

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
MAESTRÍA DE DERECHO EMPRESARIO

**“MODIFICACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO
EN LA LEY 24.522”**

ABOGADA CECILIA ALEJANDRA FERNANDEZ
MAESTRANDO

DOCTORA MARCELA ANDREA ALVAREZ SALVADOR
DIRECTORA

CORRIENTES
OCTUBRE DE 2023

ÍNDICE PAGINADO

| | |
|--|-----------|
| LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS | 7 |
| TÍTULO | 7 |
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| CAPÍTULO 1: CONCURSO | 8 |
| 1.1. Noción | 8 |
| 1.2. Régimen concursal argentino | 11 |
| 1.3. Concurso preventivo | 11 |
| 1.4. Presupuesto objetivo | 12 |
| 1.4.1. Noción | 12 |
| 1.4.2. Teorías | 13 |
| 1.4.3. Concepción actual | 14 |
| 1.4.4. Hechos reveladores | 15 |
| 1.4.5. Flexibilización | 16 |
| 1.5. Presupuesto subjetivo | 17 |
| 1.5.1. Noción | 17 |
| 1.5.2. Clasificación | 18 |
| 1.5.3. Exclusiones | 19 |
| 1.6. Finalidad | 21 |
| CAPÍTULO 2: PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO | 21 |
| 2.1. Legitimación | 21 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2. Oportunidad | 22 |
| 2.3. Requisitos | 24 |
| 2.4. Contenido | 25 |
| 2.4.1. Enumeración | 25 |
| 2.4.2. Quita, espera o ambas | 26 |
| 2.4.3. Entrega de bienes a los acreedores | 27 |
| 2.4.4. Constitución de sociedad con los acreedores quirografarios | 28 |
| 2.4.5. Reorganización de la sociedad deudora | 29 |
| 2.4.6. Administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores | 29 |
| 2.4.7. Emisión de obligaciones negociables, debentures, o bonos convertibles en acciones | 30 |
| 2.4.8. Constitución de garantías sobre bienes de terceros | 30 |
| 2.4.9. Cesión de acciones de otras sociedades | 31 |
| 2.4.10. Capitalización de créditos en acciones o en un programa de propiedad participada | 31 |
| 2.4.11. Cualquier otro acuerdo que obtenga conformidad de los acreedores | 31 |
| 2.5. Propuestas diferenciadas | 31 |
| 2.6. Integración de la propuesta | 32 |
| 2.7. Límites | 34 |
| 2.8. Derecho a voto | 35 |
| 2.9. Regimen de mayorías | 36 |
| 2.9.1. Del capital computable | 37 |
| 2.9.2. De acreedores | 38 |
| 2.10. Forma | 39 |
| 2.11. Modificación | 40 |

2.12. Acuerdo con acreedores privilegiados_____ **41**

2.13. Falta de acuerdo_____ **42**

CAPÍTULO 3: RESOLUCIÓN DE LA EXISTENCIA DEL ACUERDO

PREVENTIVO E IMPUGNACIÓN_____ **42**

3.1. Resolución de la existencia del acuerdo preventivo_____ **42**

3.2. Impugnación_____ **43**

3.2.1. Noción_____ **43**

3.2.2. Legitimación_____ **45**

3.3.3 Situación de acreedores privilegiados_____ **46**

3.3.4. Oportunidad_____ **47**

3.3.5. Trámite_____ **47**

3.3.6. Recursos_____ **48**

3.3.7. Causales_____ **49**

CAPÍTULO 4: HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO_____ **51**

4.1. Introducción_____ **52**

4.2. Concepto_____ **53**

4.3. Terminología_____ **54**

4.4. Facultades homologatorias del juez_____ **54**

4.5. Antecedentes_____ **55**

4.5.1. Introducción_____ **55**

4.5.2. Ley N° 4.156_____ **56**

4.5.3. Ley N° 11.719_____ **58**

4.5.4. Ley N° 19.551_____ **59**

| | |
|--|-----------|
| 4.5.5. Ley N° 24522 | 60 |
| 4.6. Presupuestos | 61 |
| 4.6.1. Abuso del derecho | 62 |
| 4.6.2. Fraude | 63 |
| 4.7. Homologación de acuerdo con pluralidad de propuestas diferenciadas | 64 |
| 4.8. Medidas de cumplimiento | 64 |
| 4.9. Efectos del acuerdo preventivo homologado | 66 |
| 4.9.1 Novación | 67 |
| 4.9.2 Alcance a los fiadores y a los codeudores solidarios | 68 |
| 4.9.3 Aplicación a todos los acreedores | 69 |
| 4.9.4 Socios solidarios | 70 |
| | |
| CAPÍTULO 5: CONCLUSIÓN Y DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO | 70 |
| 5.1. Conclusión del concurso | 70 |
| 5.2. Declaración de cumplimiento | 72 |
| 5.3. Periodo de inhibición | 73 |
| | |
| CAPÍTULO 6: NULIDAD DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO | 74 |
| 6.1. Noción | 74 |
| 6.2. Legitimación | 75 |
| 6.3. Plazo | 76 |
| 6.4. Causales | 76 |
| 6.4.1. Dolo empleado para exagerar el pasivo | 77 |
| 6.4.2. Dolo empleado para ocultar o exagerar el activo | 78 |
| 6.4.3. Reconocer o aparentar privilegios inexistentes | 79 |

| | |
|--------------------------------|-----------|
| 6.5. Trámites y efectos | 79 |
|--------------------------------|-----------|

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO PREVENTIVO

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| HOMOLOGADO | 80 |
| 7.1. Introducción | 80 |
| 7.2. Antecedentes legislativos | 81 |
| 7.2.1. Ley N° 4.156 | 82 |
| 7.2.2. Ley N° 11.719 | 83 |
| 7.2.3. Ley N° 19.551 | 83 |
| 7.2.4. Ley N° 24.522 | 83 |
| 7.3. Legitimados | 85 |
| 7.4. Trámite y recurso | 84 |
| 7.5. Consecuencias | 85 |
| 7.5.1. Cumplimiento tardío | 87 |
| 7.5.2. Falta de denuncia | 88 |
| 7.5.3 Situación del síndico | 89 |

CAPÍTULO 8: MODIFICACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| HOMOLOGADO | 90 |
| 8.1. Introducción | 90 |
| 8.2. Límites | 91 |
| 8.3. Terminología | 92 |
| 8.4. Análisis de la doctrina | 93 |
| 8.4.1. Protección del crédito | 94 |
| 8.4.2. Conservación de la empresa | 96 |

| | |
|--|------------|
| 8.4.3. Cosa juzgada | 97 |
| 8.4. 4. Naturaleza jurídica del acuerdo homologado | 99 |
| 8.4.5. Teoría de la imprevisión | 100 |
| 8.4. Caso Multiacero | 103 |
| 8.5 Proyecto Ibarra | 105 |
| 8.6 Fundamentos de reforma | 107 |
| 8.7. Legislación comparada | 108 |
| 8.7. 1. Introducción | 108 |
| 8.7. 2.Estados Unidos | 108 |
| 8.7. 3. Costa Rica | 109 |
| 8.7.4. Colombia | 109 |
| 8.7. 5. Ecuador | 110 |
| 8.7. 6. Bolivia | 110 |
| 8.7. 7. Chile | 111 |
| 8.5. 8. España | 112 |

CAPÍTULO 9: INTEGRACIÓN CON LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL Y LAS FACULTADES DEL JUEZ CONCURSAL _____ **114**

| | |
|--|------------|
| 9.1. Autonomía del derecho concursal | 114 |
| 9.2 Alcance de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación | 115 |
| 9.3. Aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación | 116 |
| 9.4. Diálogo de fuentes | 117 |
| 9.5. Atribuciones del juez concursal | 118 |

| | |
|---------------------|------------|
| CONCLUSIÓN | 120 |
| BIBLIOGRAFÍA | 121 |

LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

APE, acuerdo preventivo extrajudicial.

CCCN, Código Civil y Comercial de la Nación.

LCQ, Ley de Concursos y Quiebras.

SIPA, Sistema Integrado Previsional Argentino.

AFJP, Administradoras de Fondos de Jubilación y Pensión.

TÍTULO

Modificación del acuerdo preventivo homologado en la Ley 24.522

INTRODUCCIÓN

El concurso preventivo, entendido como el proceso universal tendiente a convocar a todos los acreedores de un deudor que se encuentra en estado de cesación de pagos, es una herramienta esencial de nuestro sistema jurídico que otorga al deudor la oportunidad de negociar y alcanzar un acuerdo preventivo con sus acreedores, a efectos de superar la crisis y reinsertarse en la vida económica.

Este acuerdo preventivo, una vez homologado, novará las obligaciones anteriores a la apertura del concurso preventivo y se aplicará a todos los acreedores del concursado. Sin embargo, en caso de incumplimiento, la legislación vigente ordena al juez concursal declarar la quiebra del deudor resultando indiferente el porcentaje de cumplimiento del acuerdo, los motivos del incumplimiento o la viabilidad de la empresa concursada.

Amén de las crisis económicas que azotaron - y azotan- a nuestro país, se ha suscitado el debate sobre si el juez concursal puede permitir la modificación del acuerdo preventivo homologado, ante sucesos extraordinarios ajenos al deudor, que lo obligan a incumplir con lo pactado y que de ninguna forma pudieron preverse durante la negociación.

En el año 2020 las medidas de confinamiento y distanciamiento social adoptadas por el gobierno para contener la propagación del virus COVID-19 tuvieron un impacto inmediato en numerosas empresas, generando una contracción económica sin precedentes. El cierre temporal de los establecimientos comerciales, la disminución de la demanda y las interrupciones en las cadenas de suministro afectaron a empresas de todos los tamaños, y particularmente a aquellas que estaban transitando el período de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado.

Este trabajo de investigación se adentrará en esta cuestión, explorando las facultades del juez concursal en relación a la modificación del acuerdo preventivo homologado. A través de un análisis de la Ley N° 24.522, de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación comparada, examinaremos las implicancias legales del incumplimiento del acuerdo preventivo homologado y evaluaremos los argumentos a favor y en contra de permitir la modificación del mismo.

Finalmente, el objetivo de esta investigación es determinar si el juez concursal puede permitir la modificación del acuerdo preventivo homologado en el marco de las disposiciones legales vigentes, considerando la relación de esta cuestión con la reforma constitucional de 1994 y la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014.

CAPÍTULO 1: CONCURSO

1.1. NOCIÓN

“Concurso es una voz genérica que, en nuestro actual sistema jurídico positivo tiene dos especies: la quiebra (a veces también llamada falencia; de ahí la designación del quebrado como fallido), que es el proceso concursal enderezado a la liquidación; y el concurso preventivo” (Rouillon, 2015, p. 10).

Según Escuti y Junyent Bas (2006), el derecho concursal se originó en la Italia medieval con la introducción del *fallimento*, primer proceso de esta naturaleza conocido por la humanidad (p.1). Ciertamente, la quiebra surgió como una manera de tutelar los derechos de los acreedores de forma colectiva, ante la insuficiencia de los procesos de ejecución individual, en virtud del cuál prevalecían quienes primero accionaban contra el deudor por aplicación del principio de *prior tempore, potior jure*.

Explican estos autores que en aquel momento la quiebra funcionaba como una penalización o castigo dirigido hacia el comerciante que había experimentado un fracaso en su empresa. Tenía una naturaleza punitiva y significaba un descrédito ante la comunidad, por lo cual el deudor se daba a la fuga para no ser denostado por la población. El deudor fugado cesaba en su actividad comercial, dejando así la administración de sus bienes vacantes, lo que a su vez implicaba la pérdida de control y posesión de los mismos.

Dichos activos eran confiscados y un individuo ajeno a la comunidad mercantil asumía la posesión de los bienes del deudor. Esta persona era conocida como “sindicó” y su tarea consistía en liquidar el patrimonio del comerciante en quiebra. Finalmente, los ingresos obtenidos de la venta de estos se distribuían de manera equitativa entre los acreedores, siguiendo el principio de la *pars conditio creditorum*.

En síntesis, “en sus orígenes, la quiebra tuvo características punitivas y su finalidad, casi exclusiva, fue sacar del comercio al deudor y liquidar su patrimonio para distribuir lo producido entre los acreedores de forma inmediata” (Escuti & Junyent Bas, 2006, p. 4).

Con el tiempo se buscó dar solución a los conflictos existentes entre el deudor y los acreedores, sin liquidar los bienes de manera forzada, puesto que esto generaba consecuencias gravosas para el primero y tampoco se lograba la satisfacción de los créditos de los segundos. Así surgieron procedimientos tendientes a evitar la quiebra, los que ya no tenían un carácter liquidativo, si no más bien eran de carácter preventivo.

En este sentido, “el instituto del concurso preventivo, que en su momento fue el *desideratum*, tomó carta de ciudadanía con la sanción de la legislación belga de fines del siglo pasado, primero provisoriamente (1883) y luego con carácter definitivo, y tuvo notable influencia sobre los ordenamientos posteriores” (Escuti & Junyent Bas, 2006, p.6).

A diferencia de la quiebra, el concurso preventivo permitía la continuación de la actividad del deudor que se encontraba en estado de cesación de pagos. Va de suyo que el concurso preventivo representó un avance legislativo que habilitó al deudor a mantener su actividad comercial, para hacer frente a las obligaciones que tenía con sus acreedores.

En términos generales podemos decir que a través del concurso preventivo se pretendía lograr un acuerdo entre el deudor y la mayoría o todos sus acreedores, con el objetivo de que el deudor pueda superar el estado de cesación de pagos, sin perder la administración de su patrimonio ni cesar en su actividad.

El concepto moderno de concurso preventivo, el cual se centra en la reestructuración de las deudas y la prevención de la quiebra, ha evolucionado a lo largo de los años y ha sido influenciado por diversas tradiciones legales y cambios en la economía y la sociedad. Tal es así que en la actualidad existen otros procedimientos tendientes a la solución de la insolvencia, como por ejemplo el acuerdo preventivo extrajudicial.

Sin ánimos de ahondar en un tema sumamente complejo, podemos decir que el acuerdo preventivo extrajudicial forma parte de los llamados acuerdos preconcursales o paraconcursales, los que le otorgan al deudor la posibilidad de celebrar un acuerdo

extrajudicial con sus acreedores, aún antes de encontrarse en un estado de cesación de pagos (Rouillon, 2017, p. 11). A tal efecto, nos remitimos a lo desarrollado en el punto 1.4.5. relativo a la flexibilización del presupuesto objetivo de los concursos preventivos.

1.2. RÉGIMEN CONCURSAL ARGENTINO

La Ley N° 24.522, denominada Ley de Concursos y Quiebras, fue promulgada el 9 de agosto de 1995 y entró en vigencia para todo el territorio de la República Argentina el 17 de agosto del mismo año.

Por un lado, regula procedimientos preventivos como el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y el concurso en casos de agrupamiento; y por otro aborda procedimientos liquidativos, tales como la quiebra en su modalidad directa e indirecta, dependiendo de si resulta del incumplimiento de un acuerdo preventivo o no.

Además de la Ley N° 24.522, existen otras leyes relacionadas, tales como la Ley N° 25.284 (2000), que aborda la gestión especial de entidades deportivas con dificultades económicas; la Ley N° 20.091 (1973), conocida como la Ley de Entidades de Seguro y su control; y la Ley N° 20.321 (1973), denominada Ley Orgánica Para Las Asociaciones Mutuales.

1.3. CONCURSO PREVENTIVO

Vítolo (2019) ha definido al concurso preventivo como:

El proceso universal mediante el cual un deudor que se encuentra en la imposibilidad de hacer frente al conjunto de sus obligaciones -estado de cesación de pagos- se

somete voluntariamente a un procedimiento judicial en el cual todos los acreedores son llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad, salvo las preferencias de ley, con el objeto de celebrar un acuerdo con ellos, bajo un régimen de doble mayoría -número de acreedores y monto de capital- que le permita a dicho deudor superar la crisis. Si el acuerdo es obtenido y homologado judicialmente, importará la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior a la presentación efectuada por el deudor para acceder al concurso preventivo. (p.167)

También se ha dicho que “el concurso preventivo constituye un remedio que convoca a todos los acreedores del deudor insolvente, tendiente a lograr un acuerdo que permita eliminar la cesación de pagos” (Escuti & Junyent Bas, 2006, p.31).

De ello podemos extraer que el concurso preventivo es un proceso universal, por cuanto en él concurren todos los acreedores del deudor de manera colectiva y no de forma individual; de tipo preventivo, ya que busca lograr un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que le permita al primero superar la crisis en el que se encuentra y a los segundos satisfacer sus acreencias; y que no produce el desapoderamiento del deudor, ya que este conserva la administración de sus bienes.

En resumen, el concurso preventivo es un proceso que involucra a todos los acreedores del deudor con el propósito de lograr un acuerdo que le permita a este superar la insolvencia, y que conforme a nuestro ordenamiento jurídico puede llevarse a cabo a través de un proceso judicial o a través de un mecanismo extrajudicial, sometido a homologación.

1.4. PRESUPUESTO OBJETIVO

1.4.1. Noción

La apertura del concurso preventivo en la Argentina implica la satisfacción de dos presupuestos fundamentales, siendo uno de tipo objetivo y otro de tipo subjetivo. El presupuesto objetivo se relaciona con las condiciones del patrimonio del deudor, mientras que el presupuesto subjetivo se refiere a las personas incluidas dentro del régimen concursal.

El artículo 1 de la Ley N° 24.522 (1995) establece que el presupuesto objetivo para la apertura del concurso es el estado de cesación de pagos. Dicho concepto no está definido en la ley, pero el artículo 79 de la Ley N° 24.522 (1995) brinda algunas nociones sobre cómo se revela el estado de cesación de pagos. En virtud de ello, corresponde identificar las teorías que buscan delimitar este concepto.

1.4.2. Teorías

El estado de cesación de pagos, como concepto legal y como requisito esencial en los procedimientos de insolvencia, ha sido objeto de una extensa evolución doctrinaria. “En su obra Fundamentos de la quiebra, Raymundo Fernandez sistematizó las opiniones doctrinales que trataban de interpretar la fórmula de cesación de pagos, agrupandolas en las que él llamó tres teorías” (Rouillon, 2015, p.20). Dichas teorías fueron denominadas por este autor como teoría materialista, teoría intermedia y teoría amplia.

En las etapas iniciales, prevalecía una perspectiva materialista que equiparaba la cesación de pagos con el incumplimiento de las obligaciones financieras. En palabras de Escuti y Junyent Bas (2006), se consideraba insolvente a aquel que dejaba de cumplir con sus obligaciones financieras (p.48). Esta perspectiva fue adoptada en el Código de Comercio de 1862, donde la relación entre el incumplimiento y el estado de cesación de pagos era clara, puesto que el artículo 1511 establecía que "todo comerciante que cesa en sus pagos se halla

en estado de quiebra", mientras que el artículo 1522 añadía que "todo comerciante que cesa en sus pagos está obligado a hacer manifestación de su estado dentro de los tres días contados desde la cesación de pagos".

La teoría intermedia señalaba que el estado de cesación de pagos siempre involucraba un incumplimiento, pero no todo incumplimiento equivalía a una cesación de pagos. Con el tiempo la doctrina reconoció que existía una diferencia entre el estado de cesación de pagos y el mero incumplimiento, por lo que una persona podía incumplir sus obligaciones, pero no estar en un estado de cesación de pagos. "Esta corriente de opinión afirma que lo que interesa al comercio es el cumplimiento de las obligaciones y, por ello, mientras el deudor cumple no puede decirse que exista insolvencia" (Rouillon, 2015, p. 21).

Finalmente, la teoría amplia manifiesta que el estado de cesación de pagos es un estado del patrimonio, siendo el incumplimiento solamente un hecho revelador más. Esta es la concepción actual en nuestro país según la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria. Explica Rouillon (2015) que el italiano Bonelli es el padre de esta teoría, por lo que la cesación de pagos no es un hecho, sino un estado de todo el patrimonio (p. 21). "Así, no sólo se diferenció entre incumplimiento material y cesación de pagos, sino que también se aclaró que los hechos de bancarrota no son nada más que elementos reveladores, o sea, signos o síntomas de una situación económica que afecta a todo al patrimonio, pero que no se confunde con ella" (Escuti & Junyent Bas, 2006, p.48).

1.4.3. Concepción actual

El estado de cesación de pagos es definido por Rouillon (2015) como "el estado de impotencia para satisfacer con medios regulares (disponibilidades normales o activos

corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (exigibilidades o pasivos corrientes)” (p.22).

Según este autor, el estado de cesación de pagos se caracteriza por la generalidad y la permanencia. La generalidad hace referencia a la extensión patrimonial, puesto que no es relevante el número de incumplimientos, si no la impotencia patrimonial para hacer frente a sus obligaciones. La permanencia por su parte hace referencia a la extensión temporal, ya que el estado de cesación de pagos implica una prolongación en el tiempo de la impotencia patrimonial.

También se ha identificado al estado de cesación de pagos como “el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial” (Escuti & Junyent Bas, 2006, p. 48).

Estos autores sostienen este concepto a través del artículo 78 de la Ley N° 24.522 (1995), que expresamente dice que “el estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo genera” (Ley N° 24.522, 1995, artículo 78).

A su vez, a los caracteres de generalidad y de permanencia identificados por Rouillón, le agrega el de unicidad, entendido como una nota tipificante del patrimonio del deudor.

1.4.4. Hechos reveladores

El estado de cesación de pagos puede manifestarse a través de hechos reveladores, es decir, mediante eventos o circunstancias que indican que una persona se encuentra en estado de insolvencia. Son hechos reveladores del estado de cesación de pagos los enumerados en el artículo 79 de la Ley N° 24.522 (1995) en los siguientes términos:

1. Reconocimiento judicial o extrajudicial del estado de cesación de pagos del deudor.
2. Mora en el cumplimiento de una obligación.
3. Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para hacer frente a sus obligaciones.
4. Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad.
5. Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.
6. Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
7. Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

Nedel (2007) ha dicho que el legislador al establecer la fórmula de “pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos”, le brinda al juez la posibilidad de otorgar tal calidad a otros hechos invocados y no enumerados (p. 410).

