablevisión	148

Capítulo XIII
Proyectos de Reforma al A.P.E.

1.	Proyecto de Ley 1975 – 2006.	154
1.1.	Fundamentos.	156
2.	Proyecto de Ley 1976 - 2006.	159
2.1.	Fundamentos.	161
3.	Proyecto de Ley 1977- 2006.	162
3.1.	Fundamentos.	163

	214
4. Proyecto de Ley 1978 - 2006.	163
4.1. Fundamentos.	165
5. Proyecto de Ley 4311 - 2006.	169
5.1. Fundamentos.	172
6. Proyecto de Ley 5257 - 2006.	178
6.1. Fundamentos.	182
7. Síntesis.	185
Conclusiones	188
Anexo	
Ley 26.086	194
Bibliografía.	203