



## **ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL**

**¿Una buena elección para evitar y/o superar la insolvencia?**

**ALEJANDRO R. GIACOMELLO**

**Abogado**

**Universidad Abierta Interamericana**

**Sede Regional Rosario**

**Facultad de Derecho**

**Agosto 2006.**

## **Agradecimientos.**

A mis padres.

A mis hermanos.

A la persona con la que comparto mi vida.

A mis amigos del alma.

A todos aquellos que confiaron en mí.

A mi gran profesora de Derecho Concursal.

## INTRODUCCIÓN

Luego de las grandes modificaciones de carácter económico que ha sufrido el país en el último lustro, la ley falencial no podía salir incólume. Por el contrario, entre las primeras reformas postconvertibilidad se echó mano sin dudar a la, hoy antiquísima, Ley 24.522, a través de la Ley 25.563.

Tan infortunada resultó esa modificación que en unos pocos meses vimos alumbrar la ley 25.589. Esta última reforma incluyó transformaciones más sustantivas que su predecesora, entre ellas encontramos las sufridas por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

Dentro de las enmiendas que recibió la figura en estudio, se rediseñaron dos o tres puntos y en especial el art. 76 LCQ, produciéndose una metamorfosis tal, que no sería inapropiado preguntarse si bajo la apariencia de modificar el maquillaje, no nos encontramos frente a un nuevo acuerdo preventivo extrajudicial.

Ahora bien, como mencionáramos anteriormente, es con la Ley 25.589 que aparece la figura del “acuerdo preventivo extrajudicial” como un nuevo instituto, que presenta determinadas características, por un lado algunas muy escasas, como lo son la insuficiente e imprecisa regulación e inspección, sin verificación de créditos y la ausencia de control sindical; y por el otro lado, el tan ansiado efecto de que, a pesar de ser obtenido el acuerdo en forma extrajudicial, una vez homologado se hace oponible aun a los acreedores que no participaron en el proceso.

Una vez que la reforma estaba instaurada entre nosotros, muchos fueron los enfados y las incertidumbres de la doctrina, como así también el escepticismo con respecto a su aplicación. Sin embargo, no habían pasado muchos meses cuando los APEs comenzaron a formalizarse, debiendo los jueces, resolver cuestiones absolutamente novedosas y en la mayoría de los casos, ciertamente atípicas.

Aspiramos a que el APE sea considerado, por los que tengan la posibilidad de leer esta tesis, como lo que realmente nosotros entendemos que es: un medio preventivo más para impedir la quiebra de las personas, tanto físicas como jurídicas.

## CAPÍTULO I

### *1- Evolución histórica del instituto*

Tradicionalmente nuestra legislación no se ocupó de regular este instituto. Así en la derogada ley 19.551, nada se decía sobre los acuerdos extrajudiciales. Recién se incorporó a la norma positiva con la reforma acontecida con la ley 22.917 de 1983, al regular en los arts. 125-1 y 125-2 los acuerdos preconcursales. Este tipo de acuerdos extrajudiciales, tuvieron principalmente, mucha aceptación a principios de la década del '80, en la cual, mediante los denominados “clubes de bancos”. La palabra “club” deriva de la referencia a una mesa “amigable y extrajudicial” de negociación; y el término “bancos” deviene de la circunstancia, constante histórica permanente, de que este tipo de instituciones son los acreedores más fuertes en los pasivos concursales y con quienes hay que renegociar. Los deudores acuciados por crisis financieras coyunturales, negociaban primordialmente con las entidades bancarias, las cuales por lo general eran sus principales acreedores, acuerdos tendientes a refinanciar sus pasivos.

Los acuerdos preventivos extrajudiciales, al igual que sus antecesores (los acuerdos preconcursales), tienen una marcada naturaleza convencional. Es decir, constituyen contratos realizados por el deudor con sus acreedores (todos o algunos), donde se pactan una serie de contraprestaciones, de las más variadas características, tendientes a facilitar un desahogo económico y financiero del deudor.