Adherimos a esta postura, puesto que el artículo en cuestión además agrega la frase “entre otros”, lo que nos lleva a asumir que dicha lista es de carácter enunciativo, y no taxativo, y que además tiene una finalidad orientativa.

1.4.5. Flexibilización

El concepto de estado de cesación de pagos entendido como presupuesto objetivo del concurso preventivo, fue flexibilizado en dos institutos, a saber: el concurso preventivo en caso de agrupamiento y el acuerdo preventivo extrajudicial.

En el concurso preventivo en caso de agrupamiento basta que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, siempre que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico.

Así, el artículo 66 de la Ley N° 24522 (1995) establece que “para la apertura del concurso resultara suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico”.

Al respecto Rouillón (2015) ha dicho que se trata de un caso atípico, puesto que no se exige la demostración normal de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos del sujeto a quien se le declara concursado o quebrado (p.28)

Por su parte en el acuerdo preventivo extrajudicial basta que el deudor se encuentre con una dificultad económica o financiera de carácter general.

Así lo dice el artículo 69 de la Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002) al determinar que podrá celebrar un acuerdo con sus acreedores “el deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas financieras de carácter general”.

Se trata de los “estados de crisis o de preinsolvencia (legalmente llamados dificultades económicas o financieras de carácter general)” (Rouillon, 2015, p.27) y en todo caso constituyen el presupuesto de este proceso de reorganización.

1.5. PRESUPUESTO SUBJETIVO

1.5.1. Noción

El presupuesto subjetivo de la apertura de un concurso preventivo se refiere al sujeto titular del patrimonio afectado por el estado de cesación de pagos, susceptible de ser declarado en quiebra o en concurso preventivo.

Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible (hoy llamadas personas humanas) y las de existencia ideal (hoy llamadas personas jurídicas), incluso

aquellas donde el estado nacional, provincial o municipal sea parte (artículo 2, Ley N° 24.522, 1995).

Por un lado, todas las personas humanas pueden ser sometidas a concurso (artículo 2, Ley N° 24.522, 1995), incluso los incapaces, inhabilitados (artículo 7, Ley N° 24.522, 1995), y el patrimonio del fallecido (artículo 8, Ley N° 24.522, 1995), “al cuál no puede considerarse de ningún modo, *sujeto jurídico*” (Vítolo, 2019, p. 167).

Por otro lado, también “pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2°, incluidas las de existencia ideal en liquidación” (artículo 5, Ley N° 24.522, 1995).

1.5.2. Clasificación

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico histórico, y en términos generales, podemos decir que “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones” (artículo 30, Código Civil de la Nación, 1869). A su vez, la persona puede ser clasificada en persona humana o persona jurídica, según los artículos 19 y 141 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

Para definir a la persona jurídica debemos remitirnos al artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), el cual expresamente dice que son “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Entonces podemos decir que la persona jurídica es un ente al cual el ordenamiento jurídico le otorga aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, y que tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

Son personas jurídicas públicas: el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica, toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable. y la Iglesia Católica (artículo 146, Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

Son personas jurídicas privadas: las sociedades, las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal, toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento (artículo 146, Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

A su vez, el Estado puede participar en personas jurídicas privadas sin modificar el carácter de éstas, pero la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación (artículo 149, Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

1.5.3. Exclusiones

Conforme a nuestro ordenamiento concursal, están excluidas las personas jurídicas de carácter público; es decir el estado nacional, provincial, municipal y estados extranjeros, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las entidades autárquicas a las que la ley le otorgue el carácter de públicas, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca

personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable, y la Iglesia Católica.

También están excluidas las mencionadas en el artículo 2 párrafo 3° de la Ley N° 24.522 (1995), tales como las personas reguladas por las Leyes N° 20.091, N° 20.321, N° 24.241 y las excluidas por leyes especiales, en los siguientes términos:

1. La Ley N° 20.091 (1973) se refiere a las entidades aseguradoras; en caso de entrar en estado de cesación de pagos son liquidadas judicialmente por medio de un procedimiento análogo al de la Ley N° 24.522, pero con especiales particularidades.
2. La Ley N° 20.321 (1973) regula a las asociaciones mutuales; no obstante conforme al artículo 1 inciso d de la Ley N° 25.347 (2004) que modifica su régimen, se debe entender derogado la mención del último párrafo del artículo 2 de la Ley N° 24.522 (1995), por lo que son pasibles de ser declaradas en concurso preventivo o en quiebra.
3. La Ley N° 24.241 (1993) regía las administradoras de fondos de jubilación y pensión (también conocidas como AFJP) y su eventual liquidación, por lo cual no estaban alcanzadas por la Ley N° 24.522 (1995); mediante la Ley N° 26.425 (2008) se dispuso la unificación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional público que se denomina sistema integrado previsional argentino (SIPA).

Esta exclusión no es completa, ya que como lo explican Escuti y Junyent Bas (2006) cuando estos individuos o entidades enfrentan un proceso de liquidación, la legislación concursal presenta soluciones que deben aplicarse subsidiariamente (p. 54).

1.6. FINALIDAD

El concurso preventivo busca que el sujeto que se encuentra en estado de cesación de pagos, quien voluntariamente se sometió a la competencia de un juez, llegue a un acuerdo con sus acreedores a efectos de sortear la crisis y reinsertarse en la vida económica.

Para llegar a un acuerdo preventivo, el deudor debe ofrecer a sus acreedores una propuesta de acuerdo preventivo. Los acreedores deben considerar esta propuesta, y en caso de estar de acuerdo con ella, tienen que prestar su conformidad.

Autorizada doctrina ha determinado que “el concurso preventivo pretende hacer desaparecer el estado de insolvencia del deudor mediante el convenio con sus acreedores, que luego el tribunal debe homologar, previniendo la declaración de quiebra” (Cámara, 1984, p.791). Dicho acuerdo, como lo veremos oportunamente, tiene como base la iniciativa de una de las partes, esto es, la propuesta del concursado.

En síntesis, podemos decir que el objetivo principal del concurso preventivo es permitir que un deudor que se encuentra en estado de cesación de pagos y que se somete voluntariamente al proceso judicial alcance un acuerdo con sus acreedores. De ello surge que el concurso preventivo busca facilitar la reestructuración de las deudas del deudor, eliminar la situación de cesación de pagos y evitar la liquidación de los bienes del concursado

CAPÍTULO 2: PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO

2.1. LEGITIMACIÓN

El deudor es el único legitimado para presentar una propuesta de acuerdo preventivo durante el período de exclusividad regulado en el artículo 43 párrafo 1 de la Ley N° 24.522

(Texto s/ Ley N° 25.589, 2002). Esta potestad es exclusiva del concursado, puesto que ni los acreedores, ni un tercero pueden realizar ningún tipo de propuesta en esta etapa.

El término período de exclusividad se utiliza en contraposición al término periodo de negociación en concurrencia, también conocido como salvataje o *cramdown*, establecido en el artículo 48 de la Ley N° 24.522 (artículo incorporado por Ley N° 25.589, 2002). En el salvataje hay posibilidad de concurrencia con otros oferentes, a diferencia de lo que ocurre en el periodo de exclusividad, dónde el deudor es el único sujeto legitimado activamente para ofrecer propuestas de acuerdo preventivo.

La propuesta de acuerdo preventivo realizada por el deudor en el periodo de exclusividad está dirigida a los acreedores quirografarios anteriores a la apertura del concurso. Esto significa que el acuerdo propuesto está diseñado para abordar las deudas con aquellos acreedores que no tienen garantías o privilegios sobre los activos del deudor; siempre y cuando sus créditos sean anteriores a la presentación del concurso preventivo.

Ello así puesto que “el acreedor privilegiado que no concurre con su voto a la aprobación del concordato convenido con los acreedores quirografarios, no está obligado respecto de ese concordato, cualquiera sea la naturaleza del privilegio” (Cámara, 1984, p. 801), salvo que del acuerdo se desprenda una solución diferente.

2.2. OPORTUNIDAD

El deudor tiene noventa días hábiles judiciales a contar desde la notificación automática de la resolución de categorización para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad de la doble mayoría exigida por la ley concursal.

El juez concursal podrá extender los noventa días hábiles judiciales otorgados por la ley durante treinta días más, si fuera necesario en virtud del número de acreedores o de categorías. En virtud de ello, el periodo de exclusividad no podrá superar los ciento veinte días.

Así lo ordena el artículo 43 párrafo 1º de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002), el cual expresamente dice que:

Dentro de los noventa (90) días desde que quede notificada por ministerio de la ley la resolución prevista en el artículo anterior, o dentro del mayor plazo que el juez determine en función al número de acreedores o categorías, el que no podrá exceder los treinta (30) días del plazo ordinario, el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el artículo 45.

La propuesta del acuerdo preventivo debe hacerse pública en el expediente antes de los veinte días del vencimiento del plazo del periodo de exclusividad; caso contrario el deudor será declarado en quiebra, salvo que apliquen los supuestos del artículo 48 de la Ley N° 24.522 (artículo incorporado por Ley N° 25.589, 2002) sobre el salvataje.

El artículo 43 anteúltimo párrafo, Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002) dice:

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

A su vez, cinco días antes del vencimiento del período de exclusividad se realizará la junta informativa con presencia del juez y del secretario, a efectos de que el deudor explique la negociación llevada a cabo con sus acreedores, y que responda las preguntas que le formulen respecto a las propuestas.

2.3. REQUISITOS

De acuerdo a Cámara (1984), las cláusulas de un acuerdo preventivo deben cumplir con dos requisitos fundamentales: en primer lugar, deben garantizar igualdad entre los acreedores quirografarios, lo que significa que no se pueden otorgar ventajas especiales a ciertos acreedores; y en segundo lugar, las cláusulas no pueden involucrar prestaciones que dependen de la voluntad del deudor (p. 813).

Así lo manda el artículo 43 Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) que dice respecto a lo primero que “las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas”, aunque “el deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas”.

La violación de esta norma es causal de impugnación del convenio aprobado por los acreedores, en los términos del artículo 50 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002), conforme lo veremos oportunamente.

En relación al segundo requisito, el artículo 43 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) establece que "la propuesta no puede basarse en una prestación sujeta a la voluntad del deudor". Esto se debe a que el propósito del acuerdo preventivo es que el deudor presente a sus acreedores una oferta de acuerdo preventivo que, una vez aceptada por ellos y

homologada por el juez concursal, le permita superar la situación de incumplimiento de pagos. Por lo tanto, una propuesta preventiva que dependa únicamente de la voluntad del deudor atentaría contra los derechos de sus acreedores, lo que sería contrario a los objetivos del proceso concursal.

2.4. CONTENIDO

2.4.1. Enumeración

El segundo párrafo del artículo 43 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) menciona las diferentes propuestas que el deudor puede presentar a sus acreedores, otorgándole a este la flexibilidad de definir el contenido de las mismas, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley y obtengan las mayorías necesarias.

La propuesta puede consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o *debentures*; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos (inclusive de acreedores laborales) en acciones o en un programa de propiedad participada; o en cualquier otro acuerdo que obtenga las conformidades necesarias (artículo 43, párrafo 2°, Ley N° 24.522, texto s/ Ley N° 25.589, 2002).

Ribichini (2011), siguiendo a Maffia, entiende que la práctica de enumerar las fórmulas concordatarias es ineficaz y equivocada, ya que en modo alguno clausura el menú de las propuestas utilizables, en tanto cierra la enunciación diciendo que el acuerdo también

podrá consistir en “en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría” (p.23).

Por su parte, Escuti y Junyent Bas (2006) sostienen que la enumeración contenida en este artículo posee un propósito instructivo y no pretende restringir las opciones que surgirán de la situación de cada deudor (p. 369).

A pesar de estas consideraciones, e independientemente de si la técnica legislativa es acertada o no, entendemos que se trata de una enumeración de carácter enunciativo y no restrictivo. Esto implica que la legislación no limita las opciones disponibles, sino que proporciona una lista de ejemplos con el propósito de guiar, más que restringir, la propuesta del deudor.

2.4.2. Quita, espera o ambas

A decir de Graziabile (2017):

Si bien como está legislada la propuesta puede consistir en quita (concordato remisorio) o espera (concordato dilatorio), la forma más común de propuesta concordataria es la combinación de quita y espera llamada concordato mixto, admitido históricamente en la legislación concursal. En casi la totalidad de los concursos preventivos se presenta este tipo de propuesta que combina una remisión de la deuda y el otorgamiento de un plazo para su pago, moratoria, o refinanciación. (p. 379)

La quita involucra una remisión, es decir, una disminución del importe del crédito a abonar. Vitolo (2019) apunta que el concursado no está obligado a ofrecer un pago mínimo

basado en un porcentaje específico del pasivo concursal, pero hace saber que a pesar de las modificaciones introducidas por las Leyes N° 25.563 (2003) y N° 25.589 (2002) que eliminaron el requisito original contenido en el artículo 43 de la ley 24522 (1995) el cual limitaba la quita propuesta por el deudor al sesenta por ciento (60%) de los créditos quirografarios anteriores a la presentación, dicho límite sigue siendo un punto de referencia significativo al considerar la homologación del acuerdo por parte del juez (p. 206).

La espera consiste en otorgar al deudor un plazo adicional para pagar sus deudas. En este sentido, la legislación tampoco establece un plazo máximo para su extensión, pero entendemos que esto queda a discreción del juez concursal, quien cuenta con amplias facultades para aprobar el acuerdo preventivo.

Cuando la propuesta no involucra la quita ni la espera, o una combinación de ambas, el deudor debe expresar la forma en que las deudas denominadas en monedas extranjeras serán calculadas. Esto implica que se debe definir la forma y tiempo en que estas obligaciones serán convertidas a la moneda de curso legal de manera definitiva, y no solo con fines de cálculo para determinar las mayorías. Así lo manda el artículo 43 párrafo 8° de la Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) que en su parte pertinente dice “cuando no consiste en una quita o espera, debe expresar la forma y tiempo en que serán definitivamente calculadas las deudas en moneda extranjera que existiesen, con relación a las prestaciones que se estipulen”.

2.4.3. Entrega de bienes a los acreedores

La entrega de bienes a los acreedores significa que el deudor acuerda transferir activos o propiedades a los acreedores como una forma de satisfacer parte o la totalidad de sus deudas.

Cámara (1984), siguiendo la perspectiva de Alegría, entiende que en el proceso de entrega de bienes, el deudor se compromete individualmente con cada acreedor, comprometiéndose a entregar un bien a cada uno de ellos (p. 841). En consecuencia, se espera que cada acreedor reciba prestaciones de igual calidad, a efectos de garantizar la igualdad de trato entre los acreedores.

Graziabile (2017) por su parte, equipara la entrega de bienes a los acreedores con una dación en pago ya que el deudor se compromete a entregar activos o propiedades a sus acreedores para cumplir con sus obligaciones (p. 380). Esto implica que, una vez que se realiza la entrega y se cumple con los términos del acuerdo, la deuda se considera satisfecha.

2.4.4. Constitución de sociedad con los acreedores quirografarios

Otra de las alternativas propuestas es la creación de una sociedad en la que los acreedores tengan calidad de socios. Es importante señalar que el artículo 42 de la Ley N° 19.551 (1972), que resulta análogo al artículo 43 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) vigente, establecía "la constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que estos tengan calidad de accionistas".

Una de las críticas planteadas por Ribichini (2011) respecto a la enumeración del segundo párrafo del artículo 43 se refiere al cambio de la palabra "accionistas" por "socios" en lo que concierne a la formación de una sociedad con los acreedores quirografarios, puesto que un acreedor podría terminar formando parte de una sociedad en la que su responsabilidad frente al pasivo de la entidad se vería comprometida, lo que podría resultar en una situación contradictoria (p. 23).

Por su parte Graziabile (2017) alerta del problema que representan los acreedores disidentes, ya que no podrían ser obligados a formar parte de la sociedad; además, explica

que la ley no aclara cuál es el tipo social que debería tener esta sociedad, ni la relación que tendría con la sociedad concursada (p.380).

2.4.5. Reorganización de la sociedad deudora

La reorganización de la sociedad deudora puede implicar cambios en la estructura administrativa de la empresa, y por otro lado, puede involucrar la fusión, escisión o transformación de la sociedad concursada con el propósito de preservar la empresa en crisis.

Explica Cámara (1984) que:

“La reconstrucción administrativa -cambios en la estructura o funcionamiento de la empresa- o jurídica -transformación o fusión, aumento de capital, etc.- procederá siempre que haya posibilidad de eliminar el estado de insolvencia, pues no todas las situaciones pueden enmendarse. Ello depende del deterioro patrimonial. A este efecto, antes que nada es necesario un diagnóstico de la sociedad desde el punto de vista técnico, económico, y financiero - condiciones concretas en que se halla el deudor- para comprobar la factibilidad de la recuperación ” (p. 854).

Es importante destacar que este tipo de propuestas no se aplican a todos los deudores, sino exclusivamente a aquellos que tienen la forma de una entidad jurídica privada, excluyendo a las personas físicas.

2.4.6. Administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores

La administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores implica que “los bienes o la empresa continúa en propiedad del deudor, pero su manejo se modifica en beneficio de los acreedores. Puede abarcar todos los bienes del deudor o parte de ellos excluyendo los particulares” (Cámara, 1984, p. 857), aunque se excluyen lógicamente los bienes particulares.

No queda claro en nuestro ordenamiento quien administraría los bienes, puesto que cómo lo advierte Cámara (1984) no sólo no se excluye al deudor (p.857), si no que tampoco se identifica quienes podrían tomar a su cargo la administración de los bienes.

A decir de Graziabile (2017) una forma de organizar la administración de los bienes en interés de los acreedores, sería a través de la figura del fideicomiso (p. 381).

2.4.7. Emisión de obligaciones negociables, *debentures*, o de bonos convertibles en acciones

En caso de que la propuesta se trate de la emisión de obligaciones negociables, *debentures*, bonos convertibles en acciones, o de otro documento análogo, Graziabile explica (2017) que no podría considerarse cumplido el acuerdo con la simple entrega de los títulos, puesto que estos importan un diferimiento del pago del pasivo, y a pesar de estar consagrada como una propuesta válida, el juez podría no homologarlo por ser abusivo o fraudulenta (p.381).

2.4.8. Constitución de garantías sobre bienes de terceros

Establece el ordenamiento concursal que se podrá constituir garantías sobre bienes de terceros; además de poder constituirse garantías sobre los bienes del concursado.

2.4.9. Cesión de acciones de otras sociedades

La cesión de acciones es entendida por Graziabile (2017) como una variante de la dación en pago o pago por entrega de bienes (p. 381), a cuya lectura nos remitimos.

2.4.10. Capitalización de créditos en acciones o en un programa de propiedad participada

Se prevé también la posibilidad de capitalizar créditos, sean quirografarios o laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada.

2.4.11. Cualquier otro acuerdo que obtenga conformidad de los acreedores

Cualquier propuesta que tenga como objetivo prevenir la quiebra podría ser homologada por el juez concursal, siempre que no sea abusiva o fraudulenta.

En resumen, las propuestas no están limitadas por una lista cerrada de opciones, lo cual es lógico, ya que es difícil para el legislador anticipar las diversas soluciones creativas que el ingenio humano puede concebir para superar la crisis patrimonial de las empresas.

Sin embargo, es fundamental que estas propuestas cumplan con los principios del instituto, como la igualdad entre los acreedores quirografarios y la necesidad de que las prestaciones no queden a la discreción del deudor.

2.5. PROPUESTAS DIFERENCIADAS

Conforme el artículo 43 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002), las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría,

aunque pueden diferir entre ellas. A su vez, el deudor puede efectuar más de una propuesta para cada categoría, de forma tal que los acreedores comprendidos en ellas podrán elegir al momento de dar su conformidad a la propuesta.

Esto significa que cuando existe una categorización de acreedores, se permite al deudor presentar propuestas distintas para cada una de ellas, pudiendo los acreedores elegir cuál de estas propuestas respaldar. De esta manera, se respeta el principio de igualdad requerido por la ley, ya que se brinda a todos los acreedores la oportunidad de optar entre diferentes propuestas alternativas.

A decir de Ribichini (2011) la exigencia de la *par conditio creditorum* se ha desplazado, categorización mediante, del universo global de los acreedores quirografarios, al interior de cada una de las categorías existentes (p. 30), a efectos de que el deudor pueda ofrecer a sus acreedores propuestas diferenciadas.

2.6. INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA

La propuesta de acuerdo preventivo debe integrarse con un régimen de administración y de limitación a los actos de disposición, a ser aplicados durante la etapa de cumplimiento. Además se debe proponer la formación de un comité representado por la mayoría del capital y por los representantes designados por los trabajadores, a efectos de que actúen como controladores del acuerdo. Se trata del llamado comité definitivo de control, que reemplaza al comité provisorio del artículo 42 párrafo 2 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26684, 2011).

Así lo manda el artículo 45 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26684, 2011), el cual expresamente dice que:

“El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, y la conformación de un comité de control que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité constituido por el artículo 42, segundo párrafo. La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital, y permanecerán en su cargo los representantes de los trabajadores de la concursada”.

Según Ribichini (2011), la redacción de la ley da lugar a dos interpretaciones alternativas, según la palabra “conformada” es utilizada como sinónimo de “constituida”, lo que implicaría que el comité debería estar compuesto por acreedores que representen la mayoría del capital, o si el comité debe ser aprobado por estos, sin necesariamente ser parte del mismo (pg. 32). El autor respalda esta segunda posibilidad basándose en el artículo 260 párrafo 1 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26684, 2011) el cual expresamente determina que los integrantes del comité definitivo de control son elegidos por los acreedores por mayoría de capital y el comité debe contar con un mínimo de tres acreedores.

Según este autor, esto significa que al presentar la propuesta para formar el comité definitivo junto con la oferta única o múltiple destinada a los acreedores, también se debe adjuntar la aprobación de dicha propuesta por parte de un grupo de acreedores que representen la mayoría absoluta del capital. En otras palabras, se requeriría la adhesión previa de los acreedores a un aspecto menos importante y secundario, con una mayoría diferente a la necesaria para aprobar la propuesta principal en sí.

Por otro lado, en lo que hace al régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, la doctrina ha explicado que “arribado a un entendimiento con sus acreedores, la ley permite -y hasta exige que acuerde con ellos,

también, cómo ha de continuar la gestión durante la etapa de cumplimiento” (Ribichini, 2011, p. 32).

En palabras de Escuti y Junyent Bas (2006) se trata de un régimen que establece las pautas de funcionamiento de la empresa del concursado y de control por parte de los acreedores (p.372); no siendo equiparable este régimen al mentado plan de empresa.

2.7. LÍMITES

“La primera limitación, implícita, es la licitud de la propuesta de acuerdo. La amplia libertad de contenido del acuerdo preventivo tiene como límite las reglas del derecho común, relativas al objeto del acto jurídico y la obligación” (Rouillon, 2015, p. 115).

Siguiendo al autor antes citado, corresponde integrar el texto concursal con el código de fondo. Así la propuesta de acuerdo preventivo no puede involucrar la entrega de un bien que esté prohibido según lo establecido en el artículo 279 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), el cual expresamente dice que:

El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

Además, el objeto de la propuesta debe ser factible tanto desde un punto de vista material como jurídico y ser susceptible de valoración económica, conforme a lo dispuesto en el artículo 725 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual ordena que “la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita,

determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor” (2014).

En definitiva, estas restricciones buscan que las propuestas sean realizadas conforme a derecho y que sean materialmente alcanzables; de forma tal que no solo sea realizada teniendo en vistas la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público y la dignidad humana, sino que además resulte material y jurídicamente posible, y susceptible de valoración económica.

2.8. DERECHO A VOTO

Raspall y Raspall (2014) afirman que el derecho de los acreedores a manifestarse acerca de la propuesta de acuerdo o el plan de reorganización, ya sea a través de su voto en las reuniones o mediante la emisión de conformidades, es inherente a la naturaleza misma del crédito, puesto que las propuestas implican un cambio sobre las condiciones de pago de las deudas (p. 317).

Desde que el deudor incumple la obligación originaria y llama a todos los acreedores a concurrir en pie de igualdad, a efectos de ofrecerles una propuesta que le permita superar la crisis, la cual seguramente signifique una modificación de esa obligación originaria, nace en cabeza de esos acreedores el derecho a aceptar o rechazar ese acuerdo.

Va de suyo que la ley establece un procedimiento en virtud del cual se clarifica el pasivo y se determina quiénes son los acreedores con derecho a voto. Por lo que prestigiosos autores han expresado que el derecho a voto es el “estatus normal que resulta de ser acreedor reconocido o verificado” (Raspall & Raspall, 2014, p. 317), a pesar de que determinadas circunstancias la ley produce alteraciones o cambios en este derecho, excluyendo del cómputo a algunos acreedores.

Junyent Bas (2018) por su parte entiende que no es correcto hablar de votación, si no más bien de aceptación de propuestas (p. 57).

2.9. RÉGIMEN DE MAYORÍAS

El artículo 45 párrafo 1º de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011) establece que:

Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en el caso de entes públicos nacionales, provinciales o municipales, de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría.

Durante todo el período de exclusividad, y hasta el día de su vencimiento, el deudor tiene la facultad de entablar negociaciones con sus acreedores de manera independiente para alcanzar un acuerdo preventivo que le permita superar el estado de cesación de pagos.

Para ello, el deudor debe obtener la conformidad de los acreedores que representen la mayoría absoluta de personas y las dos terceras partes del capital y de los créditos declarados verificados y admisibles en cada una de las categorías, no pudiéndose compensar el déficit de la mayoría de acreedores con el excedente de la mayoría de capital, ni tampoco viceversa.

En palabras de Vítolo (2019), la ley establece un régimen de doble mayoría, que combina la mayoría de acreedores con la mayoría de capital, sin depender de la naturaleza o el tipo de propuesta presentada por el deudor a los acreedores (p. 208).

Este régimen de doble mayoría busca prevenir que el deudor intente desplazar el derecho de ciertos acreedores, reduciendo su participación tanto en términos de número como en términos de capital en el cómputo general.

No obstante ello, a decir de destacados autores:

Este régimen de mayorías, quizá muy estricto (aunque simplifica notablemente las anteriores mayorías de los arts. 55 a 57 de la ley 19.551), no es del todo satisfactorio, puesto que requerirá siempre el mismo régimen de mayorías, cualquiera sea la propuesta del deudor. Esto aparejará una menor flexibilidad en el tratamiento del acuerdo y la mayoría legal parece demasiado rigurosa. (Escuti & Junyent Bas, 2006, p. 370)

2.9.1. Del capital computable

Podemos definir el capital computable como:

La suma de los créditos (comprendidos en la clase a la que se dirige la propuesta, en su caso) quirografarios verificados y admitidos (ver art. 36 LCQ), más los créditos privilegiados cuyo privilegio hubiera sido renunciado, por el total de su importe o por la porción renunciada. (Rouillon, 2017, p. 121)

Conforme el artículo 45 párrafo 2° de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011), la mayoría de capital dentro de cada categoría se computa teniendo en cuenta la suma total de los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles comprendidos en la categoría, y los créditos privilegiados cuyos titulares renunciaron al privilegio y se incorporaron a esa categoría de quirografarios.

Sin embargo, no se incluye como capital computable al perteneciente al acreedor admitido como quirografario por habersele rechazado el privilegio invocado, que será excluido de integrar la categoría a los efectos del cómputo si hubiese promovido incidente de revisión, en los términos del artículo 37 de la Ley N° 24.522 (1995).

Finalmente, la base de cálculo se expresará con un número o cantidad de moneda de curso legal, a la cual se le sumará una segunda base de cálculo referida a la mayoría de capital.

2.9.2. De acreedores

Podemos decir que:

Dentro de todas y cada una de las clases a las que se formulan propuestas, la suma de los titulares de cada crédito comprendido en ellas y que forman su capital computable, configuran una segunda base de cálculo (un número de personas, no una cantidad de pesos) sobre las que cuentan las conformidades necesarias para lograr la otra mayoría necesaria. (Rouillon, 2017, p. 121)

En el artículo 45 párrafo 3° Ley N° 24522 (Texto s/ Ley 26684, 2011) se excluyen del cómputo a determinados sujetos.

Por un lado, no se tienen en cuenta a los parientes del deudor que estén dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o sean adoptados, junto con sus cesionarios que hayan adquirido la deuda en el año previo a la presentación del concurso preventivo.

Además, en el caso de sociedades, no se consideran en el cómputo a los socios, administradores y acreedores que se encuentren en una posición similar con respecto a la sociedad. Es importante destacar que esta restricción no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la empresa concursada, a menos que sean controladores de la misma.

En otras palabras, se establece una distinción en cuanto a la exclusión de votos dependiendo de si el deudor es una persona jurídica o una persona física.

En el caso de las personas físicas, las exclusiones se aplican en función de las relaciones familiares y se extienden a los cesionarios de los créditos, siempre que la cesión haya tenido lugar dentro del año anterior a la presentación del concurso.

En el caso de las sociedades, las exclusiones se basan en la relación con la entidad, abarcando a los socios, administradores y ciertos acreedores vinculados, que son aquellos con algún tipo de vínculo especial con el deudor.

Por ello se ha discutido sobre la enumeración contenida en el artículo 45 de la Ley N° 24.522 es enumerativa, o taxativa. Es decir, si es posible excluir del voto a otras personas que no estén contenidas dentro de este artículo. De ello surge lo que Ribichini (2011) ha dado en llamar crisis de la supuesta taxatividad, no tanto por el voto complaciente sino también por la posibilidad del voto hostil de los acreedores (p. 39).

2.10. FORMA

Las conformidades son emitidas de manera individual. A todo efecto, el deudor debe presentar el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en caso de entes públicos, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, tal y como lo ordena el artículo 45 párrafo 1° de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011).

Autorizada doctrina ha manifestado que:

El acuerdo del deudor con sus acreedores, o con las diversas clases a las cuales hubiera formulado propuestas no se logra en un acto deliberativo único al estilo la junta de acreedores, establecida en las anteriores leyes concursales argentinas. La aprobación de la propuesta debe gestionarla el concursado -extrajudicialmente- ante cada uno de quienes tiene poder de decisión sobre esta (los acreedores involucrados). (Rouillon, 2017, p. 120)

2.11. MODIFICACIÓN

El deudor podrá modificar la propuesta de acuerdo preventivo hasta la junta informativa. Así lo establece el artículo 43 último párrafo Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) el cual determina que “el deudor podrá presentar modificaciones a su propuesta original hasta el momento de celebrarse la Junta Informativa prevista en el artículo 45, penúltimo párrafo”.

En esa audiencia, el deudor proporcionará detalles sobre las negociaciones en curso con sus acreedores, y los presentes tendrán la oportunidad de hacer preguntas relacionadas con las propuestas.

Si antes de la fecha programada para la audiencia informativa el deudor ha obtenido las aprobaciones requeridas de acuerdo con el artículo 45 párrafo 1° de la Ley N° 24. 522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011) y ha notificado esta situación al tribunal, adjuntando la documentación correspondiente, la audiencia no se llevará a cabo.

2.12. ACUERDO CON ACREEDORES PRIVILEGIADOS

Si el deudor ha presentado una propuesta de acuerdo dirigida a los acreedores privilegiados o a una categoría específica de estos, deberá obtener la aprobación de la mayoría absoluta de dichos acreedores que representen las dos terceras partes del capital de esa categoría. En el caso de un privilegio especial, se requerirá la unanimidad de estos acreedores.

Sin embargo, la falta de acuerdo de los acreedores privilegiados generalmente no resultará en la declaración de quiebra del deudor concursado, a menos que la propuesta presentada a los acreedores quirografarios dependa de un acuerdo con los privilegiados.

Así lo manda el artículo 47 de la Ley N° 24.522 (1995) el cual señala que si el deudor ha manifestado en algún momento durante el proceso que condiciona su propuesta a los acreedores quirografarios a la aprobación de las propuestas realizadas a los acreedores privilegiados, entonces, en caso de no obtener el acuerdo de estos últimos, podría ser declarado en quiebra.

La última aclaración de la ley proporciona la oportunidad al deudor de realizar propuestas a los acreedores privilegiados sin el riesgo de la quiebra, ya que incluso si la propuesta privilegiada no tiene éxito, la alternativa para los acreedores quirografarios seguirá siendo válida.

2.13. FALTA DE ACUERDO

En el supuesto de que el deudor no obtenga las conformidades de los acreedores bajo el régimen de categorías y mayorías previstas, y salvo los supuestos del artículo 48 de la Ley N° 24.522 (artículo incorporado por Ley N° 25.589, 2002), será declarado en quiebra.

Dicho en otras palabras, si el deudor no logra obtener las conformidades requeridas de los acreedores, la consecuencia inmediata será la quiebra del deudor que se encuentra en estado de cesación de pagos, con la consecuente liquidación de sus bienes.

CAPÍTULO 3: RESOLUCIÓN DE EXISTENCIA DEL ACUERDO PREVENTIVO E IMPUGNACIÓN

3.1. RESOLUCIÓN DE EXISTENCIA DEL ACUERDO PREVENTIVO

El juez concursal debe emitir una resolución para informar la existencia del acuerdo preventivo dentro de los tres días hábiles a contar desde la presentación de la propuesta de acuerdo preventivo con las conformidades de los acreedores, en los términos del artículo 49 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002).

De forma excepcional, el juez concursal puede ordenar la imposición del acuerdo preventivo a los acreedores, cuando a pesar de no tener las conformidades necesarias, se den los recaudos previstos por la ley concursal, dando lugar al *cramdown power*.

“En consecuencia la resolución referida debe declarar la existencia de las conformidades que formen la mayoría necesaria para conformar el acuerdo o la existencia de las conformidades suficientes para la imposición del acuerdo por parte del juez” (Graziabile, 2017, p. 426).

La resolución judicial que declara la existencia del acuerdo no constituye la aprobación o la homologación del acuerdo, lo que ocurrirá posteriormente, en los términos del artículo 52 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ ley N° 25.589, 2002).

Lo que se requiere para emitir esta resolución es verificar que, en principio, se han alcanzado las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta preventiva, lo que simplemente informa sobre la existencia del acuerdo. La función del juez concursal es declarativa, ya que la evaluación detallada de las formalidades del acuerdo se llevará a cabo al momento de homologar el acuerdo preventivo, y no antes.

Decimos en principio porque la declaración de la existencia del acuerdo preventivo no obsta que exista un error en el cómputo de las mayorías necesarias que lleve a plantear la impugnación del mismo en los términos del artículo 50 de la Ley N° 24.522 (1995).

Por el contrario, en el supuesto de que no estén dadas las mayorías necesarias para que exista el acuerdo o para que el juez lo imponga a las categorías disidentes, debe decretar la quiebra, salvo lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N° 24.522 (artículo incorporado por Ley N° 25.589, 2002).

3.2. IMPUGNACIÓN

3.2.1. Noción

Luego de que los acreedores hayan prestado su conformidad a la propuesta del acuerdo preventivo y que el juez concursal haya dictado la declaración haciendo saber la existencia del mismo, el proceso avanza hacia la etapa de homologación judicial.

Sin embargo, antes de proceder con la homologación, se brinda a ciertos acreedores la oportunidad de impugnar el acuerdo que fue declarado existente mediante resolución judicial.

Esto implica que, a partir de la notificación de la resolución que informa la declaración de la existencia del acuerdo del artículo 49 Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589), se establece un plazo de cinco días para presentar impugnaciones al mismo.

Ribichini (2011), en concordancia con la perspectiva de Maffia, prefiere emplear el término "oposición" en lugar de "impugnación", puesto que la impugnación se refiere a un proceso posterior a la homologación judicial, y el propósito en esta etapa es justamente evitar que el acuerdo alcance esta homologación judicial (p. 95).

Sin embargo, y como consecuencia de la incorporación del dictado de un proveído que reconoce provisoriamente la existencia de un acuerdo, este autor parece asimilar que la inclusión de una resolución que declara la constatación provisional del acuerdo preventivo agrega un nuevo significado al uso de la expresión "oposición", puesto que ahora se trata de impugnar lo declarado en esa resolución argumentando que es inexistente o que se obtuvo de manera irregular.

Por otro lado, Cámara (1984) sostiene que las objeciones al acuerdo preventivo, cuando han sido aprobadas por la doble mayoría, realmente constituyen una acción destinada a impedir la homologación judicial (p. 1049). Estas objeciones pueden basarse en defectos sustanciales, relacionados con la estructura interna del contenido del acuerdo, o en aspectos puramente formales, como el incumplimiento de requisitos rituales que invalidarían el acuerdo.

Y en tal sentido aclara que “no es una *actio nullitatis* como algunos sustentan. No tiende a privar de efectos a un acto jurídico, sino según señala Argeri, siguiendo las enseñanzas de Bolaffio, lleva por fin obstaculizar, mejor, impedir su homologación ” (Cámara, 1984, p. 1050).

En otras palabras, para este autor la impugnación tiene como propósito evitar que el acuerdo avance a la fase de homologación, ya que en la etapa preliminar se han identificado

vicios o incumplimientos de los requisitos legales necesarios para que el convenio adquiriera validez. Por lo tanto, las objeciones se centran en los aspectos relacionados con la idoneidad del acuerdo y no en su mera aceptación.

3.2.2. Legitimación

Los acreedores con derecho a voto y los que hubieran deducido incidente -ya sea por no haberse presentado en término o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios- pueden impugnar el acuerdo cuyo existencia se hubiera declarado conforme resolución judicial, según lo normado en el artículo 50 de la Ley N° 24.522 (1995).

Es decir, que están legitimados para impugnar el acuerdo preventivo los siguientes acreedores:

1. Los acreedores verificados y admitidos, resultando indiferente que hubieran prestado conformidad a la propuesta, salvo que la impugnación se refiera a la inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo.
2. Los acreedores que hubieran promovido incidente de verificación tardía en los términos del artículo 56 párrafo 5 Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.086, 2006) y siguientes, aunque estos aún no hubieran sido resueltos.
3. Los acreedores no admitidos o no verificados en los términos del artículo 36 de la Ley N° 24.522 (1995), que hubieran promovido recurso de revisión.

Según Rouillon (2017) los acreedores con derecho a voto además deben estar comprendidos dentro de la clase o categoría correspondiente a la propuesta objeto de impugnación (p. 146).

Diferente es la apreciación que hace Ribichini (2011), quien entiende que si existiera categorización de acreedores u pluralidad de propuestas, no sería necesario que el

impugnante se encuentre dentro de la categoría o categorías cuya propuesta no habrían sido regularmente conformadas. En caso de que se alegue la abusividad de la propuesta sería diferente, puesto que solo podrían plantearla quienes se encuentren concernidos por ella (p. 97).

La ley tampoco restringe los sujetos que pueden presentar objeciones únicamente a los derivados de la resolución del artículo 36 de la Ley N° 24522 (1995), sino que más bien amplía esta posibilidad a todos aquellos que puedan verse afectados por la homologación, por cuanto abarca a los acreedores que se presentaron la verificación tardía, y a aquellos que hayan sido previamente declarados inadmisibles y busquen una revisión de esta decisión.

Por otra parte, no están autorizados a impugnar el acuerdo preventivo ni el deudor ni el síndico. Esto se debe a que el deudor concursado no tiene ningún interés jurídico válido para oponerse a la homologación del acuerdo que ha ofrecido a sus acreedores. El síndico, al ser un órgano del proceso concursal, no tiene un interés personal en el resultado de la aprobación del acuerdo, ya que su función principal es actuar como asesor del tribunal, brindando su opinión y consejo. Tampoco tienen legitimación para impugnar a aquellos que hayan sido excluidos del pasivo computable según las prohibiciones establecidas en el artículo 45 de la ley concursal.

No obsta la legitimación para impugnar el acuerdo el hecho de que los acreedores hubieran prestado conformidad a la propuesta, salvo que la impugnación se refiera a la inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo.

3.3.3. Situación de acreedores privilegiados

La impugnación del acuerdo declarado existente es, en principio, un derecho conferido a los acreedores quirografarios. No obstante, siguiendo nuevamente el enfoque de

Ribichini (2011), en situaciones en las que existan propuestas dirigidas a los acreedores privilegiados, estos también podrán cuestionar la obtención de las mayorías en cada caso (p.97).

Según este autor, una interpretación sistemática del régimen indicaría que estas objeciones sólo serían admisibles cuando el deudor ha condicionado su oferta a los acreedores quirografarios a la obtención de un acuerdo con los acreedores privilegiados. En este escenario, cabría la posibilidad de que los quirografarios objeten la obtención de las mayorías necesarias en las categorías de acreedores privilegiados, aunque no se daría la situación inversa.

3.3.4. Oportunidad

Una vez notificada la resolución que determina la existencia de las conformidades del acuerdo preventivo o la imposición del *cramdown power*, los acreedores con derecho a voto pueden impugnar el mismo por vía incidental, dentro de los cinco días hábiles, a contar desde el día siguiente de su notificación ministerio legis.

Transcurrido este período de tiempo sin que se hayan presentado impugnaciones, la resolución que determina la existencia del acuerdo preventivo quedará firme y se continuará con el proceso de concurso preventivo de acuerdo con la legislación vigente.

3.3.5. Trámite

La decisión del juez concursal de declarar la existencia del acuerdo sólo puede ser cuestionada a través del mecanismo del artículo 50 Ley N° 24.522 (1995), el cual se tramita siguiendo las pautas establecidas en los artículos 280 y siguientes de la misma ley. En otras

palabras, la declaración de existencia del acuerdo por parte del juez sólo puede ser impugnada mediante un proceso incidental.

En ausencia de un procedimiento específico, las objeciones siguen el régimen genérico establecido en los artículos 280 y siguientes de la Ley N° 24.522 (1995). Los participantes en este proceso son el acreedor que presenta la impugnación y el deudor concursado. Además, el síndico debe emitir su opinión una vez que se haya presentado la evidencia pertinente, conforme al artículo 56 penúltimo párrafo de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.086, 2006).

Según la perspectiva de Ribichini (2011), si existieran múltiples impugnaciones, sería apropiado acumular los respectivos incidentes. Esto se debe a que todas ellas tienen el mismo propósito: evitar que el acuerdo sea validado por el juez. Por lo tanto, todas las impugnaciones deberían resolverse en una única sentencia que las acepte (lo que puede resultar en la declaración de quiebra o, en su caso, en la apertura del procedimiento de salvataje establecido en el artículo 48) o que las rechace, permitiendo la homologación del acuerdo (p. 106).

3.3.6. Recursos

Una vez tramitada la impugnación del acuerdo preventivo, si el juez concursal considera que la causal es válida, deberá declarar la quiebra. Si la impugnación se considera inválida, el juez procederá a homologar el acuerdo preventivo.

La decisión sobre si se admite o no la impugnación del acuerdo preventivo puede ser apelada. En el primer caso, la apelación la debe interponer el concursado, mientras que en el segundo caso, el acreedor que presentó la impugnación.

Ciertamente, tanto la sentencia que acepta las oposiciones y declara la quiebra como la que rechaza las impugnaciones y homologa el acuerdo son apelables con efecto devolutivo. En el primer caso, la apelación puede ser presentada por el concursado, y en el segundo caso, por el acreedor que se opuso al acuerdo.