Destacamos que, en 1981, Alberti decía que el entonces reciente fenómeno operativo denominado “clubes de banco”, constituía la reaparición del ensayo de una solución extrajudicial de la crisis económica o financiera de la empresa; recuerda los “arreglos amistosos” aparecidos alrededor de 1930 y que en circunstancias coincidentes resurgieron con otros ingredientes alrededor de 1978, aguzando la inteligencia de acreedores y deudores en busca de evitar soluciones judiciales. Ponía de relieve que la

concertación entre el deudor y sus acreedores constituía necesariamente un contrato porque sólo éste es una figura susceptible de elaboración privada y con eficacia vinculante, sin oponibilidad con relación a terceros y con dudosa posibilidad de que esos terceros aprovechen tal convenio para alegarlo en sustento de pretensiones propias, cuya afirmación coincide con el art. 1196 del Cód. Civil; como consecuencia, los acreedores, ajenos a tal convenio, no pueden ser perjudicados en derecho, pues en tal caso la ley provee las acciones de impugnación (arts. 122 y 123 Ley 22.917 de 1983) de manera que los afectados podían hacerlo caer o cuando menos impugnar los actos que implicaran el otorgamiento de garantías posteriores al nacimiento del crédito, o bien los pagos mediante dación de bienes en sustitución de la especie propia de la cancelación.

Así, el régimen de la ley 24.522 ha introducido un sistema específico para el acuerdo preventivo extrajudicial, mediante el cual se pretende dar una solución preventiva extrajudicial a la crisis empresarial. Y la ley 25.589 lo ha flexibilizado para que su utilización sea una herramienta adecuada a las necesidades de los deudores.

## **2- Naturaleza Jurídica**

La mayor parte de Doctrina Nacional concuerda en que no muchos temas han dado lugar a tanto debate como la naturaleza jurídica del APE

Es pública y notoria la discordancia que se ha suscitado sobre el tema en cuestión. La mayoría de la doctrina, ha postulado que se trata de un “instituto concursal” o “subtipo concursal”.

Para dar una consideración acabada sobre la cuestión, cabe destacar, por cierto que el concurso es mucho más que un proceso, pero las previsiones de derecho de fondo con las que la ley reacciona frente a: 1) el fenómeno de la insolvencia o cesación de pagos, y 2) la presencia de dificultades económicas y financieras de carácter general; se materializan a través de un proceso *judicial*. Dicho proceso es universal, partiendo de

la clasificación que se formula de éstos según tengan por objeto sólo una parte o la totalidad del patrimonio de una persona. Pódeos recordar que:

*Procesos universales*: Son aquellos que tienen por objeto la totalidad (o la mayor parte de él, teniendo en cuenta que es posible que existan bienes excluidos legalmente del proceso, v.gr. art. 107, L.C.Q.) del patrimonio de una persona: la sucesión, la quiebra.

*Procesos singulares*: Son aquellos que tienen por objeto sólo una parte delimitada del patrimonio de una persona (sea un bien determinado o muchos bienes determinados): todo el resto de los procesos.

A su vez los procesos universales, además de afectar una abstracción (la totalidad del patrimonio) pueden pivotar en derredor de los mecanismos de transmisión de bienes *mortis causa* o como respuesta al fenómeno de la insolvencia.

Si un proceso concursal tiene en miras actuar sobre el patrimonio existente al momento del inicio de la bancarrota, a los fines de satisfacer los créditos de los acreedores, estamos frente a un proceso concursal *liquidativo*. En cambio, si no se tienen en cuenta los activos del deudor sino su capacidad de generar ingresos en orden a la satisfacción de sus acreedores (reteniendo en general el deudor la posesión de sus bienes y debiendo efectuar pagos a sus acreedores conforme un plan aprobado por la Corte) estaremos frente a un proceso concursal *rehabilitatorio* o superador de la crisis de ese patrimonio.

“La “rehabilitación” puede venir de la mano de un plan aprobado directamente por un tribunal especializado –lo que recuerda mecanismos propios de sociedades antidemocráticas (el “concordato de autoridad”) - o puede venir de un necesario acuerdo con una mayoría de acreedores (concordato consensuado), sujeto a decisión jurisdiccional que lo haga más solemne y firme. Dentro de estos procesos concursales consensuados, según sea el grado de complejidad procesal y mayor

intervención de órganos externos (p.ej.: sindicatura) en la determinación de los pasivos o en el análisis de las situaciones que llevaron a la cesión; o –por el contrario- de simplificación extrema de tales exigencias (al punto que el acuerdo llega “pre-armado”) se podrá hablar de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial. El último adjetivo nos parece poco afortunado y nos hubiera gustado más, mucho más, “simplificado”, “abreviado” o similar”.<sup>i</sup>