Sin perjuicio de ello, se ha dicho que “la apertura del concurso habilita al tribunal de alzada a un reexamen amplio respecto de la legalidad formal y sustancial del entendimiento objetivo, independientemente de aquellas causales cuya desestimación hubiera sido consentida por los respectivos oponentes” (Ribichini, 2011,p.107).

3.3.7. Causales

Las causales de impugnación del acuerdo que expresa la ley son de tipo taxativas, y no enumerativas, por lo cual no corresponderá impugnar el acuerdo preventivo por un motivo diferente al consignado en la legislación concursal.

Al respecto, Graziabile (2017) ha dicho que:

Las causales son objetivas o subjetivas, las primeras son el error en el cómputo de las mayorías y la falta de representación de los acreedores que concurrieron a formar parte de la mayoría, y la falta de representación de los acreedores que concurrieron a formar la mayoría, las segundas son exageración fraudulenta del pasivo y la ocultación o exageración fraudulenta del activo. (p. 429)

La primera causal referida al error en el cómputo de la mayoría alude a un cálculo incorrecto de la mayoría, lo que podría deberse a un error en las operaciones matemáticas o a

un conteo erróneo de las conformidades recibidas, incluso cuando un acreedor que no tenía el derecho de dar su conformidad lo hizo por error.

La segunda causal referida a la falta de representación de acreedores que concurran a formar mayorías en las categorías alude a situaciones en las cuales no existe o es insuficiente la autorización o el poder presentado por quienes dieron su conformidad en representación de otros acreedores.

Según Ribichini (2011), en ambas situaciones la importancia de este error en el cálculo se evaluará en función de su impacto en la obtención de las dobles mayorías. En caso de que el error aritmético o la falta de poder de un acreedor no afecten la consecución de las mayorías requeridas, la impugnación no tendrá fundamento para prosperar (p. 100).

La tercera causal aborda la posibilidad de una exageración fraudulenta del pasivo, lo que implica la inclusión de acreedores ficticios, ya sea en su totalidad o parcialmente. Esta situación apunta a una falta objetiva de conformidades suficientes en un caso, y en otro caso, se relaciona con la manipulación deliberada del pasivo con el fin de influir en la voluntad de los acreedores para aprobar el acuerdo preventivo.

La cuarta causal es opuesta a la anterior, ya que se centra en situaciones en las que los acreedores han sido engañados debido a una ocultación o exageración fraudulenta de los activos del deudor. En este contexto, es posible que se simule la existencia de respaldo patrimonial inexistente con el propósito de hacer parecer que el acuerdo preventivo cuenta con una garantía aparente.

La última de las causales se refiere a la falta de cumplimiento de los requisitos formales necesarios para la celebración del acuerdo. Estos requisitos se refieren principalmente a las formalidades que deben seguirse para que las adhesiones puedan ser contadas válidamente a favor del concursado. Esto incluye presentarlas por escrito, dentro del plazo establecido por la ley, con el texto de la propuesta, firma certificada de acuerdo con las

regulaciones, y con una fecha posterior a la última propuesta o modificación registrada en el expediente, como lo exige el artículo 45 párrafo 1º de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011).

Ahora bien, si bien entendemos que dichas causales son de tipo taxativo, autorizada doctrina manifiesta que “a despecho del modo adverbial con que se inicia el párr. 2º del art. 50 -”la impugnación solamente puede fundarse en...”- y del tradicional entendimiento taxativo que esa locución le impuso al tratamiento del elenco previsto en ese dispositivo, no tenemos duda de que esa aparente limitación nació ya desbordada al sancionarse la ley 24522” (Ribichini, 2011, p. 104).

El autor en cuestión fundamenta su opinión en el hecho de que el artículo 59 de la Ley N° 19.551 (1972), el antecesor del actual artículo 50, incluía una causal de impugnación que no se reconoce en el nuevo dispositivo. Esta causal hacía referencia a la existencia de "acuerdos entre el deudor y acreedores, violatorios del artículo 44, primer párrafo". El artículo 44 establecía la obligación de que la propuesta contuviera "cláusulas iguales para los acreedores quirografarios", y la violación de esta igualdad podía ser invocada como causal de impugnación.

Según Ribichini (2011), otro obstáculo que cuestiona la taxatividad de las causales de impugnación radica en la inclusión de una disposición que prohíbe al juez homologar una propuesta abusiva o que esté en fraude a la ley (p. 105), pero por nuestra parte consideramos que cabe diferenciar la facultad que posee el juez concursal para impugnar un acuerdo preventivo -cuyas causales entendemos son taxativas- de la facultades homologatorias del magistrado.

CAPÍTULO 4: HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO

4.1. NOCIÓN

Ante la ausencia de impugnaciones o una vez desestimadas las impugnaciones planteadas, el juez concursal debe emitir una sentencia de homologación. Esta sentencia, incluso si no han habido objeciones o si han sido rechazadas, puede ser tanto homologatoria como no homologatoria. En el caso de ser no homologatoria, el juez debe declarar la quiebra del deudor.

Según Cámara (1984), las facultades del juez concursal respecto a la homologación del acuerdo preventivo son de legalidad y de mérito (p. 1100).

Por un lado, el control de legalidad se enfoca en evaluar los aspectos formales del proceso, asegurándose de que se hayan cumplido todas las prescripciones legales a lo largo de las distintas etapas, desde la apertura del concurso hasta la homologación. Esta facultad es entendida por Rouillón (2017) como un control formal y extrínseco, tendiente a verificar que estén cumplidas las formas sustanciales prescritas en la ley respecto a la negociación, aprobación e instrumentación del acuerdo (p. 149).

Por otro lado, el control de mérito se encarga de evaluar la conveniencia del acuerdo en relación al activo, plazos de pago, garantías, capacidad de cumplimiento, entre otras cuestiones de tipo económico. Se trata de un control intrínseco, en virtud del cual el juez debe analizar la posibilidad de cumplimiento del acuerdo y la factibilidad del mismo.

A ello le debemos agregar el control de licitud, el cual a decir de Rouillon (2017) surge de la aplicación de las reglas del derecho común, puesto que el juez tiene la facultad implícita de controlar la licitud de las prestaciones convenidas (p. 149).

Como veremos en los párrafos siguientes, las facultades homologatorias del juez concursal han variado a lo largo del tiempo y han generado entre los autores numerosas

polémicas en lo que respecta al control del mérito y oportunidad, e inclusive de legalidad, del acuerdo sometido a su jurisdicción.

4.2. CONCEPTO

Rouillón (2017) manifiesta que:

La homologación es la aprobación que el juez otorga al acuerdo aprobado por los acreedores. Esa aprobación es condición sine qua non de la validez y exigibilidad del acuerdo preventivo. Sin prestarse esa homologación el acuerdo obtenido en el periodo de exclusividad o en el periodo del art. 48, aquel no obliga ni siquiera a sus firmantes y el concurso fracasa debiendo declararse la quiebra de la concursada. (p. 148)

Para Cámara (1984), quien toma como referencia la definición de la Real Academia Española, la acción de homologar implica que el juez confirma ciertos actos y acuerdos realizados por las partes, para otorgarles firmeza y solemnidad (p. 1090). Esto significa que la homologación judicial le otorga plena autoridad a la voluntad expresada por las partes involucradas.

Sostiene este autor que la labor judicial no se limita únicamente a garantizar el cumplimiento de los aspectos formales y los intereses individuales de las partes intervinientes, sino que también abarca otros aspectos, puesto que más allá de la voluntad estos debe considerar el interés general y la buena fe comercial como elementos relevantes en este proceso.

Graziabile (2017) por su parte manifiesta que la homologación le da imperio al acuerdo preventivo, el cual se vuelve obligatorio para todos los acreedores concursales,

incluso para quienes no adhirieron a la propuesta (p. 430). Es decir, que la homologación judicial convierte el acuerdo preventivo en un mandato legal que vincula a todos los acreedores que forman parte del proceso, incluso aquellos que no estaban de acuerdo con los términos de la propuesta.

En síntesis, podemos decir que la homologación es el acto por el cual el juez concursal confirma y otorga validez al acuerdo aprobado por los acreedores, convirtiéndolo en un mandato legal que obliga a todos ellos, e incluso a aquellos que no estuvieron de acuerdo con la propuesta original.

4.3. TERMINOLOGÍA

El concepto de homologación se introdujo en la legislación nacional a través de la Ley N° 24.522 (1995). A lo largo de la historia de la legislación concursal, las leyes han empleado diferentes términos para referirse a la función del juez de validar el plan aprobado por los acreedores, utilizando expresiones como confirmación, certificación, homologación, aprobación judicial, entre otras. A pesar de las variaciones en la terminología, los efectos y consecuencias de la resolución dictada por el juez siempre han sido, en esencia, los mismos.

4.4. FACULTADES HOMOLOGATORIAS DEL JUEZ

Según el artículo 52 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002) no deducidas impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla siempre que la propuesta no sea abusiva o en fraude a la ley; si se trata en el cual hubo

categorización de acreedores quirografarios y pluralidad de propuestas a las respectivas categorías, debe homologarlo cuando se hubieran obtenido las mayorías del artículo 45 o, en su caso, las del art. 67; excepcionalmente podrá imponer el mismo si se dan los requerimientos establecidos en el artículo 52 inciso 1 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002) .

Conforme Rouillon (2017), amén de la reforma de la Ley N° 25.589 (2002) a la ley concursal, el juez debe realizar un análisis formal y extrínseco del acuerdo preventivo, a fin de controlar que estén cumplidas las formas sustanciales previstas en la ley para su negociación, aprobación e instrumentación del mismo; y por aplicación de las reglas del derecho común, también debe controlar la licitud de las prestaciones convenidas (p. 148).

Según Graziabile (2017), en virtud de los incisos 1, 2 y 4 reformados por la Ley N° 25.589 (2002), al control de legalidad formal contenido en el art. 52 originario de la Ley N° 24522, se le incorpora un control de legalidad sustancial limitado (p. 434).

Por su parte, Vítolo (2019) expresa que la autoridad jurisdiccional se encuentra limitado al control de legalidad en cuanto al cumplimiento de las exigencias formales y sustanciales para la existencia del acuerdo preventivo (p. 230).

En definitiva, y más allá de la terminología propia de cada autor, se entiende que el juez concursal en la actualidad debe controlar tanto las formas exigidas por la ley, como así también que las mismas sean lícitas con el ordenamiento en general, no teniendo facultad para realizar un análisis del mérito u oportunidad del acuerdo preventivo.

4.5. ANTECEDENTES

4.5.1. Introducción

Como adelantamos, las facultades homologatorias del juez han variado a lo largo de los años, pasando del privatismo al publicismo y viceversa. A través del mismo el juez concursal cumple con el cometido de realizar un análisis de validez formal y legal al contenido del plan y también en algunas leyes lo relativo a la factibilidad de cumplimiento o análisis del mérito y conveniencia del plan.

Ciertamente, las normas de corte privatista no dejan margen al juez para analizar el contenido del acuerdo (de factibilidad o conveniencia) y lo que resuelve la junta o el régimen de mayorías debe ser convalidado por el juez.

En otros casos aun habiendo alcanzado las mayorías necesarias, el juez puede negarse a homologar el acuerdo si consideran que es de imposible cumplimiento, por lo cual devienen en un carácter más publicista.

A continuación veremos cómo han ido evolucionando las facultades del juez concursal.

4.5.2. Ley N° 4.156

Bajo la Ley N° 4.156 (1902) el juez no podía negar su aprobación a un acuerdo conformado por los acreedores y no objetado por estos, a menos que advirtiera alguna violación a las formalidades legales exigibles; dicho en otras palabras el juez concursal realizaba un control de legalidad meramente formal, en donde cumplida las formas por parte de los interesados, debía proceder a homologar el acuerdo.

Así el artículo 21 decía expresamente que en la junta de acreedores:

Se levantará un acta de la sesión con expresión de los acreedores presentes y de su voto, que será firmada por el Juez y puesto en secretaría a disposición de los

acreedores por ocho días. Para que el concordato se considere aceptado se necesitará que voten en su favor dos tercios de acreedores presentes que representen setenta y cinco por ciento de los créditos verificados ó viceversa.

El artículo 23 indicaba que:

Dentro de los ocho días á que se refiere el artículo 21, los acreedores que no hubieran concurrido á la junta, ó los que hubieran votado en contra, podrán impugnar el concordato aprobado, por alguno de los siguientes vicios: 1° Falta de personería de los acreedores ó de sus representantes, que hayan concurrido á formar mayoría. 2° Inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o más acreedores. 3° Exageración fraudulenta de los créditos para formar mayoría de capital.

Finalmente, el artículo 25 agregaba que:

Si durante los ocho días á que se refiere el artículo 21 no se hiciera oposición al concordato aprobado ó si fuese consentido el auto que no hace lugar á la oposición, ó si apelado fuera confirmado por el superior, el Juez declarará aprobado el concordato y previo pago de costas, dará por terminado el juicio. El auto que apruebe o desapruebe el concordato será apelable en caso de no haberse observado las formalidades que en esta ley se establecen.

En definitiva, la ley N° 4.156 (1902) fue de tipo privatista e implantó el sistema de la voluntad de la mayoría de los acreedores, considerándolo como el fundamento y guía de todo

el procedimiento de quiebra. La facultad del juez de homologar el acuerdo preventivo quedaba fuertemente limitada por la voluntad de los acreedores.

4.5.3. Ley N° 11.719

Según la Ley N° 11.719 (1933) el juez podía negar la aprobación del acuerdo, aunque no se hubiera deducido oposición al concordato, en los casos previstos en el viejo artículo 38 o cuando estimase que las bases aceptadas por la mayoría son gravosas para el interés general.

Dicho artículo expresamente ordenaba:

Aunque no se hubiera deducido oposición al concordato, el juez le negará su aprobación en los casos previstos por el artículo 38, o cuando estimase que las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general. La circunstancia de haber celebrado el deudor un concordato anterior, será contemplada por el juez, para apreciar la conducta del peticionante, al pronunciarse sobre la obligación del concordato. La resolución que recayera en los casos previstos por este artículo y por el precedente, será apelable en relación.

A su vez el artículo 38 enumera las siguientes causales:

1° No haberse observado las formas esenciales para la celebración del concordato; 2° Falta de personería o falsa representación de acreedores que hubieran concurrido a formar mayoría; 3° Exageración fraudulenta de los créditos para formar mayoría de

capital; 4º Haber ocultado o disimulado fraudulentamente parte del activo; 5º Inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o más acreedores.

Ello nos lleva a inferir que en razón de la Ley N° 11.719 (1993) el juez concursal podía invocar de oficio las causales de impugnación del acuerdo preventivo, y además de negar la homologación -es decir, la aprobación en palabras de la ley- aun en ausencia de oposición al concordato, cuando estimase que las bases aceptadas por la mayoría son gravosas para los demás.

En síntesis, esta ley procuraba dar al juez la facultad de analizar el acuerdo, a fin de proteger los intereses de los acreedores minoritarios, que se consideraban ahora bajo su tutela.

4.5.4. Ley N° 19.551

La Ley N° 19.551 (1972) en su artículo 61 le exigía al juez tener en cuenta al momento de homologar el acuerdo preventivo una serie de criterios de valoración, determinar la conveniencia económica del acuerdo, lo que en palabras de Ribichini (2011)“no pasaba de un azaroso ejercicio adivinatorio desbordante de incertidumbre, escenario que constreñida al jugador a no desaprobado lo que ya habían conformado los acreedores” (p. 111).

Así el artículo 61 de la Ley N° 19.551 (1972) establecía que:

No deducidas impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada, en la que valora: 1) Su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general; 2) Su conveniencia económica respecto de la

conservación de la empresa y la protección del crédito; 3) Las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlos; 4) La existencia de causales de impugnación no invocadas. 5) Si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva; 6) La suficiencia de la contabilidad y documentación para informar con claridad los actos de gestión y la situación del concursado.

En definitiva, en el régimen de la Ley N° 19.551 (1972), el juez realizaba dos tipos de controles. Por un lado, realizaba un control de formalidad, debiendo examinar y valorar si los requisitos legales de promoción del concurso y pasos posteriores habían sido satisfechos, sin que dicho control se encontrara limitado a la mera verificación del cumplimiento de los aspectos formales de la presentación; y por otro un juicio de mérito, debiendo en esta etapa valorar si el proyecto de concordato merecía su acuerdo y consecuente homologación.

4.5.5. Ley N° 24.522

Mediante la Ley N° 24.522 (1995) se reemplazó al artículo 61 de la Ley N° 19.551 (1972) por el artículo 52, en virtud del cual se pasó de una serie de pautas que el juez concursal debía considerar al momento de evaluar el acuerdo, a un texto que ordenaba al juez homologar el acuerdo preventivo ante el rechazo de las impugnaciones o de la ausencia de ellas.

Con la Ley N° 24.522, el acuerdo concursal quedaba asimilado a la transacción de los procesos individuales. Si bien se llegaba a la homologación a través de una sentencia, esta no resultaba ser una sentencia valorativa, sino que tenía como efecto reconocer la

existencia del acuerdo y hacerlo exigible; sólo le otorgaba autoridad plena a la voluntad privada, se hacía un control de legalidad meramente formal. (Graziabile, 2017, p. 432)

Diferente era la opinión de autores como Ribichinni (2011) quien interpretó que el juez podrá negar la homologación del acuerdo privado aplicando las reglas del ordenamiento jurídico en general, por la violación de los artículos 953 y 1071 del Código Civil y Comercial (2014), en virtud del cual él -y a pesar de que el juez no tenía facultad para evaluar el mérito u oportunidad del acuerdo- si podía evaluar su legalidad (p.113).

Posteriormente, la Ley N° 25.589 (2002) modificó el artículo 52 de la ley concursal, atribuyéndole al juez la posibilidad de no homologar una propuesta abusiva o fraudulenta, por lo cual la discusión doctrinaria antes expresada quedó abstracta. Conforme la legislación vigente no quedan dudas de que el juez debe realizar un control formal del acuerdo preventivo, y además un control de legalidad.

También se incluyó con esta modificación la posibilidad del *cramdown power*, en virtud del cual el juez está facultado a imponer el acuerdo preventivo aunque no se hubieran logrado las mayorías en todas las categorías.

4.6. PRESUPUESTOS

La homologación del acuerdo está sujeta a la condición de que este no sea abusivo ni constituya un fraude a la ley. Como mencionamos previamente, esta decisión judicial, incluso en ausencia de objeciones o tras el rechazo de las mismas, puede tomar dos formas: la homologación o la no homologación. Y en el caso de una sentencia no homologatoria, se debe declarar la quiebra del deudor.

En este contexto, el artículo 52 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) establece que si no se presentan impugnaciones en el plazo correspondiente o si estas son rechazadas, el juez debe tomar una decisión con respecto a la homologación del acuerdo. Si se trata de una única propuesta, aprobada por la mayoría requerida por la ley, el juez procederá a homologarla. Sin embargo, cuando se trata de un acuerdo que involucra la categorización de acreedores quirografarios y múltiples propuestas, la situación es más compleja, como lo veremos en los párrafos siguientes.

Cuando nos referimos al abuso de derecho o al fraude a la ley, estamos ante lo que Rivera y Medina (2014) llaman principios o estándares (p. 86). Estos conceptos son considerados principios generales del derecho y están establecidos tanto en la legislación especializada como en el Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente en los artículos 10 y 12 (2014).

4.6.1. Abuso del derecho

El abuso del derecho es una regla de derecho común, incorporado en el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), el cual dispone que el ejercicio de un derecho no puede constituir como ilícito ningún acto, contrariar los fines del ordenamiento jurídico, ni exceder los límites de la buena fe la moral y la costumbre.

Rivera y Medina (2014), siguiendo a Llambías y en consonancia con lo establecido en el artículo 1071 del Código Civil (1968), entienden que para determinar el ejercicio abusivo de un derecho existe un doble criterio. El primero, de tipo más específico, se refiere a la naturaleza misma del derecho ejercido. El segundo, de alcance más amplio, implica que el orden legal debe estar subordinado a consideraciones morales (p. 86).

Graziabile (2017), siguiendo a Porcelli, sostiene por su parte que en el ámbito concursal, el concepto de abuso del derecho está vinculado a la libertad en las negociaciones del acuerdo, a las cláusulas presentes en el mismo y a la razonabilidad de las mismas (p.435).

En otras palabras, una propuesta se considera abusiva cuando el deudor impone sus condiciones y términos de manera unilateral, aprovechándose de su posición dominante para influir en las mayorías.

En este escenario, las obligaciones pactadas en el acuerdo dependen exclusivamente de la voluntad del deudor y no resultan de un consenso necesario que garantice un equilibrio de intereses, algo fundamental en cualquier solución para revertir la crisis y proteger los derechos de todas las partes afectadas.

4.6.2. Fraude

El caso del fraude a la ley plantea una situación diferente a la del abuso del derecho. El art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) lo define como la invocación de un texto legal, que persigue un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa.

Según Rivera y Medina (2014), la noción de fraude a la ley involucra tanto un factor objetivo como uno subjetivo. El factor objetivo se refiere a la realización de actos individualmente válidos que, en conjunto, resultan en una situación prohibida por la normativa legal. Por otro lado, el factor subjetivo implica la intención deliberada del agente de eludir la norma que prohíbe dichos actos (p. 90).

En el contexto concursal, Graziabile (2017) sostiene que esto sucede cuando el deudor adquiere -o en palabras de este autor, “compra”- créditos o conformidades de los acreedores con el propósito de reunir la mayoría necesaria, a costa de empeorar la situación de la minoría (p. 436).

4.7. HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO CON PLURALIDAD DE PROPUESTAS DIFERENCIADAS

Si el juez considera un acuerdo en el cual exista una categorización de acreedores quirografarios, y en consecuencia, de propuestas en cada categoría, el juez debe homologar el acuerdo cuando tuviera la mayoría en todas y cada una de sus clases, como lo ordena el artículo 45 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011); si estas mayorías no se obtienen en todas y cada una de las clases, en principio se debe entender que el concurso ha fracasado, y el juez deberá declarar la quiebra sin más trámite.

Ahora bien, dicho artículo también establece que el juez deberá homologar el acuerdo si se alcanzan las mayorías del artículo 67 del mismo cuerpo legal. En palabras de Rouillón (2017) se trata un caso excepcional de compensación de conformidades y disidencias entre diferentes categorías, cuando no se hubiera alcanzado la mayoría en todas estas (p. 121).

Esta solución es aplicable en los concursos en caso de agrupamiento, con propuestas que traten unificadamente el pasivo y categoricen a los acreedores, se permite compensar los excedentes de conformidades logradas en cortas categorías con los déficit de aprobaciones en otras de ellas, calculando los porcentajes respectivos sobre capital computable (y no sobre número de personas).

De tal forma que aunque el acuerdo resultara desaprobado en alguna de las categorías se considerará aprobado si en ninguna de ellas se hubiera obtenido menos del 50% de aprobaciones del capital de la clase y la suma de todas las conformidades representase el 75% del capital computable.

4.8. MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO

En la resolución de homologación, el juez deberá determinar las medidas necesarias para el cumplimiento del acuerdo preventivo homologado. Tal es así que en su primer y segundo párrafo, la ley prescribe que el juez debe disponer de oficio las medidas judiciales necesarias para su cumplimiento y que en caso de que consista en la reorganización de la sociedad deudora o en la constitución de sociedad con los acreedores o alguno de ellos, también debe disponer las medidas conducentes para su formalización y fijar plazo para su ejecución. Dichas pautas, a decir de Graziabile (2017), son innecesarias, ya que en dichas circunstancias, si no está dispuesto en el acuerdo, el juez debe determinar la forma y el plazo en que se formalizara la reorganización societaria (p. 441).

En lo que respecta al plazo para que el tercero pague el importe correspondiente al valor de la participación de los socios de la concursada existe una incongruencia entre el artículo 53 Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) y el artículo 48 Ley N° 24.522 (artículo incorporado por la Ley N° 25.589, 2002).

Por un lado el primero ordena que:

En el caso previsto en el artículo 48, inciso 4, la resolución homologatoria dispondrá la transferencia de las participaciones societarias o accionarias de la sociedad deudora al ofertante, debiendo éste depositar judicialmente a la orden del juzgado interviniente el precio de la adquisición, dentro de los tres (3) días de notificada la homologación por ministerio de la ley.

Mientras que el segundo manda que:

Una vez determinado judicialmente el valor indicado en el precedente párrafo, el tercero puede: i) Manifestar que pagará el importe respectivo a los socios, depositando en esa oportunidad el veinticinco por ciento (25%) con carácter de garantía y a cuenta del saldo que deberá efectivizar mediante depósito judicial, dentro de los diez (10) días posteriores a la homologación judicial del acuerdo, oportunidad ésta en la cual se practicará la transferencia definitiva de la titularidad del capital social; o, ii) Dentro de los veinte (20) días siguientes, acordar la adquisición de la participación societaria por un valor inferior al determinado por el juez, a cuyo efecto deberá obtener la conformidad de socios o accionistas que representen las dos terceras partes del capital social de la concursada. Obtenidas esas conformidades, el tercero deberá comunicarlo al juzgado y, en su caso, efectuar depósito judicial y/o ulterior pago del saldo que pudiera resultar, de la manera y en las oportunidades indicadas en el precedente párrafo (i), cumplido lo cual adquirirá definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social.

En estos casos, se ha entendido que hasta tanto una reforma legislativa no unifique el criterio, corresponderá al juez determinar cuál es el plazo aplicable. Pero si el tercero o el acreedor no depositare el precio de la adquisición en el plazo ordenado, el juez declarará la quiebra, perdiendo este acreedor o deudor el depósito efectuado, el que pasará a formar parte integrante del activo.

Según Graziabile (2017), como consecuencia de la libertad que otorga la legislación concursal al deudor al momento de llegar a una propuesta concordataria, las medidas tendientes al cumplimiento del acuerdo preventivo resultan innumerables (p.441).

4.9. EFECTOS DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO

4.9.1. Novación

El artículo 55 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley 25589, 2002) dispone que, en cualquier situación, la homologación del acuerdo conlleva la novación de todas las obligaciones que tengan origen o causa previa al concurso. Siguiendo la interpretación de Rouillon (2017), este efecto se aplica a las obligaciones del deudor que, al estar contempladas las propuestas de acuerdo aprobadas y homologadas, se consideran sustituidas por las correspondientes prestaciones concordatarias (p. 155).

Es importante destacar que no se produce una novación de las obligaciones previas al concurso que no estén abarcadas por los efectos del acuerdo homologado. Esto es especialmente relevante en el caso de los créditos privilegiados cuando no existe un acuerdo específico dirigido a ellos.

Por lo general, el efecto novatorio es irreversible. Esto implica que, en caso de incumplimiento del acuerdo preventivo, el acreedor cuyo crédito fue novado y no satisfecho, participará en la quiebra subsiguiente resultante de ese incumplimiento con la nueva deuda generada por el acuerdo homologado. En otras palabras, este acreedor no recupera los derechos que tenía antes del concurso preventivo.

De manera excepcional, en ciertos casos de nulidad del acuerdo homologado -de lo cual nos ocuparemos en el capítulo siguiente- como lo establece el artículo 62 inciso 2 (1995), los acreedores pueden recuperar los derechos que tenían antes de la apertura del concurso, a menos que se les haya pagado la totalidad de lo estipulado en el acuerdo homologado. En caso de que hayan recibido un pago parcial, tienen derecho a cobrar una proporción igual a la parte no cumplida.

“El acuerdo homologado al producir la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso (salvo las del fiador o del codeudor solidario) implica un corte definitivo hacia atrás y viabiliza el saneamiento de la empresa y el salvataje empresario” (Escuti y Junyent Bas, 2006, p. 431).

En resumen, el acuerdo homologado da por terminado cualquier crédito anterior a la presentación del concurso, dando nacimiento a otros derivados del concordato. Es importante destacar que la novación sólo afecta a las obligaciones incluidas en el acuerdo.

Es importante distinguir entre la novación regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) como una causa de extinción de las obligaciones y la novación concursal regulada en el artículo que estamos discutiendo. La novación concursal tiene sus propios requisitos y está específicamente regulada en la ley concursal. Esto permite a los acreedores ejercer sus derechos, al tiempo que brinda al deudor la oportunidad de liberarse de sus obligaciones al cumplir con lo acordado en el concordato.

4.9.2. Alcance a los fiadores y a los codeudores solidarios

El artículo 55 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25.589, 2002) en su última parte establece que la novación concursal no extingue las obligaciones del fiador ni de los deudores solidarios, lo que significa que el contenido del acuerdo no los beneficia. Sin embargo, siguiendo a Raspall y Raspall (2014), el deudor concursado con acuerdo homologado si queda liberado respecto de sus fiadores o codeudores solidarios a quienes adeuda únicamente el contenido del plan (p.376).

Vitolo (2019) argumenta que la razón detrás de esta disposición, que altera los efectos tradicionales de la novación, radica en el hecho de que los fiadores y deudores solidarios asumieron sus obligaciones en su forma y contenido originales; por lo tanto, la modificación

de la obligación original a través de un acuerdo preventivo no implica que los acreedores otorguen una remisión parcial de la deuda (p. 235).

Ello es así ya que la modificación de los alcances de la obligación principal del acuerdo aprobado no importa una concesión *animus donandi* si no un efecto propio contenido en la ley concursal.

4.9.3. Aplicación a todos los acreedores

El acuerdo se aplica a todos los acreedores quirografarios con obligaciones previas a la presentación en el concurso, independientemente de si participaron o no en el proceso. Esto incluye incluso a los acreedores privilegiados que hayan renunciado a su privilegio de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.086, 2006).

Rouillon (2017) argumentó que los efectos del acuerdo preventivo homologado se extienden a todos los acreedores, y es fundamental mantener la igualdad entre ellos, sin importar cuándo fueron reconocidos en comparación con otros acreedores (p. 158).

Ello en virtud de que el acuerdo preventivo homologado también se extiende a los acreedores que inicialmente solicitaron la verificación de sus créditos dentro del plazo establecido pero fueron declarados inadmisibles, y posteriormente obtuvieron una sentencia favorable después de recibir los pagos concordatarios.

También se aplica a los acreedores que presentaron solicitudes de verificación después de que venció la cuota concordataria, pero lograron obtener una sentencia firme a su favor después de que se realizara dicho pago.

A su vez, si el acuerdo contempla condiciones diferentes para diferentes clases de acreedores, a cada acreedor tardío se le aplicarán las condiciones correspondientes a la clase de acreedores que sea más afín a su situación.

4.9.4. Socios solidarios

Cuando la concursada es una sociedad con socios ilimitada y solidariamente, estos en principio se benefician igual que aquella por el logro del acuerdo preventivo, por lo cual su responsabilidad se extiende respecto del pasivo concursal hasta el importe novado, salvo acuerdo en contrario.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIÓN Y DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO

5.1. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

Según lo establecido en el artículo 70, párrafo 1° de la Ley N° 19.551 (1972), el concurso finalizaba "una vez cumplido totalmente el acuerdo". Solo entonces se emitía formalmente la declaración de conclusión del concurso, se levantaba la inhibición general de bienes que se había impuesto conforme al artículo 66 de la Ley N° 19.551 (1972), se eliminaban las restricciones a la administración que habían estado vigentes desde el inicio del proceso y que incluso se habían mantenido después de la homologación, y se daba por terminada la labor del síndico.

“La Ley N° 24.522 innovó al respecto, escindiendo la conclusión del concurso del cumplimiento del acuerdo en el art. 59” (Ribichini, 2011, p. 198). Tal es así que el primer párrafo de dicho artículo estipula que homologado el acuerdo y tomadas y ejecutadas las

medidas tendientes a su cumplimiento, el juez concursal debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico.

Conforme a Rouillon (2017), este mandato debe entenderse con las siguientes particularidades (p. 165). En primer lugar, es necesario establecer las garantías que se han prometido con el fin de asegurar el cumplimiento del acuerdo preventivo. Además, se deben tomar y ejecutar las medidas indicadas en el artículo 53 de la Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 25589). Por último, se procede a la renovación de la inhibición general de bienes de la concursada, la cual se extiende por el período acordado para el cumplimiento del acuerdo preventivo, a menos que exista un acuerdo en contrario.

Dictada la resolución que da por concluido el concurso -y antes de la declaración de cumplimiento del acuerdo- cesa la intervención del síndico, y dejan de aplicarse las restricciones de la administración contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011).

Durante el período de cumplimiento del acuerdo, se aplica lo estipulado en el mismo concordato, según lo dispone el régimen de administración *ad hoc* establecido en el artículo 45 párrafo 4 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley 26.684, 2011).

Por su parte, el comité definitivo de acreedores actúa como supervisor del acuerdo y tiene la facultad de solicitar la declaración de quiebra ante el mismo juez del concurso en caso de incumplimiento por parte del deudor, como veremos más adelante.

A su vez, las demandas pendientes presentadas por los acreedores deben continuar su proceso ante el juzgado concursal o el tribunal de apelación correspondiente, con la participación del síndico si es necesario. Naturalmente, cualquier solicitud del deudor durante la fase de cumplimiento que implique la realización de actos que excedan las restricciones impuestas por la inhibición general debe ser presentada al juez del concurso, con la participación del comité de acreedores del acuerdo.

Siguiendo la opinión de Raspall y Raspall (2014), esta conclusión del proceso principal no afectará a los incidentes en curso ni a las cuestiones planteadas después de la conclusión (p. 379). Esto se debe a que lo que se cierra es simplemente el proceso para alcanzar el acuerdo o el cierre del procedimiento principal, más no todos aquellos incidentes relacionados ni las cuestiones que se planteen posteriormente.

Efectivamente, también persiste el estado de concurso del deudor, ya que sus efectos sólo culminan con la declaración de cumplimiento del acuerdo.

5.2. DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO

Los últimos dos párrafos del artículo 59 de la Ley N° 24.522 (1995) prescriben la forma en la que se declarará cumplido el acuerdo y disponen la inhibición del deudor para una nueva presentación concursal. Como indica Graziabile (2017) esto impide que el deudor pueda iniciar nuevamente un proceso de concurso preventivo ya sea mediante una presentación directa o a través de la conversión por el término de un año.

La declaración de cumplimiento del acuerdo será declarado por el juez que intervino en el concurso, a pedido del deudor, y previa vista al comité de control o síndico. Se entiende entonces que el deudor debe respaldar su solicitud con la documentación pertinente que demuestre que ha cumplido con los pagos requeridos para satisfacer los créditos de los acreedores incluidos en el acuerdo preventivo homologado, en la medida de lo establecido en el acuerdo.

En resumen, una vez que el deudor ha cumplido con el acuerdo, debe solicitar al juez concursal la declaración de cumplimiento del mismo, y a partir de esa fecha, se inicia el período de un año en el que el deudor no puede presentarse nuevamente en concurso ni solicitar la conversión a quiebra, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Ley N°

24.522 (1995). Esta restricción tiene como objetivo prevenir un uso abusivo de los procedimientos preventivos.

Finalmente, la declaración de cumplimiento del acuerdo pone fin a los efectos del concurso preventivo, tanto en términos procesales como sustanciales, marcando el cese del estado de cesación de pagos.

5.3. PERIODO DE INHIBICIÓN

El artículo 59 de la Ley N° 24.522 (1995) en su último párrafo establece que 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, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo.

El período de inhibición, como se menciona en el artículo, es de un año, a menos que el acuerdo preventivo estipule un plazo diferente. En otras palabras, durante ese período de un año, el deudor no puede iniciar un nuevo concurso preventivo ni solicitar la conversión de su concurso actual en quiebra, a menos que exista un acuerdo expreso en contrario en el acuerdo preventivo.

La razón detrás de este período de inhibición es evitar el uso abusivo del proceso concursal. Cuando un deudor ha obtenido un acuerdo preventivo y se ha comprometido a cumplir con sus términos, se le prohíbe buscar protección adicional a través de un nuevo concurso o la conversión a quiebra durante un período razonable. Esto permite que el deudor cumpla con sus obligaciones de acuerdo con el acuerdo previamente aprobado.

Sin embargo, es importante destacar que, como se menciona en el artículo, si el acuerdo preventivo prevé un plazo de inhibición diferente o permite al deudor solicitar la

conversión de la quiebra antes de que se cumpla el año, entonces el período de inhibición será el establecido en el acuerdo.

No obstante ello, en situaciones económicas o comerciales en constante cambio, un plazo fijo de inhibición puede ser un obstáculo. Las condiciones económicas pueden mejorar o empeorar significativamente durante ese período, y el plazo de inhibición podría no reflejar adecuadamente la realidad de la empresa.

Ciertamente, en ocasión de tratar la modificación del acuerdo preventivo homologado, este artículo cobrará fundamental importancia. Ello es así puesto que ante el incumplimiento del acuerdo preventivo homologado, el deudor tampoco podrá volver a solicitar su concurso preventivo o convertir la declaración de quiebra en un concurso preventivo, atento a la vigencia del periodo de inhibición. Va de suyo que una hipotética modificación de la ley concursal en este sentido, debería incluir también una modificación a este artículo 63.

CAPÍTULO 6: NULIDAD DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO

6.1. NOCIÓN

Nuestra norma ordena decretar la nulidad del acuerdo preventivo homologado y en consecuencia la declaración de quiebra del deudor, ante determinadas circunstancias, según lo establecido en los artículos 60 y 61 de la Ley N° 24.522 (1995).

La naturaleza de la declaración de nulidad en el contexto del acuerdo preventivo ha sido objeto de debate. Algunos argumentan que se trata de un instituto propio del derecho civil, mientras que otros lo entienden como un instituto del derecho concursal. Por otra parte también se discute si corresponde tratarlo como una figura del derecho procesal o del derecho sustancial.

Graziabile (2017) sostiene que, aunque el acuerdo preventivo es un acto jurídico, su régimen de nulidad difiere de estos (p. 451). Según Cámara (1984), la acción de nulidad se utiliza como un medio para impugnar la sentencia y eliminar sus efectos, de manera similar a lo que se lograría mediante el instituto de la revocación procesal ordinaria (p. 1246).

Desde nuestra perspectiva, consideramos que se trata de una declaración de nulidad de naturaleza sustancial; y aunque involucra elementos del derecho general, como los vicios de los actos jurídicos, estos conceptos son incorporados en el ordenamiento concursal con sus características particulares.

Así pues:

La nulidad supone la existencia, en el acuerdo, de un vicio sustancial al momento de su formación. Pero mientras para el derecho común un contrato puede ser anulado por error, violencia, o dolo, de estos tres vicios del consentimiento sólo este último es causa de nulidad del acuerdo preventivo. (Vitolo, 2019, p. 237)

A su vez, se requiere que el dolo haya consistido en simulación del activo o en exageración del pasivo y que haya sido descubierto después de la presentación de la conformidad con el acuerdo o después de que haya vencido el plazo de impugnación.

Explica Rouillon (2017) que la pretensión de invalidar un acuerdo que ha sido homologado equivale a impugnar una sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada (p. 166). Por lo tanto, solo las causales que involucran una conducta dolosa, como se especifica en el segundo párrafo de este artículo, pueden dar lugar a esta anulación, excluyendo los errores u otras razones que carezcan de intención dolosa.

6.2. LEGITIMACIÓN

Cualquier acreedor incluido en el acuerdo preventivo está legitimado para plantear la impugnación del acuerdo preventivo. Se puede presentar una impugnación al acuerdo preventivo si se ha sido declarado como acreedor verificado y admitido, sin importar si esta declaración aún no es definitiva debido a la existencia de un recurso de revisión pendiente. Además, no es relevante si el acreedor ha otorgado o no su conformidad al acuerdo, ni si se encuentra excluido de votar en virtud de alguna circunstancia.

Se excluye sin embargo a aquellos que no han sido admitidos -por más que hubieran deducido revisión- y a los verificantes tardíos que no hubieran logrado su inclusión. Esto también deja afuera a los que optaron por continuar con el juicio de conocimiento, y no han obtenido el reconocimiento de título verificadorio procurado en esa sede contenciosa originaria. También se excluye a los privilegiados, a menos que exista un acuerdo para ellos y enderezarse la impugnación contra aquel.

Naturalmente carecen de legitimación propia el síndico, los controladores del acuerdo, y el propio deudor; el juez tampoco puede declarar esta nulidad de oficio.

6.3. PLAZO

El acuerdo puede ser declarado nulo dentro de los seis meses, a contar desde el auto que dispone la homologación del acuerdo. Naturalmente, dicho plazo se empieza a contar una vez que el acuerdo ha quedado firme, lo que implica esperar a que transcurra el plazo para presentar apelaciones.

6.4. CAUSALES

Las causales que habilitan la nulidad del acuerdo homologado implican que el deudor manipuló de manera dolosa las cifras del activo o del pasivo consideradas por los acreedores al momento de prestar o no su conformidad al acuerdo.

Son causales de nulidad el dolo para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar activo, siempre que esto haya sido descubierto después del plazo establecido por la ley para la impugnación del acuerdo homologado.

Estas causales de impugnación, como manifestamos anteriormente, deben ser descubiertas después de vencido el plazo del artículo 50 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002) referido a la impugnación del acuerdo preventivo que aún no ha sido homologado.

6.4.1. Dolo empleado para exagerar el pasivo

El dolo empleado para exagerar el pasivo es una conducta equivalente a la causa de oposición prevista en el artículo 50 inciso 3 de la Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 25589, 2002). Supone la intervención de acreedores total o parcialmente falsos que han sido erigidos como tal mediante una maniobra fraudulenta del deudor, siendo dicha intervención relevante a los efectos del cómputo de las mayorías.

De acuerdo con Ribichini (2022), esto puede analizarse desde un enfoque dual (p. 211).

En primer lugar, se refiere a una falta objetiva de conformidades suficientes una vez que se elimina o se excluye la influencia del pasivo creado de manera fraudulenta. Por lo tanto, no sería suficiente demostrar una complicidad fraudulenta entre el deudor y el acreedor que haya originado dicha deuda maliciosa, sino que también la conformidad otorgada por ese

acreedor debe ser relevante en el momento de constituir las mayorías requeridas por la ley para aprobar el acuerdo preventivo.

Por otro lado, se considera la influencia que ha tenido el aumento del pasivo sobre la voluntad de los acreedores al aprobar el acuerdo. En este caso no es necesario que los acreedores falsos hayan otorgado su conformidad al acuerdo. Lo crucial es la manipulación de la voluntad de los acreedores para que acepten el acuerdo debido a la reducida perspectiva de recuperación que plantea la alternativa de la quiebra.

Es cierto que esta segunda modalidad de impugnación requiere un esfuerzo probatorio mayor, ya que a decir de este autor, mientras que en la primera modalidad se debe demostrar que la conformidad otorgada por el falso acreedor fue determinante para obtener las conformidades necesarias, en la segunda modalidad es necesario demostrar que la inclusión del crédito falso indujo a error a los verdaderos acreedores respecto a las verdaderas perspectivas de recuperación. En esencia, se trata de probar que los acreedores, al conocer la situación real del pasivo, no habrían aprobado el acuerdo si hubieran tenido esa información.

Por su parte Graziabile (2017) apunta que, atento a que sólo puede invocarse el dolo como causal, y que en él se pueden subsumir el fraude, los otros vicios como el error y la violencia quedan subsanados mediante el auto regulatorio (p. 452).

6.4.2. Dolo empleado para ocultar o exagerar el activo

La causal guarda identidad con el art. 50 inc. 4; y una vez más corresponde analizar este inciso desde dos perspectivas.