Un fragmento de los votos de dos Jueces de la Justicia Capitalina nos acercará sensiblemente al carácter concursal del APE: los Dres. Cuartero y Diaz Cordero efectúan un detallado punteo de las razones que ameritan asignar carácter concursal a la figura: “...-el acuerdo preventivo extrajudicial está regulado por un capítulo de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522; y las leyes que modificaron a esta última ley, la 25.563 y la 25.589, mantuvieron a ese procedimiento dentro del marco de la ley 24.522; lo cual evidentemente no puede ser considerado un error. Sería incongruente haber incluido en ese cuerpo legal un instituto de naturaleza estrictamente contractual, ajena a la normativa propia del concurso preventivo. Se trata de un procedimiento legal que tiene por objeto facilitar la superación de un estado de insolvencia patrimonial o crisis económicas y financieras de orden general (L.C. 69). Ergo, es un procedimiento propio del derecho concursal. La L.C. 76 establece que “*El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56...*”, es decir “produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aún cuando no hayan participado en el procedimiento”. Se trata de un efecto propio del derecho concursal: en materia contractual ese efecto es impensable (Cód. Civil arts. 1195 y concs.) La propia regulación del procedimiento remite a normas específicas del concurso preventivo (véase L.C. 72 in CAPIT e in fine, 73 in fine y 76)...”.<sup>ii</sup>

No obstante ello, hay autores, que siguen negándole tal carácter. Algunos, colocan en tal posición a Heredia. Sin embargo, el referido tratadista ha afirmado, “*El*

*acuerdo preventivo extrajudicial es ab initio de naturaleza concursal, en virtud de su condición de contrato único, que tiene por causa-fin evitar la la quiebra...*”<sup>iii</sup>

En efecto, el acuerdo preventivo extrajudicial no puede considerarse extraño a los procedimientos contra la insolvencia. No está fuera de los procedimientos concursales, sino en el terreno de ello. Lo que ocurre es que Heredia –como tantos otros- nos habla de una naturaleza dual que nadie discute (en rigor de verdad, hasta el momento mismo de la homologación se está en un terreno consensual). Pero: ¿cuánto hay de ello cuando la “causa-fin” del contrato y su propia estructura en lo que hace a las prestaciones, se encuentra directamente vinculada a la homologación que se requiere?

Lo antedicho podría predicarse también del voto en minoría del juez Monti; el que parecería adoptar la teoría contractualista (formulando una sutil discriminación entre la etapa contractual del APE y sus efectos, *que no serían del APE propiamente dicho sino de su homologación*). Podemos convenir, sin temor a equivocarnos, que stricto sensu, todos los acuerdos de mayorías portan una etapa contractual. Esta “naturaleza contractual” podrá analizarse desde un punto de vista que importe una mayor o menor aptitud para determinar su contenido en función de que haga hincapié en una tesis y otra. De lo que no podemos dudar es de que ya sea por el sometimiento a los parámetros homologatorios del art. 52, inc. 4º, L.C.Q. –para quienes suscriben la postura concursalista- ya sea por el sometimiento a lo que algunos autores llaman “...las reglas que establecen límites a la autonomía de la voluntad...”; tanto los que militen en una u otra posición, concuerdan en sujetar lo acordado a ciertos límites que prescriben el abuso y la discriminación.

Efectuar la distinción entre la naturaleza contractual del APE y la concursal de sus efectos, como lo hace el Dr. Monti, nos lleva obligadamente formularnos una pregunta ¿es posible que se prediquen *efectos* concursales, sin reglas ni principios ni recaudos concursales? Consideramos que se impone una respuesta negativa. Creemos

que no es posible acreditar efectos concursales al APE sin que exista un respeto vigoroso al viejo principio de tratamiento igualitario que otorga sentido al derecho concursal.

A su vez entendemos que no es posible asignar efectos concursales al APE sin que exista afectación de una universalidad de acreedores (bien que relativa, ya que no se requiere la afectación de la universalidad absoluta de los acreedores). Por último, creemos que es vano enfatizar los efectos concursales del APE sin que el Estado encargue que este acuerdo sea homologado por un juez concursal, esto es, con facultades oficiosas que le permitan asegurar el buen respeto de los principios concursales y que lo habiliten a investigar, por sí mismo, las calidades sustantivas del APE, vigilando que a través de la autonomía de la voluntad (art. 71, L.C.Q.) no se obtenga un APE abusivo o contrario a la ley (art. 52, inc. 4º, L.C.Q). Pero tal vez podría sostenerse que la medianera, no pasa por quienes llegan al mismo resultado por caminos diversos, sino entre quienes sostienen con énfasis que el acuerdo debe sujetarse a las reglas básicas de un tratamiento similar o igualitario y evitar el abuso –y en esto coinciden las tesis concursalistas y las mixtas- y quienes quieren seguir viendo en la figura aquel antiguo contrato de la ley 22.917 o de la ley 24.522 (que nada imponía a los disidentes) y que pretenden que el juez sea un mero homologador automático, postura que sostienen los contractualistas acérrimos.