Por un lado, implica la ocultación deliberada por parte del deudor concursado de una parte sustancial de sus activos o la subvaloración significativa e injustificada de los mismos. El propósito de estas acciones es desalentar a los acreedores al darles una expectativa de

cobro más baja de la que realmente podrían obtener en caso de quiebra. Esto, a su vez, lleva a los acreedores con derecho a voto a aceptar una propuesta a la que no se hubieran adherido si conocieran la verdadera situación.

La maniobra inversa implica la simulación de un respaldo patrimonial inexistente al incluir activos que no pertenecen al deudor o valorar en exceso sus propios bienes, con el propósito de crear la apariencia de una garantía financiera que en realidad no existe.

No obstante, es importante resaltar que estas acciones no son simples errores o descuidos, sino que constituyen un grave y premeditado falseamiento de la información. Ello es así porque el propósito de este engaño es inducir a error a los acreedores, por lo que la ley requiere que esta distorsión sea intencionada, es decir, que involucre dolo por parte del deudor concursado.

6.4.3.Reconocer o aparentar privilegios inexistentes

Esta causal no tiene un equivalente en el artículo 50. Por un lado, implica exagerar el pasivo al otorgar fraudulentamente garantías reales a ciertas acreencias, lo que aumenta su incidencia en el análisis que los acreedores quirografarios hacen al considerar la propuesta de acuerdo preventivo. Por otro lado, oculta el pasivo al sustraer los activos afectados que podrían ser utilizados en beneficio de esos acreedores en caso de liquidación, lo que los induce a otorgar su conformidad de manera engañosa.

6.5. TRÁMITE Y EFECTOS

Existe consenso generalizado respecto que ante la falta de un trámite específico, corresponde aplicar el régimen de los incidentes genéricos previstos en el artículo 280 siguientes. y concordantes.

La declaración de nulidad importa una quiebra indirecta, por cuanto el deudor está excluido de la conversión recogida en los artículos 59 y 90 de la Ley N° 24.522 (1995), por lo que deberán implementarse de inmediato las medidas tendientes a la liquidación del patrimonio. Esta quiebra indirecta exige el nombramiento del mismo síndico, y además debe disponerse un nuevo período informativo.

La sentencia que declara procedente la nulidad y decreta la quiebra es expresamente apelable y el recurso que lo concede es a título devolutivo, dado que el dispositivo establece que dicha impugnación no empece al inmediato cumplimiento de las medidas establecidas en los artículos 177 a 199 de la Ley N° 24522 (1995).

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO PREVENTIVO

HOMOLOGADO

7.1. INTRODUCCIÓN

Una vez homologado el acuerdo preventivo entre el deudor y los acreedores, queda pendiente que el primero cumpla con el concordato en tiempo y forma. No obstante, en algunas circunstancias el deudor puede verse impedido de cumplir con lo pactado.

Las consecuencias del incumplimiento están prescritas en el artículo 63 de la Ley N° 24.522 (1995), de dónde surge que cuando el deudor no cumple con el acuerdo preventivo homologado, en todo, en parte, o aún respecto a las garantías, será declarado en quiebra.

Misma respuesta otorga el ordenamiento jurídico cuando el concursado manifiesta la imposibilidad de cumplir con el acuerdo.

Ciertamente, el deudor tampoco puede presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta un año después de la declaración de cumplimiento del mismo, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo. En este sentido, el artículo 59 de la Ley N° 24.522 (1995) establece el llamado periodo de inhibición, el cual debe ser leído en concordancia con el artículo 63 de la Ley N° 24.522 (1995).

En definitiva, “frente a un cambio de escenario en la situación económica de un deudor que está tramitando un concurso preventivo en etapa de cumplimiento, nuestra ley concursal no cuenta con una previsión que le permita renegociar el acuerdo proponiendo uno distinto” (Raspall, 2020).

En virtud de lo antes expuesto corresponde analizar tanto la ley vigente, como los antecedentes legislativos, la legislación comparada, los aportes doctrinarios y su aplicación jurisprudencial a efectos de determinar si, como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo homologado, el juez puede dar al deudor una respuesta diferente a la de la declaración de quiebra.

7.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Más allá de las diferencias en cuanto a la oportunidad, al trámite y a los sujetos legitimados, advertimos que en nuestro ordenamiento la respuesta inmediata ante el incumplimiento del deudor del acuerdo preventivo homologado siempre ha sido la declaración de quiebra del fallido.

Alerta Raspall (2019) que los legisladores del año 1995 pretendieron evitar la repetición reiterada de procesos concursales que permitan al deudor permanecer en un estado

extendido de cesación de pagos. En definitiva, nuestro régimen concursal ha evolucionado a través de los años, aunque sin modificaciones importantes.

7.2.1. Ley N° 4.156 (1902)

El artículo 22 de la Ley N° 4156 (1902) estableció que los acreedores designados para vigilar el cumplimiento del acuerdo podían solicitar del juez la reunión de acreedores en caso de nueva insolvencia para proceder a la declaración y liquidación de la quiebra. Así:

Los acreedores podrán designar uno ó más de entre ellos para que vigilen el cumplimiento del concordato, los que tendrán personería para interpelar judicialmente al deudor que falte a sus compromisos ó ejecute actos en perjuicio de sus acreedores, y podrá solicitar del Juez la reunión de acreedores, en caso de nueva insolvencia para proceder a la declaración y liquidación de la quiebra. (Artículo 22 de la Ley N° 4156, 1902)

Desde el año 1902 la respuesta de la ley ante el incumplimiento del deudor ha sido la declaración de quiebra. En este caso, el legislador otorgó legitimidad a los acreedores con calidad de controladores del acuerdo preventivo homologado para solicitar una reunión de acreedores y denunciar la nueva insolvencia.

Corresponde hacer la salvedad de que el artículo en estudio dice “podrán” y no deberán, por lo que entendemos que en caso de que no se haya designado a ningún acreedor como controlador del acuerdo, cualquiera de ellos podría hacer denuncia del incumplimiento del deudor.

7.2.2. Ley N° 11.719 (1933)

El artículo 46 de la Ley N° 11719 (1933) manifestaba que ante el incumplimiento del deudor de las obligaciones que tomó a su cargo, cualquier acreedor podía pedir la declaración de quiebra justificando este hecho. Específicamente, decía que “no cumpliendo el deudor las obligaciones que tomó a su cargo, cualquier acreedor puede pedir la declaración de la quiebra justificando ese hecho”.

A diferencia de la ley de 1902, el legislador de 1933 brindó a todos los acreedores comprendidos en el acuerdo la facultad de denunciar su incumplimiento, independiente de si fueron elegidos como controladores, o no. Pero sin perjuicio de ello el resultado era el mismo: la declaración de la quiebra del deudor, justificada en la falta de cumplimiento de las obligaciones tomadas por su parte.

7.2.3. Ley N° 19.551 (1972)

El artículo 74 de la Ley N° 19.551 (1972) manifestó que el incumplimiento del acuerdo produce inmediatamente la quiebra del deudor, admitiendo que la declaración de quiebra pueda ser requerida por acreedor interesado, por el síndico, o por quien vigile su cumplimiento, en estos términos:

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, del síndico o de quien vigile el cumplimiento. Debe darse vista al deudor. 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; pero el

recurso no suspende el cumplimiento de las medidas impuestas por los artículos 170 a 193. (Artículo 74 de la Ley N° 19.551, 1972).

Las diferencias respecto al artículo anterior resultan obvias. Por un lado, se legitima al acreedor interesado, al síndico, o al órgano de contralor a denunciar el incumplimiento del acuerdo homologado, pero también contiene la posibilidad de que el deudor admita la imposibilidad de honrar el acuerdo en el futuro.

En el primer caso, es decir, cuando la declaración de quiebra sea solicitada por el acreedor, el síndico o el órgano de contralor, se deberá dar vista al deudor de dicha petición. A todo efecto la resolución que declara la quiebra del fallido puede ser recurrida mediante recurso de apelación, pero su interposición no suspende el cumplimiento de las medidas relativas a la incautación, conservación y administración de los bienes del concurso.

7.2.4. Ley N° 24.522 (1995)

Finalmente, mediante el artículo 63 de la Ley N° 24522 (1995) se dispuso que:

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 a los 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; pero el recurso no suspende el cumplimiento de las medidas impuestas por los Artículos 177 a 199. (Artículo 63 de la Ley N° 24522, 1995)

Dicho texto es el que continúa vigente hasta nuestros días y el cual explicaremos en detalle en los párrafos siguientes.

7.3. LEGITIMADOS

Hemos dicho que cuando el deudor no cumple total o parcialmente el acuerdo preventivo homologado, el juez concursal debe declarar la quiebra a instancia del acreedor interesado o de los controladores del acuerdo.

Según Rouillon (2017) el acreedor debe ser entendido como el acreedor comprendido en el acuerdo, con interés subsistente (por restarle aún cobrar todo o parte de su crédito) y personalmente afectado por el incumplimiento (lo que excluye la posibilidad de que el acreedor pida la quiebra, por falta de cumplimiento, a uno de sus coacreedores) (p. 169).

Por su parte, el comité definitivo de acreedores es aquel que actúa como controlador del acuerdo en los términos de los artículos 45 párrafo 3 y 260 de la Ley N° 24522 (Texto s/ Ley N° 26684, 2011).

El juez también deberá decretar la quiebra en el supuesto que el deudor manifieste en el proceso su imposibilidad de cumplir el acuerdo en el futuro, o en caso de petición expresa. Ello es así ya que los acreedores privilegiados -normalmente no concordatarios- tienen la vía del artículo 80 de la Ley N° 24.522 (1995), como lo ordena el artículo 57 del mismo cuerpo legal (1995).

Entendemos que en estos supuestos el juez no puede declarar la quiebra del deudor de oficio, por cuanto esta facultad está reservada a los acreedores interesados y a los controladores del acuerdo.

De la misma forma comprendemos que el síndico tampoco podrá solicitar la declaración de quiebra del deudor, máxime si consideramos que su intervención cesó al momento de determinarse la conclusión del concurso preventivo.

7.4. TRÁMITE Y RECURSO

Instado el trámite de quiebra, debe darse vista al deudor y a los controladores del acuerdo. La resolución es apelable, pero el recurso no suspende el cumplimiento de las medidas impuestas por los artículos 177 a 199 de la Ley N° 24.522 (Texto s/ Ley N° 26.684, 2011) referidas a la incautación, conservación, y administración de los bienes.

La sentencia que declara la quiebra es apelable, y se concede en relación y con efecto suspensivo. La resolución que desestima la pretensión de quiebra por incumplimiento es inapelable, conforme la regla genérica del artículo 273 inciso 3 de la Ley N° 24.522 (1995).

7.5. CONSECUENCIAS

Conforme al artículo 63 de la Ley N° 24522 (1995) el incumplimiento puede ser total o parcial, por lo que resulta irrelevante cuál fue el porcentaje de cumplimiento por parte del deudor concursado hasta el momento en el cual se le hizo imposible continuar.

Dicho incumplimiento puede ser sobre la obligación principal, pero también respecto a la conformación de las garantías tendientes a garantizar el cumplimiento del acuerdo; ciertamente tampoco interesa si ese incumplimiento es imputable o no imputable al concursado.

En definitiva, no interesa al ordenamiento concursal vigente cuál es el motivo o en qué contexto se genera el incumplimiento. En todo caso, luego de darle vista al deudor y a los

controladores del acuerdo, y tras verificar la existencia del incumplimiento, el juez concursal deberá declarar la quiebra del deudor.

A su vez, el artículo 64 de la Ley N° 24.522 (1995) determina que en cualquier quiebra que se decreta ya sea directa, indirecta o por extensión, estando pendiente el cumplimiento del acuerdo preventivo se debe abrir un nuevo período informativo se aplica el artículo 62 en sus incisos 6 y 7.

Al respecto se ha dicho que “es superflua la prescripción del art. 62. inc. 7 LCQ al cual remite el artículo estudiado pues en todas las quiebras la liquidación de los bienes se realiza inmediatamente, salvo que la quiebra no se encuentre firme por haberse deducido apelación” (Graziabile, 2017, p. 457).

7.5.1 Cumplimiento tardío

Al respecto se ha dicho que:

Es corriente que en la praxis judicial se admita el cumplimiento de la cuota concordataria cuando se le corre vista al deudor de la denuncia de incumplimiento e incluso se reconoce suficiencia al pago que se haga respecto del deudor denunciante. Como se trata de plazos procesales sino que operan como modalidad de la obligación, no existe la perentoriedad, por lo que aceptado el pago tardío por el acreedor, ya sea con intereses o no, el pago tiene virtualidad cancelatoria de la cuota correspondiente (art. 899, CCyCN).

(Graziabile, 2017, p.456)

Dicha postura es debatible, pero si ni los acreedores interesados ni los controladores del acuerdo denuncian la falta de cumplimiento del acuerdo homologado, ni el deudor

manifiesta la imposibilidad material de hacerlo el juez concursal no podrá actuar de oficio.

En consecuencia, si el deudor cumple tardíamente y los acreedores aceptan el pago, podemos entender que este pago tiene entidad suficiente para cancelar las obligaciones contraídas.

Diferente sería la situación si los acreedores no aceptan el pago, o si estos y los acreedores denuncian el incumplimiento del acuerdo homologado antes del cumplimiento tardío de la obligación, pero dicho escenario supera el objeto del presente trabajo.

7.5.2. Falta de denuncia

En caso de que el deudor no cumpla con el acuerdo preventivo, y al respecto nada digan los acreedores interesados, los controladores del acuerdo, o el mismo deudor, Graziabile (2015) entiende que la acción para ello prescribe a los cinco años, que es el término genérico estipulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (p.457); por lo que transcurridos esos cinco años en silencio de los sujetos legitimados prescribirá la acción de pedir la quiebra por el incumplimiento.

Rubín (2017) ha explicado que ni la Ley N° 24522 (2015), ni el régimen legal anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, tenían previsto un plazo legal de prescripción para las obligaciones que el deudor asumía como consecuencia del acuerdo preventivo ante los acreedores reconocidos judicialmente.

En este sentido, entiende que si bien el artículo 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) dispone un plazo genérico de prescripción de cinco años en lugar del de diez años del ordenamiento anterior, hace la salvedad de que conforme el artículo 2537 párrafo 2 del mismo plexo legal, cuando este último norma un plazo menor de prescripción, la situación se debe regir por el código derogado.

7.5.3. Situación del síndico

El incumplimiento del acuerdo preventivo lleva a una quiebra indirecta del deudor, lo que a su vez abre un nuevo período informativo en los términos del artículo 88 in fine de la Ley N° 24522 (1995). No obstante ello, los artículos 64 y 253 inciso 7 del mismo cuerpo normativo se contradicen respecto a la designación del síndico, ya que mientras el primero dice que debe ser el mismo síndico, los segundos indican que debe tratarse de un nuevo.

Según Escuti y Juyent Bas (2006) el problema se plantea ante el efecto novatorio del acuerdo y la conclusión del primer concurso, frente a lo cual el incumplimiento de una nueva obligación es una nueva quiebra, aunque esté incluida dentro de las indirectas del artículo 77 inc. 1 (p. 439). Según estos autores, ante la contradicción de las normas, se inclinan por la primera opción atento al conocimiento de la situación que tiene el síndico anterior. Dicha postura es compartida por esta parte.

Diferente es la postura de Graziabile (2017), quien entiende que en caso de tratarse de un pequeño concurso, donde no cesó la intervención de la sindicatura o en un concurso grande donde no se constituyó el comité de control y la vigilancia del acuerdo la hace el síndico, quien continuará su actuación, pero en el caso de un gran concurso, con control del cumplimiento del acuerdo por parte del comité de acreedores, y cese de la intervención de la sindicatura, entiende que deberá designarse un nuevo síndico (p. 458).

CAPÍTULO 8: MODIFICACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO HOMOLOGADO

8.1. INTRODUCCIÓN

De lo expuesto hasta este momento surge que no interesa al ordenamiento jurídico cuál es el motivo o el contexto en el que se genera el incumplimiento del deudor. Es decir que ante la falta de cumplimiento, sea ésta total o parcial y aún en cuanto a las garantías, el juez deberá declarar la quiebra del concursado.

Sin embargo, entendemos que detrás de ese incumplimiento muchas veces existe un contexto que no puede ser ignorado. Sucede que en determinadas circunstancias la situación contemplada al momento de formular la propuesta preventiva puede cambiar, lo que no puede ser imputado al deudor, ya que se tratan de cuestiones macroeconómicas de alcance general.

Esta situación cobró relevancia durante la pandemia del coronavirus ocurrida en el año 2020, en virtud de la cuál se paralizó la actividad productiva a nivel mundial; pero antes de eso, en el año 2001, ya se había instaurado el mismo debate como consecuencia de la crisis económica que atravesaba nuestro país. Estas crisis afectan a empresas de todos los tamaños y particularmente a aquellas que están transitando el período de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado.

Ciertamente, “se vieron en auge dos propuestas, por un lado el financiamiento del concursado, y por el otro la posibilidad de posibilitar la renegociación del acuerdo preventivo homologado” (Graziabile, 2022, p. 104).

En lo que respecta al financiamiento del concursado, acordamos con Graziabile que se trata de una cuestión problemática, puesto que estamos hablando de sujetos que se encuentran en un estado de cesación de pagos y no es una práctica usual de las entidades bancarias financiar personas insolventes.

En lo que hace a la posibilidad de renegociar el acuerdo preventivo homologado, nos encontramos con una ley que -a *prima facie*- no permite la revisión del concordato ante su incumplimiento, ni siquiera ante una circunstancia extraordinaria no imputable al deudor,

como si lo hacen en otros países como Estados Unidos, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile y aún España con sus limitaciones temporales.

En este sentido, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial surgido en épocas de crisis, nos lleva a analizar la posibilidad de que la judicatura le otorgue una respuesta diferente al deudor que se vio imposibilitado de cumplir con lo pactado en el acuerdo preventivo, máxime cuando se tratan de empresas económicamente viables.

8.2. LÍMITES

En primer lugar debemos aclarar que si bien la legislación concursal se extiende tanto a las personas físicas, como jurídicas, sean o no comerciantes -o dichos en términos actuales-, realicen una actividad económica organizada en palabras del artículo 320 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014)-, nos enfocaremos especialmente a la situación de las empresas, entendidas como un elemento fundamental de la cadena productiva. Máxime cuando se trate de empresas económicamente viables y con un rol socialmente relevante.

En segundo lugar, y en concordancia con lo desarrollado en la introducción del presente capítulo, interesa a este trabajo de investigación el incumplimiento del concursado del acuerdo preventivo homologado, cuando el mismo sea consecuencia de una situación extraordinaria, ajena a la voluntad del deudor, que bajo ningún concepto pudo preverse, tales como la crisis del 2001 o la producida en el año 2020 derivada de la propagación del virus de COVID 19.

Finalmente, nos enfocaremos en aquellos concursados que se hallen en etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo, por lo cual excede al objeto del presente trabajo tanto aquellos deudores cuyo acuerdo aún no ha sido homologado o en su caso aquellos que hubieran cumplido con el acuerdo en su totalidad.

8.3. TERMINOLOGÍA

Los autores han utilizado distintos términos para referirse a la modificación del acuerdo preventivo homologado.

Fushimi & Richard (2020) utilizan la palabra renegociación puesto que “todo buen hombre de negocio deberá negociar de buena fe ante los incumplimientos por las actuales circunstancias”. Ciertamente, su énfasis está puesto en la posibilidad de que el deudor que ha incumplido en todo o en parte el concordato, pueda llamar a sus acreedores y entablar con ellos una nueva negociación que les permita superar esta nueva crisis; y a su vez que estos acreedores acepten la nueva propuesta, a efectos de que el acuerdo sea perfeccionado.

Truffat (2020) por su parte, utiliza de forma indistinta las palabras reformulación, revisión o modificación de forma análoga, para referirse a la posibilidad del deudor de ofrecer a sus acreedores una nueva propuesta preventiva.

Raspall (2019) usa las palabras reformulación y modificación como sinónimos e inclusive plantea la posibilidad de conversión de procesos liquidativos en reestructurativos.

Por nuestra parte propugnamos el uso de la palabra modificación, ya que entendemos que abarca todas las posibilidades antes mencionadas.

8.4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA

En la doctrina nacional existen diversas opiniones sobre las potestades que tiene -o no- el juez concursal para autorizar la modificación del acuerdo preventivo homologado ante el incumplimiento del deudor, cuando el mismo no sea imputable al concursado y sea

consecuencia de un cambio que no pudo preverse al momento de presentar el acuerdo preventivo.

Entre los autores que lo rechazan, Sosa y Salemne (2020) dicen que avalar la modificación del acuerdo preventivo homologado en dichas circunstancias, significa atentar contra los derechos de los acreedores, quienes verían recortados sus créditos nuevamente. Ello es así ya que al momento de dar su conformidad a la propuesta de acuerdo preventivo, seguramente ya habrían acordado una quita, o una espera, además de verse sometidos a los efectos de la inflación sobre el valor real de sus créditos.

Por otro lado se encuentran los autores que aún encontrándose a favor de modificar el acuerdo preventivo homologado, entienden que ello no sería posible sin reformar la Ley N° 24.522 (1995).

Por ejemplo Graziabile (2022), atento al ordenamiento vigente, rechaza la posibilidad de que el juez pueda resolver la modificación del acuerdo preventivo sin una ley que lo prevea expresamente. Fushimi y Richard (2020) por su parte propugnan la necesidad de renegociar el acuerdo preventivo homologado, a tenor de lo cual aconsejan tomar como modelo la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023.

Finalmente están los que sostienen que nada obsta la modificación del acuerdo preventivo homologado. Dentro de estos autores tenemos a Truffat (2020) quien entiende que el juez concursal debe actuar en consecuencia, ante una solicitud de este tipo.

En este sentido, Torresi y Moriconi (2021) manifiestan que por aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta posible la modificación del acuerdo preventivo homologado ante circunstancias excepcionales. Raspall (2021) como consecuencia de la crisis sanitaria y económica que atravesamos, considera que ante la ausencia de ley que autorice la modificación del acuerdo preventivo homologado, entienden que los jueces tienen las facultades para abrir esa vía. En una postura análoga, Favier Dubois

(2020) se ha mostrado contrariado por la resolución de la judicatura en el caso Multiacero S.A. y considera que los institutos de la Ley N° 24.522 “no son suficientes para las empresas concursadas”.

Amén de lo antes expuesto, entendemos que los focos de conflicto entre quienes avalan la posibilidad de modificar el acuerdo preventivo homologado y quienes no se encuentran en las temáticas que a continuación desarrollaremos. A saber, la protección del crédito, la conservación de la empresa, la cosa juzgada, la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo homologado, y la aplicación análoga de la teoría de la imprevisión al incumplimiento del mismo.

8.4.1. Protección del crédito

Sosa y Salmme (2020) sostienen que los acreedores ya sufren una reducción en sus derechos de cobro al momento de dar su conformidad a la propuesta preventiva, no solo por la quita o la espera que seguramente fue contemplada en el acuerdo, si no por los efectos de la inflación sobre sus créditos.

En virtud de esto, consideran que ante el incumplimiento del deudor una modificación del acuerdo preventivo, con la consecuente renegociación entre las partes involucradas, significarán un nuevo recorte en las expectativas de los acreedores.

En definitiva, según estos autores:

Todo ello llevaría a transformar el concurso preventivo (donde las propuestas contemplan largos plazos de pago) en un juego de la oca interminable en el cual, pase lo que pase, siempre se vuelve al principio y los que pierden son los acreedores (quienes están también afectados por la pandemia). (Sosa y Salemme, 2020).

Nosotros no estamos de acuerdo con dicha postura, ya que ante el incumplimiento del acuerdo preventivo del deudor, se les quita a los deudores la posibilidad de expresarse y decidir qué sucederá con sus acreencias, puesto que una vez que se denuncie esta circunstancia, el juez deberá declarar la quiebra.

En esta línea Raspall (2019) entiende que la regulación vigente no sólo deja sin solución al deudor, si no que también deja sin respuesta a los acreedores y se desentienden de sus intereses, puesto que que bien podrían volver negociar y aceptar una nueva propuesta, antes de liquidar sus bienes, postura que compartimos.

Admitir lo contrario, implicaría volver a la dualidad deudor- acreedor, en virtud del cual presuntamente colisionan los intereses del primero, que buscaba superar el estado de cesación de pagos y rehabilitarse, y del segundo, que buscaba el pago de sus acreencias. De eso se desprende que la insolvencia no es solo un problema de las dos partes involucradas, si no que en realidad genera múltiples afecciones.

Todo esto cobra aún más sentido cuando la empresa cuyo concurso se tramita es económicamente viable. En este sentido, consideramos que el derecho no puede desentenderse de las consecuencias que trae acarreada la liquidación de una empresa dentro del sistema productivo y por ello no consideramos que la protección del crédito sea un argumento válido para rechazar la modificación del acuerdo preventivo homologado.

8.4.2. Conservación de la empresa

En el concurso preventivo también se encuentran involucrados los intereses de los trabajadores, de los proveedores, de los consumidores, del Estado, e inclusive a decir de Graziabile (2017) intereses demográficos o poblacionales cuando nos encontramos frente a

empresas de gran envergadura, atento a la interrelación que existe entre la empresa y el medio en el que se desarrolla (p. 12).

En el siglo XX hizo eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico. La empresa se convirtió en el centro de atención del derecho comercial y desplazó el eje de atención del derecho concursal. Entonces se advirtió el peligro de desaparición de las empresas a raíz de la insolvencia y se entendió que cuanto mayor fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual cese (...) Al tomarse conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los acreedores inmediatos, la preocupación por salvaguardar a la empresas en peligro dio nacimiento al llamado “principio de conservación de la empresa” el cual fue elevado a categoría de principio inspirador de muchas legislaciones concursales a partir de mediados del siglo XX. (Rouillon, 2017, p.13)

De lo desarrollado hasta el momento, surge que nuestra legislación concursal no se halla al margen de dicho movimiento, puesto que tiene diversas disposiciones tendientes a mantener a la empresa económicamente viable.

En relación a este tema, Favier Dubois (2020) expone que las empresas concursadas se encuentran con dos problemas. En primer lugar, la dificultad de cumplir un acuerdo en curso cuando experimentan una disminución significativa de sus ingresos y no pueden llevar a cabo los planes previstos. En segundo lugar, la imposibilidad de pagar sus obligaciones posteriores al concurso, lo que las lleva a reincidir en cesación de pagos, generando una especie de "insolvencia de la insolvencia", en sus propias palabras.

Fushimi y Richard (2020) al hablar del bien jurídico tutelable, hacen hincapié en la necesidad de conservar la empresa viable, conforme un plan de negocios razonable, mediante la buena fe de todas las partes involucradas.

Raspall (2019) manifiesta que las soluciones que propone sólo deben ser aplicables a las empresas que acrediten ser económicamente viables. Es decir, a aquellas que han demostrado ser capaces de cumplir con el acuerdo preventivo homologado, y cuya situación económica se ha visto disminuida de forma inminente como consecuencia de la crisis económica.

Por nuestra parte entendemos que no se pretende con este principio conservar una empresa inviable o cuya explotación es antieconómica; lo que se busca es que aquellas empresas se encuentran en un estado de cesación de pagos -más aún cuando dicha cesación de pago se deriva de las mismas vicisitudes de la economía en general- puedan atravesar la crisis y volver a producir.

8.4.3. Cosa juzgada

Cámara ya en 1984 alertaba que la resolución de homologación del acuerdo preventivo no puede equipararse a la sentencia dictada en un juicio contencioso, puesto que las decisiones tomadas en sede concursal tiene eficacia erga omnes, en el sentido que obligan a quienes siendo potencialmente sujetos de la relación concursal han quedado extraños al referido pronunciamiento (p. 1109).

En este sentido, Sosa y Salemme (2020) entienden que la sentencia homologatoria tiene efecto de cosa juzgada material y, en consecuencia, impide la modificación ulterior de las condiciones de pago aprobadas.

Esta temática se trató en el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia realizado entre el 18 y el 22 de octubre de 2021 en Bahía Blanca.

En dicha oportunidad Torresi y Moriconi (2021) explicaron que “el carácter de cosa juzgada de la sentencia no implica la inmutabilidad del acuerdo preventivo homologado”, ya que “ante la emergencia declarada por el COVID-19, decidieron en algunos casos prorrogar el cumplimiento de las cuotas concordataria”.

También Raspall se expidió en el Congreso antes mencionado al decir que “la cosa juzgada cede frente a determinadas contingencias imposibles de prever y que alteran abrupta e injustamente el contexto y la realidad en la que los actos o hechos jurídicos se originaron”, por lo que no sería un obstáculo para habilitar la modificación del acuerdo preventivo homologado.

Por nuestra parte entendemos que es un error intentar asimilar el concepto de cosa juzgada adoptado en el ámbito del derecho procesal, al concurso preventivo. Ello es así puesto que el juez quien en primer lugar no realiza un análisis sobre el mérito del acuerdo porque dicha atribución no le fue atribuida por la ley, mal podría realizarlo ante una hipotética solicitud de revisión.

8.4. 4. Naturaleza jurídica del acuerdo homologado

Explica Junyent Bas (2018) que “el concordato, si bien tiene base contractual, constituye una figura típica del derecho concursal que se integra en sucesivas etapas y que, consecuentemente, no puede equipararse a un contrato del derecho privado ni del derecho administrativo” (p. 57).

Ciertamente, el acuerdo preventivo se origina, se aprueba y se valida dentro del proceso concursal. Esto significa que su formación y aprobación están intrínsecamente vinculadas al mismo. A tal punto que no podrá existir un acuerdo preventivo si no existe un proceso concursal.

Corresponde hacer una salvedad respecto al acuerdo preventivo extrajudicial, puesto que si bien el mismo no se origina ni se aprueba dentro de un proceso, requiere una validación -es decir, una homologación- en el seno de un proceso concursal.

Por su parte Truffat (2020) entiende que los concordatos no son más que una especie de convenio, ya que participan de la misma naturaleza jurídica que los contratos; y a su vez que la homologación sólo le da solidez y formalidad al acuerdo, y lo bonifica respecto a los que no los aceptaron.

Esta potente decisión, que hace oponible “erga omnes” un convenio celebrado por mayoría, no es un obstáculo tan formidable para predicar su revisión cuando las circunstancias objetivas bajo las cuales se dictó el fallo homologatorio hay sufrido una modificación extraordinaria que altera absolutamente el contenido de las prestaciones emergentes. Véase que al homologar el juez no dice “quién” es el titular de cierto derecho, o sobre “quién” pesa cierta obligación, o “cuál” es el derecho en análisis o su extensión. Constata la regularidad de un acuerdo de mayorías y analiza si lo acordado no resulta abusivo o en fraude a la ley. Y obtenida tal convicción lo hace oponible a quienes no participaron. Esa percepción se juega contra una cierta realidad concomitante al momento de decidir y contra ciertas lógicas previsiones de futuro. No contra una hipotética hecatombe como la que justifica este desarrollo.

Por nuestra parte entendemos que el acuerdo preventivo homologado es una figura típica, que expresa el arreglo alcanzado en un proceso concursal, con intervención de acreedores y deudores, para superar la insolvencia o la crisis.

Ciertamente, el proceso concursal es iniciado por el deudor, de quien surge la propuesta u oferta imprescindible para lograr un acuerdo preventivo. Esta propuesta es aprobada por los acreedores, y es de dicha aprobación de donde surge el elemento contractual.

El último elemento que integra el acuerdo o concordato está dado por el pronunciamiento jurisdiccional tendiente a validarlos, dado en llamar homologación; y es de dicha resolución que surge su equiparación con una sentencia -lo cual, como vimos, es incorrecto-.

En síntesis, podemos decir que para que exista un acuerdo preventivo, es necesaria la existencia del proceso concursal que legitime a los acreedores concurrentes y realice el control del acuerdo para evitar, también, eventuales abusos o fraudes a la ley (artículo 52 de la Ley N° 24522, texto s/ Ley N° 25589, 2002), y que si bien no puede ser equiparado a una sentencia en lo que hace a su naturaleza jurídica, tampoco puede ser asimilado a un contrato. Por lo que se trata, en definitiva, de una modalidad híbrida propia del derecho concursal.

8.4.5. Teoría de la imprevisión

Antes de introducirnos de lleno en la aplicación de la llamada teoría de la imprevisión a los acuerdos preventivos homologados corresponde hacer una breve reseña al respecto.

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994, recoge este instituto en su artículo 1.091, ubicado en el capítulo 13 “Extinción, modificación y

adecuación del contrato”, del Título II “Contratos en general”, del Libro Tercero “Derechos Personales”, en los siguientes términos:

Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

En principio, y como regla general, la aplicación se hará a los contratos conmutativos de ejecución permanente o diferida, e inclusive a los contratos aleatorios. Imprima una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, consecuencia de un hecho extraordinario, sobrevinientes a la celebración del contrato, ajeno a las partes y diferente del riesgo asumido por la parte afectada.

Se puede tratar, por ejemplo, de un cambio significativo y abrupto de las circunstancias económicas generales, tales como la hiperinflación de 1989, la salida de la convertibilidad, la sanción de la Ley N° 25.561 e inclusive las medidas tomadas para evitar la propagación del virus COVID-19.

Sucede además que dicha alteración genera que la prestación se torne excesivamente onerosa para una de las partes, encontrándose legitimados para accionar tanto la parte contractual afectada como el tercero beneficiario u obligado en una estipulación a favor de

terceros, en los términos del artículo 1027 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) o cargo de un tercero.

Ahora bien, como consecuencia de esto, tanto por vía judicial o extrajudicial, como acción o como excepción, el afectado podrá solicitar tanto la resolución parcial o total del contrato, como su readecuación, para que el contrato que se tornó excesivamente oneroso para una de las partes, vuelva al estado de equilibrio original.

Se advierte en este punto que, ante la ocurrencia de una alteración ajena a la voluntad de las partes, que volviera extremadamente onerosa para una de las partes, el sujeto cuyos derechos se ven lesionados puede pedir la rescisión del contrato, pero además de eso, también puede solicitar su readecuación. Ello atento a la autonomía de la voluntad y el principio de conservación de los actos jurídicos que también es aplicable a los contratos.

Cabe entonces preguntarse si dicha teoría podía aplicarse al acuerdo preventivo homologado.

Más allá de lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) en los artículos 1 y 2 en lo respectivo al diálogo de fuentes, y en el artículo 3 relativo a las facultades de los jueces, entendemos que no es pasible de aplicar la teoría de la imprevisión al acuerdo preventivo homologado por las siguientes razones.

La primera de ella, es que el instituto de la imprevisión está pensado para ser aplicado en contratos de tipos conmutativos como regla y aleatorios de forma excepcional. Más allá de la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo homologado, podemos acordar de que el mismo está más allá de ser un contrato de tipo conmutativo, puesto que no existen obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes.

En segundo lugar, no podemos dejar de lado que más allá de la autonomía de la voluntad, en los concursos preventivos coronados con un acuerdo preventivo homologado,

existen otros principios en juego que resultan mucho más relevantes que la mera autonomía de la voluntad de los acreedores e inclusive del deudor. Confluyen en los concursos intereses de tipo sociales y económicos.

En tercer lugar, se ha dicho que las normas del Código Civil y Comercial se aplicarán de forma subsidiaria, ante el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley. Sin embargo, en este caso el ordenamiento concursal deja muy en claro cuál es la respuesta ante el incumplimiento del acuerdo homologado.

En cuarto lugar, no podemos dejar de mencionar que corresponde primero aplicar la ley especial antes que la ley general; por lo que existiendo un microsistema concursal que se autoabastece, no corresponde acudir al ordenamiento general. Máxime, cuando dentro de sí mismo se encuentra la solución jurídica al problema.

8.4. CASO MULTIACERO

Como consecuencia de la crisis sanitaria producida por la Pandemia de Covid-19, Multiacero S.A. (Juzgado Comercial Nro. 18, Expte. 35350/2015 “MULTIACERO S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO”, 1 de junio de 2020) en su concurso preventivo, presentó una medida cautelar innovativa para suspender el vencimiento de las cuotas concordatarias que hubieran operado, disponiendo también la prórroga de todas las demás cuotas y plazos procesales; y que, una vez levantadas las restricciones a la libre circulación y trabajo, se le otorgue un plazo para proponer una renegociación del acuerdo homologado a sus acreedores.

La deudora manifestó que la crisis sanitaria y el DNU 290/2020 importaban un obstáculo, insalvable para el normal desenvolvimiento de todo procedimiento concursal en trámite ya que el aislamiento social, preventivo y obligatorio -entendido como un hecho imprevisible e insalvable- ha provocado la detención de la vida empresaria, la clausura la

actividad industrial, el cierre de la vida comercial de las empresas, máxime cuando la actividad de la concursada no se encontraba comprendida dentro de algún servicio o industria denominadas como “esenciales”.

Equipara la situación a la regulada por el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación que recepta la teoría de la imprevisión, por tanto se trata de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y atento al riesgo asumido por la concursada afectada.

Por ende, entiende que la readecuación del proceso a las nuevas circunstancias es necesaria para la salvaguarda de la actividad empresarial y la facilitación de la solución concursal.

La jueza, quien adelantamos desestimó la clausura cautelar, entendió que no se encontraban acreditados los presupuestos necesarios para la admisión de dicha medida. Fundamentó su decisión en el hecho de que la crisis sanitaria y las medidas dispuestas en consecuencia no solo afectaron a la concursada, si no a la sociedad en general y también a sus acreedores, que deben hacer frente a sus necesidades y obligaciones.

Además especificó que la suspensión de vencimiento de las cuotas concordatarias que hubiera operado contra los concursados tendrá que ser decidida no en el contexto de un juicio como el sub lite, sino por una ley del Congreso o Decreto Presidencial (con posterior ratificación) de alcance general, atento a que lo contrario implicaría atribuirse funciones legislativas.

Por estos motivos, desestimó la medida cautelar solicitada por la concursada, lo que no fue compartido por juristas como Favier Dubois (2020).

8. 5. PROYECTO IBARRA

Ante las crisis económicas que azotaron nuestro país “se vieron en auge dos propuestas, por un lado el financiamiento del concursado, y por el otro la posibilidad de posibilitar la renegociación del acuerdo preventivo homologado” (Graziabile, 2022, p. 104). Oportunamente explicamos que el financiamiento del concursado no es viable, por cuanto las entidades bancarias no tienen cómo hábito el de otorgar créditos a personas en estado de cesación de pagos.

Por otra parte, nos encontramos con el proyecto presentado por la diputada Dra. Vilma Lidia Ibarra con el asesoramiento del Dr. Daniel Truffat, ingresado al Congreso Nacional (Cámara de Diputados) bajo el expte. Nro. 2644 –D- 2009.

Dicho proyecto consistía de dos partes. La primera, relativa a la suspensión del artículo 59 de la ley de concursos y quiebras durante un año, en los siguientes términos: “Artículo 1º.- Suspéndase por el término de un (1) año a contar de la entrada en vigencia de la presente ley el último párrafo del art. 59 de la ley 24.522” (Proyecto TP 2644–D–2009, 2009,p.).

La segunda parte permitía a los deudores con acuerdo preventivo en curso precancelar sus pasivos, mediante pago directo o depósito judicial, en el mismo plazo. A tal efecto decía:

Artículo 2º.- Los deudores con acuerdo preventivo en curso de cumplimiento podrán en el mismo término precancelar sus pasivos, mediante pago directo a los acreedores comprendidos en el acuerdo o mediante depósito en el expediente, por las sumas originariamente prometidas en los términos del acuerdo homologado, pero expresadas a valor presente. La tasa a aplicar será la que utilice el Banco de la Nación Argentina. (Proyecto TP 2644–D–2009, 2009,p.)

El proyecto de ley buscaba preservar las empresas nacionales, entendidas como proveedoras de bienes y servicios y dadoras de empleo, atento a la emergencia económica declarada en el país en el año 2002 y prorrogada en los años subsiguientes. Al respecto, autorizada doctrina expresó que:

Como se advierte, se trataba de una modificación transitoria, digamos, una norma de pre-emergencia. El proyecto de reforma –frente a la crisis inminente- apuntaba a suprimir el apretado “corset” que resulta de la norma del Art. 59 in fine y que impide el nuevo concursamiento. Para ello, la legisladora proponía suspender la aplicación del Art. 59 último párrafo a fin de no tener que esperar un año desde el cumplimiento de un acuerdo para poder concursarse y por otro lado, permitir el pago anticipado de las obligaciones adeudadas conforme al acuerdo homologado. (Raspall, 2019)

Por nuestra parte, entendemos que el proyecto de ley buscaba dar una alternativa viable a las empresas concursadas, a efectos de que puedan superar una inminente crisis económica. Sin embargo, dicho proyecto no prosperó, por lo que a la fecha la única respuesta que nos da el ordenamiento jurídico ante el incumplimiento del acuerdo preventivo por parte del deudor, es la declaración de quiebra.

8. 6. FUNDAMENTOS DE REFORMA

De lo expuesto hasta ahora surge que la ley no da una respuesta eficiente a la problemática planteada. Muchos autores entre los que podemos mencionar a Miguel Raspall o a Daniel Truffat, aseguran que existe una necesidad cierta en la sociedad que debería ser receptada por el derecho, para que el concursado que hubiere incumplido con el acuerdo preventivo por una situación imprevisible pueda tener una alternativa diferente a la quiebra.

Ello es así porque “la ley no deja espacio al juez para valorar las causas por las cuales el deudor pueda haber incurrido en el incumplimiento del acuerdo” (Raspall, 2019), lo que a todas luces resulta contraproducente no solo para el deudor y los acreedores, si no para la sociedad toda.

La necesidad de reformar la ley concursal se basa, a nuestro entender, en tres motivos.

El primer motivo está dado por la necesidad de preservar las empresas económicamente viables. Se busca de esta forma conservar fuentes de empleo y mantener la cadena productiva.

El segundo motivo encuentra fundamento en las crisis cíclicas que azotaron y aún azotan a nuestro país. Más allá de lo sucedido en el año 2001 y en el 2020, todo indica que la devaluación de nuestra moneda nacional y los altos índices inflacionarios nos encaminan a una nueva crisis.

El tercer motivo está relacionado con los acreedores concursales, los que en este momento no tienen voz ni voto a la hora de decidir sobre el futuro de sus créditos, y que en muchas ocasiones no desean la declaración de quiebra del concursado por ser contraproducente para su propia explotación.

En síntesis, creemos que el ordenamiento concursal no puede desentenderse de los motivos que llevan a los concursados al incumplimiento de los acuerdos preventivos, más aún cuando se deben a cuestiones ajenas a la administración interna de los negocios.

8.7. LEGISLACIÓN COMPARADA

8.7. 1. Introducción

Siguiendo a Raspall y Raspall (2014), quienes analizan la legislación de otros países que prevén en sus ordenamientos concursales la posibilidad de modificar el acuerdo preventivo homologado, tomaremos de referencia a Estados Unidos, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Bolivia, y Chile; quienes con sus particularidades y sus terminologías propias, receptan la posibilidad de modificación del acuerdo preventivo homologado (p.397). Por último, también analizaremos la situación de España, quien ante la crisis sanitaria producto del COVID-19 legisló sobre la modificación del acuerdo preventivo homologado.

8.7. 2. Estados Unidos

En Estados Unidos lo relativo a la modificación del plan se regula en la sección 1127 del *Bankruptcy Code* (1978).

Conforme esta sección, se podrá modificar el plan en cualquier momento antes de su confirmación, a pedido del proponente, siempre que esta modificación alcance los requerimientos de las secciones 1122 y 1123 relativas a la clasificación de los créditos y al contenido del acuerdo.

Además, también se podrá modificar el plan luego de su confirmación y antes de su consumación sustancial, a pedido del proponente o del deudor. A tal efecto la corte decidirá luego de la notificación y realización de una audiencia con los involucrados, siempre que esta modificación alcance los requerimientos de las secciones 1122 y 1123 relativas a la clasificación de los créditos y al contenido del acuerdo.

8.7.3. Costa Rica

En Costa Rica regulan la modificación del plan en el artículo 43.4. de la Ley N° 9.957 (2021) la cual expresamente dice que ante hechos o circunstancias sobrevinientes, que hagan imposible ejecutar los acuerdos en los términos dispuestos, cualquier interesado podrá proponer su modificación, para lo cual se convocará a una junta de acreedores que conocerá de la nueva propuesta de manera inmediata.

A tal efecto, la solicitud de modificación deberá incluir la motivación y el ofrecimiento de la prueba que sea necesaria, bajo apercibimiento de ser rechazado; y deberá ser planteada dentro de los quince días siguientes a los hechos que sustentan la solicitud.

8.7.4. Colombia

En Colombia regulan la modificación del acuerdo de reorganización en el artículo 46 de la Ley N° 1.116 (2006), denominada audiencia de incumplimiento, el cual ordena que si algún acreedor o el mismo deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el juez del concurso verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente el resultado de sus diligencias.

Recibido dicho informe, el juez del concurso, convocará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados, a una audiencia para deliberar sobre la situación y decidir lo pertinente. Si la situación es resuelta, el juez del concurso confirmará la alternativa de solución acordada y el promotor deberá cumplir con las formalidades previstas en la presente ley. En caso contrario, el juez del concurso declarará terminado el acuerdo de reorganización y ordenará la apertura del trámite del proceso de liquidación judicial.

8.7.5. Ecuador

En Ecuador regulan la interpretación, modificación o ampliación del acuerdo en los artículos 37 y 38 de la Ley de Concurso Preventivo (2006).

El artículo 37 denominado ampliación, modificación o interpretación del concordato establece que en cualquier época y a solicitud conjunta del deudor y de los acreedores que hayan intervenido en el trámite concursal, o de sus cesionarios que representen no menos del cincuenta por ciento del valor de los créditos no cancelados pero admitidos en el concurso, podrán solicitar al Superintendente, se convoque a una reunión con el fin de que se adopten las decisiones que sean necesarias para interpretar, ampliar o modificar el concordato o facilitar su cumplimiento. Estas reuniones se sujetarán a las reglas para la celebración del concordato.

A su vez el artículo 38 denominado liquidación ordenada estipula que en las deliberaciones de ampliación, modificación o interpretación del concordato se podrá igualmente acordar la liquidación ordenada de la empresa, según la Ley de Compañías, bajo la dirección de la Superintendencia de Compañías respetando las reglas del artículo siguiente en tanto le sean aplicables.

8.7.6. Bolivia

En Bolivia, mediante el Decreto Supremo N° 27.384 (2003) se reglamentó la Ley N° 2.495 llamada Ley de Reestructuración Voluntaria (2003).

Si bien en su art. 36 inc.i, relativo a los efectos del acuerdo de transacción dice que este, debidamente homologado por el superintendente y registrado en el Registro de Comercio a su cargo, constituye novación, tiene los efectos de cosa juzgada e impide

definitiva e irrevocablemente todo pronunciamiento judicial posterior relacionado a los términos y condiciones contenidos en el mismo, no pudiendo modificarse por ningún motivo la cuantía de los créditos, en su inc. ii menciona que deberá contener entre otras cosas, las “cláusulas y procedimientos de ajuste y modificaciones durante su vigencia” y las “Cláusulas de incumplimiento relativas al plan, al Acuerdo de Transacción o ambos”.

8.7.7. Chile

En Chile se regula la Reorganización y Liquidación de activos de Empresas y Personas mediante la Ley N° 20.720 (2014).

En su art. 272 A establece que la Persona Deudora a la que le fuere imposible dar cumplimiento al Acuerdo de Renegociación podrá solicitar su modificación por una sola vez, siempre que acredite que al menos el 50 por ciento de las obligaciones declaradas por ella proviene de acreencias del Acuerdo de Renegociación originalmente pactado. Para todos los efectos legales, la modificación se tramitará como un nuevo Procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona Deudora.

Sin perjuicio de lo anterior, la solicitud deberá indicar, además de lo señalado en el artículo 261, las obligaciones del Acuerdo Concursal de Renegociación respecto de las cuales el Deudor se encuentra en mora. La resolución de la Superintendencia que declare admisible el procedimiento deberá individualizar el Acuerdo de Renegociación que será modificado.

Este artículo 272 A fue agregado mediante la Ley N° 21.563 publicada este 10/05/23, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y moderniza los procedimientos concursales.

8.5.8. España

Mediante el Real Decreto-ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Ya en el Real Decreto-ley 11/2020 por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se extendió a las empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en los términos del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se añaden ahora otras con una triple finalidad

En primer lugar, mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado.

En segundo lugar, se trata de potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, calificando como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del ya aprobado por el juez.

Por último, para evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal.

En lo que hace a nuestro tema de investigación, la norma en análisis establece en su artículo 8 que durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado, podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento, debiendo acompañar a la solicitud una relación de los créditos

concursoales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. A tal efecto dispone que la propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario y que las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario.

En caso que los acreedores presenten solicitudes de declaración de incumplimiento dentro de los seis meses a contar desde la declaración de alarma, el juez dará traslado al concursado de las mismas, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo. Ello a efectos que durante esos tres meses el concursado presente propuesta de modificación del convenio, lo que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento. Las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago.

En su artículo 9 establece que durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor no tendrá el deber de solicitar la liquidación de la masa activa ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del convenio y esta se admita a trámite dentro de dicho plazo. Y aún en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de éste por cualquier persona.

Por último, el artículo 10 ordenaba que durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación.

CAPÍTULO 9: INTEGRACIÓN CON LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL Y LAS FACULTADES DEL JUEZ CONCURSAL

9.1. AUTONOMÍA DEL DERECHO CONCURSAL

El derecho concursal es “una rama autónoma del derecho, tanto científica como didáctica; la primera por delimitación de su objeto a la crisis de la insolvencia y la segunda por su independencia catedrática en los distintos planes de estudios universitarios” (Graziabile, 2017, p. 8).

“La legislación concursal argentina tiene las características de ser *excepcional*, en gran medida *imperativa, sustancial, y procesal*” (Rouillon, 2017, p. 14). Excepcional puesto que solo se aplica ante el estado de cesación de pagos de un sujeto concursal; imperativa, ya que no puede ser dejada sin efecto por la voluntad de las partes; sustancial porque contiene normas de fondo que regulan la situación de las personas involucradas; y procesal por cuanto regula el proceso de concurso preventivo y de quiebra, además del concurso en caso de agrupamiento y el acuerdo preventivo extrajudicial.

Atento a ello, toca analizar cuál es la relación entre la Ley N° 24.5222 con el Código Civil y Comercial de la Nación.

9.2. ALCANCE DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación representó un hito importante en la legislación argentina y tuvo un impacto significativo en diversas áreas del derecho. Aunque el Código Civil y Comercial no reformó directamente la Ley N° 24.522 (1995), podemos decir que tuvo un efecto indirecto y significativo en la normativa concursal.

En los fundamentos contenidos en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012, la Comisión de Reformas manifestó la intención de mantener los sistemas legislativos dotados de autonomía funcional, es decir, preservar la independencia y coherencia de las diferentes áreas del derecho.

El anteproyecto respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Ha sido imprescindible una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos en los puntos que la doctrina ha señalado como defectuosos o insuficientes. Asimismo, ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos sugeridos por la doctrina. En otros casos, se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el contrato de leasing. Finalmente, en otros casos, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras. (Fundamentos contenidos en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012)

Dicho en otras palabras, el código se relaciona con sistemas jurídicos ya existentes a los cuales reconoce como autónomos. Y si bien la reforma no introdujo modificaciones directas en la Ley de Concursos y Quiebras, como en otros sistemas legales, resulta evidente que tendría un impacto indirecto en diversas áreas.

A mayor abundamiento, el Código Civil y Comercial de la Nación incluye en su Título Preliminar ciertas reglas para el ejercicio de los derechos subjetivos que participan de los caracteres propios de los principios, en el sentido ante referido que, por su ubicación, tienen una irradiación y fuerza expansiva singular.

9.3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Sobre la aplicación del Código Civil y Comercial se ha dicho que:

A partir de las nuevas reglas creadas por el Código Civil y Comercial, se ha interpretado que, frente a la pluralidad de fuentes, la relación entre un Código y los microsistemas normativos satelitales es propinarles, por parte del cuerpo codificado, la definición de grandes paradigmas para mantener dentro un mismo sistema todo el ordenamiento jurídico. Por lo que, y sin dudas, Código y ley concursal forman parte del mismo sistema jurídico. (Graziabile, 2022, p. 43)

Esta interpretación sugiere que el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) no solo establece reglas específicas en su ámbito, sino que también actúa como una guía general que define principios y paradigmas legales que deben seguirse en otros sistemas legales, como la ley concursal. Esto contribuye a la coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, lo que es fundamental para una aplicación efectiva y justa de la ley.

9.4. DIÁLOGO DE FUENTES

A través del llamado diálogo de fuentes, se busca alcanzar una decisión judicial razonable basada en la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), así como en los principios constitucionales y derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Este enfoque implica considerar todas estas fuentes normativas y principios para tomar decisiones judiciales coherentes y justas.

El art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) reconoce cinco fuentes del derecho, tres de ellas ya vigentes en el anterior ordenamiento, a saber: la ley, los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos; las prácticas en situaciones no regladas legalmente; la constitución nacional y los tratados derechos humanos.

A decir de Rivera y Medina (2014), la creciente constitucionalización del derecho privado, ha llevado al legislador a expresar que las leyes civiles aplicables a los casos regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución Nacional (p. 57). Esto refleja la influencia de la Constitución en la interpretación y aplicación de las leyes civiles, y este movimiento no excluye al derecho concursal, que también se ve afectado por esta tendencia.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional de Argentina otorga jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos, y posteriormente incorporó dos convenciones adicionales. Esto significa que estos tratados tienen una posición jerárquica superior a las leyes nacionales. En otras palabras, en caso de conflicto entre una ley nacional y un tratado de derechos humanos con rango constitucional, prevalece este último. Esto refuerza la importancia de estos tratados en la interpretación y aplicación de la legislación, incluyendo el derecho concursal.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) establece pautas para la interpretación de las leyes. Según este artículo, al interpretar una ley, se deben considerar sus palabras, sus finalidades, las leyes similares, las disposiciones derivadas de tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos. Esto se hace con el objetivo de lograr una interpretación coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Estas pautas son útiles en situaciones en las que la ley es ambigua, oscura o insuficiente, ya que ayudan a los jueces y juristas a comprender y aplicar la ley de manera más efectiva.

Finalmente, el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) establece que los jueces deben resolver los asuntos que se les presenten de manera razonablemente fundada. Esto significa que los jueces no pueden excusarse de tomar decisiones bajo el pretexto de que la ley es silente, oscura o insuficiente. En otras palabras, deben fundamentar sus decisiones de manera lógica y coherente, incluso cuando la ley no sea completamente clara.

9.5. ATRIBUCIONES DEL JUEZ CONCURSAL

Explica Favier Dubois (2021) qué “como consecuencia de los impactos de la reforma constitucional de 1994 y del Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 (CCCN), los poderes de los jueces concursales se han incrementado.”

Ante la pluralidad de normas que conviven entre sí, se busca que el juez emita una decisión razonable, fundada en aplicación de lo que se ha llamado diálogo de fuentes (arts. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación), dándole una mayor amplitud y libertad a la hora de resolver.

A decir de Graziabile (2022), lo que se busca es un sistema de decisión judicial que mantenga la coherencia del sistema jurídico y evite las decisiones arbitrarias, donde con la

premisa de fundar razonablemente un decisión, se destruya la construcción jurídica que surge de la aplicación de las fuentes del sistema jurídico (p. 44).

En este punto cabe diferenciar entre la posibilidad que tiene el juez de aplicar principios constitucionales o supralegales frente a un vacío legal para completar el ordenamiento jurídico y hacerlo para evitar la aplicación de la regla concreta.

Graziabile (2022), explica que “vemos que en la jurisprudencia prevalece la interpretación inconstitucional de la ley, so pretexto de la convencionalidad constitucional para directamente desechar la norma que no nos gusta, constituyéndose esto en una peligrosa forma de tomar decisiones judiciales” (p. 45).

Por su parte, Vaiser (2018) dice que la figura del juez concursal “se halla diseñada con marcada fortaleza y con amplitud notoria en sus potestades, siendo relevante la circunstancia de que numerosas normas del orden concursal apuntan en dirección del interés concursal, distinto o por encima de la clásica controversia deudor-acreedor.”

En virtud de lo antes expuesto, nos preguntamos si los jueces concursales tienen la facultad de permitir la reformulación de un acuerdo preventivo homologado, integrando la legislación concursal con las normas derivadas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por un lado hemos dicho que los jueces, como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 y de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, tienen amplias facultades a la hora de resolver. Amén de ello, sus decisiones deben fundarse en el llamado diálogo de fuentes, considerando no sólo las leyes, sino también los principios constitucionales y los tratados de derechos humanos.

Por otro lado, los jueces no pueden evitar la aplicación de una norma, cuando la misma resulta clara y aplicable al caso particular, so pretexto de integrar su contenido con las demás fuentes del derecho. Pretender lo contrario, significa dar a los jueces facultades legislativas que claramente no posee.

En el caso en particular, el artículo 63 de nuestra ley concursal ordena que “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”. Y sin perjuicio de las apreciaciones personales respecto a lo acertado o no de dicho mandato, entendemos que no existe fundamento que avale a los jueces para separarse de lo que la ley expresa de forma clara y precisa.

Dicho en otras palabras, aún a pesar de las amplias facultades que se le otorgan a los jueces en general, y a los jueces concursales en particular como custodios del interés concursal, estos no pueden evitar el cumplimiento de una norma, fundándose en subjetividades propias.

Esto a su vez, va de la mano con la seguridad jurídica. Es importante tener en cuenta que el orden jurídico es pilar del estado de derecho, y que las reglas jurídicas y la seguridad jurídica son fundamentales ya que permiten prever cuál será la solución de las distintas cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales.

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta investigación, se ha examinado en detalle la cuestión de si un juez concursal tiene la facultad de permitir la reformulación de un acuerdo preventivo homologado, integrando la legislación concursal con las normas derivadas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los resultados de esta investigación indican que la legislación vigente, particularmente los artículos 59 y 63 de la Ley 24.522, establece claramente que en caso de incumplimiento de un acuerdo preventivo homologado, la única respuesta prevista por la ley es la declaración de quiebra. Caso contrario, el juez se arrojaría facultades legislativas que, naturalmente, no posee.

Estas disposiciones legales se presentan sin distinciones basadas en la responsabilidad del incumplimiento, el porcentaje del acuerdo cumplido o la viabilidad de la empresa concursada. Aunque existen voces que argumentan a favor de la flexibilidad y la adaptación del sistema legal para preservar empresas económicamente viables, lo cierto es que la legislación actual no proporciona bases legales sólidas para admitir la reformulación de acuerdos preventivos homologados.

La cosa juzgada, la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los acreedores se presentan como argumentos de peso para mantener la rigidez de la legislación en este aspecto. Además, la autoridad judicial se encuentra limitada por la imposibilidad de juzgar la conveniencia de la quiebra o la voluntad de las partes involucradas. En este contexto, mal podríamos asignar al juez concursal facultades legislativas que le son inherentes al legislador.

Por ello concluimos que, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes el juez concursal no tiene la facultad de admitir la reformulación de un acuerdo preventivo homologado, a menos que se produzca un cambio normativo que modifique esta situación.

Ello en razón de que el sistema legal argentino, en su forma actual, no brinda la flexibilidad necesaria para abordar situaciones excepcionales que puedan surgir después de la homologación de un acuerdo preventivo, como sí lo hacen otros países americanos entre los que encontramos a Estados Unidos, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Bolivia e inclusive Chile.

En consecuencia ponemos de manifiesto la necesidad de reformar la ley concursal a efectos abordar eficazmente estas cuestiones y proporcionar un marco más adecuado para la preservación de empresas económicamente viables en momentos de crisis.

BIBLIOGRAFÍA

- Barocelli, S. S. (2015, Junio 15). *La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial*. Por Sergio Sebastián Barocelli La llamada teoría de la im. DPI Cuántico. Retrieved October 16, 2023, from <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Civil-Doctrina-2015-06-15.pdf>
- Cámara, H. (1982). *El Concurso Preventivo y la Quiebra Comentario de la Ley N° 19551* (Segunda Reimpresion ed., Vol. I). Depalma.
- Cámara, H. (1984). *El Concurso Preventivo y la Quiebras Comentario de la Ley N° 19551* (Segunda Reimpresion ed., Vol. II). Depalma.
- Congreso de la Nación Argentina (2009). Proyecto de Ley: Suspensión del artículo 59 de la Ley 24.522 .(2644-D-2009). Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=2644-D-2009>
- Escuti, I., & Junyent Bas, F. (2006). *Derecho Concursal*. Astrea.
- Favier Dubois, E. M. (2020, Junio 18). *Impactos de la emergencia sobre los procesos concursales en trámite y procesos nuevos*. Favier Dubois & Spagnolo. Retrieved October 13, 2023, from <https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/impactos-de-la-emergencia-sobre-los-procesos-concursales-en-tramite-y-procesos-nuevos/>
- Favier Dubois, E. M. (2021, Junio 24). *Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad*. Favier Dubois & Spagnolo. Retrieved October 16, 2023, from <https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/concursos-y-quebras/atribuciones-del-juez-concursal-en-la-posmodernidad/>
- Fushimi, J. F., & Richard, E. H. (2020, Abril 30). *Renegociación*. WordPress.com. Retrieved October 13, 2023, from

<https://elarcapress.files.wordpress.com/2020/05/renegociacic393n-richard-fushimi-2020.pdf>

Graziabile, D. (2017). *Manual de Concursos* (1ra. ed.). Abeledo Perrot.

Graziabile, D. (2022). *Nuevo Sistema Concursal* (1ra. ed.). Ediciones DyD.

Junyent Bas, F. (2018, Diciembre). Una nueva mirada del concurso preventivo. *Revista Deonomi*, 1(2), 53-79.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deonomi/revistas/rev-deonomi-Ed-0002.pdf>

Nedel, O. (2007). *Ley de Concursos y Quiebras Comentada* (2a Edición Actualizada y Ampliada ed.). La Ley.

Raspall, M. (2019, Marzo 9). *Nuevas crisis empresarial y reformulacion del acuerdo*.

Modificacion de los arts. 59 y 63 LCQ. El Arca Press. Retrieved October 15, 2023, from

<https://elarcapress.files.wordpress.com/2020/05/proyecto-reformas-1-art.-59-y-63-lcq-nuevo-1.pdf>

Raspall, M. (2020, Mayo 19). *Anteproyecto de reformas a los arts. 59 y 63 LCQ*. Instituto

Iberoamericano de Derecho Concursal. Retrieved October 15, 2023, from

[https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/reformas_covid19/argentina/PROYECTO-REFORMAS-\(1\)-ART.%2059-63-LCQ-NUEVO.pdf](https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/reformas_covid19/argentina/PROYECTO-REFORMAS-(1)-ART.%2059-63-LCQ-NUEVO.pdf)

Raspall, M. (2021, Octubre). *Concurso de empresas, renegociación del acuerdo y facultades jurisdiccionales*. XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano.

<https://congresoconcursalbahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-I-I-Instituciones-Concursales-Conservatorias.pdf>

- Raspall, M. A., & Raspall, M. L. (2014). *Derecho Concursal de la Empresa* (1ª ed., Vol. 1). Astrea.
- Ribichini, G. E. (2011). *Acuerdo preventivo judicial* (1ra. ed.). Astrea.
- Rivera, J. C., & Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (1ra. ed., Vol. I). Thomson Reuters. La Ley.
- Rouillon, A. (2017). *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24522* (17a. ed.). Astrea.
- Rubín, M. (2017, Julio 24). *Prescripción de las cuotas concordataria*. Rubín, Miguel E. | *Microjuris Argentina al Día*. al día | argentina. Retrieved October 16, 2023, from <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/07/24/prescripcion-de-las-cuotas-concordataria-rubin-miguel-e/>
- Sosa, F., & Salemme, Y. (2020, Junio 11). *¿El acuerdo homologado se puede modificar?* Abogados.com.ar. Retrieved October 13, 2023, from <https://abogados.com.ar/el-acuerdo-homologado-se-puede-modificar/26093>
- Torresi, G., & Moriconi, D. (2021, Octubre). La renegociación del acuerdo preventivo homologado: una nueva solución no liquidativa para el concursado. *XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, II*, 317-322. <https://congresoconcursalbahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-I-I-Instituciones-Concursales-Conservatorias.pdf>
- Truffat, D. (2020, Abril 29). *La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia*. Abogados.com.ar. Retrieved October 13, 2023, from https://abogados.com.ar/la-reformulacion-del-concordato-homologado-y-algunas-presuntas-herejias-en-tiempos-de-pandemia/25777#_ftn7

Vaiser, L. (2018, Marzo 15). *La quiebra, sus efectos y las potestades jurisdiccionales (Un breve repaso)* | *Microjuris Argentina al Día*. Microjuris. Retrieved October 16, 2023, from <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/15/la-quiebra-sus-efectos-y-las-potestades-jurisdiccionales-un-breve-repaso/>

Vitolo, D. R. (2019). *Manual de Concursos y Quiebras* (2da. ed.). Editorial Estudio.