A poco de entrada en vigencia la ley 25.589 un autor postuló –tal vez en la posición más intensa que ha sostenido la doctrina sobre el punto- la calidad de subtipo concursal de la nueva figura.

Además de las muchas y variadas razones de derecho que fundaban tal conclusión, existía un motivo estratégico: siendo necesario para el adecuado funcionamiento de la figura un juez activo y poderoso, “¿qué mejor que favorecer que los jueces con competencia concursal (que son los competentes para entender en materia de APE) encontraran en la propia Ley de Concursos y Quiebras, y su propia

experiencia sobre el punto, los razonamientos y recursos que permitieran prevenir abusos?”<sup>iv</sup>

Cabe recordar que fallos como “La Naviera” o “Línea Vanguard” –ambos de la CN Com., Sala C- o las sesudas reflexiones del juez Mosso, abrieron el camino al control de legalidad “sustancial”, pese a la torpe previsión del art. 52, L.C.Q., en su redacción original. Esos jueces, que no necesitaron del actual art. 52, inc. 4º, L.C.Q., para garantizar la primacía de todo el plexo normativo, seguramente se moverían más cómodos (al analizar el novedoso APE) si lo hacían desde el tópico que mejor conocían. El avance en este tema es mucho y muy bueno, –hoy por hoy- parece opinión común que los APEs sujetos a homologación deben respetar los principios concursales básicos.

Aquí desarrollo, a modo de resumen, -inspirado en pensamientos de Truffat- los motivos por los que entiendo que el APE es un instituto concursal.

a) Su origen. La figura objeto de este trabajo no guarda vínculo primario con la figura homónima que traía la ley 24.522 en su versión original. En dicha ley se regulaba un contrato con efectos bonificados en caso de ulterior quiebra del sujeto en cesación de pago o en dificultades financieras o económicas. El APE hoy vigente, más allá de que comparta hasta el texto de algunos artículos con su predecesor, es la respuesta legislativa a las peticiones de grandes grupos de poder (Fondo Monetario Internacional) en el sentido de regular algún tipo de proceso concursal breve, económico y sin síndico.

b) Sus efectos. Homologada que sea la figura en estudio de la presente tesis importa la quiebra del deudor en caso de incumplimiento o nulidad de la misma. Como así también diversos efectos que serán explicitados durante el desarrollo del trabajo.

Sostiene Truffat, que “... la tan cuestionada denominación de subtipo concursal (la que, por otra parte y más allá de su eventual imprecisión ha tomado carta de ciudadanía en los usos forenses) sólo importaba postular que el acuerdo preventivo

extrajudicial aparecía a sus ojos como una variante, un desgajamiento, una alternativa, de la conocida figura del concurso preventivo; y que –en consecuencia- se advertía como lógico y aceptable que no existiendo matriz conceptual específica (algo así como una “teoría general del proceso concursal rehabilitatorio”), la nueva figura abrevara, para llenar sus vacíos o aclarar conceptos, en ese “hermano mayor” ya conocido y transitado.

En algún lugar del subconsciente colectivo resta ese gusto por argumentar sobre si el APE es *homoousios* (de la misma sustancia que el concurso preventivo) o *homoiusios* (de sustancia parecida). Si este tipo de discusiones hartaban al propio San Atanasio –que los reservaba para los concilios, pero que no toleraba que se lo plantearan cuando preguntaba sobre el precio del pescado o sobre si el agua estaba caliente-, qué decir en los tiempos que corren!...”.Citar Truffat pag 61 y 62<sup>v</sup>

Parte del pronunciamiento de la CNCom., Sala A, 4/10/2004, en autos “Multicanal S.A.”, nos otorgará, con claridad meridiana, un fundamento interesante a lo dicho por Truffat “...El acuerdo preventivo extrajudicial regulado en el Capítulo VII del Título II de la Ley 24.522, según ley 25.589 es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo. Ahora bien, no obstante tratarse de otro tipo concursal, dado que la regulación del APE deja al descubierto múltiples vacíos normativos, la similar finalidad de ambos institutos impone, más allá de las remisiones parciales al articulado del concurso que contienen los arts. 69 y ss., L.C.Q., recurrir a una función de integración normativa entre los dos mecanismos que, sin embargo, no debe ser automática, sino acotada y razonada. Dentro de tales parámetros, se entiende que las normas del concurso preventivo sean de aplicación al APE en tanto resulten compatibles con su finalidad como forma de reestructuración de pasivos...”.<sup>vi</sup>

Dasso afirma: “...a partir de la conceptualización del instituto como contrato o como subespecie concursal la doctrina muestra un amplio espectro de

variantes que en definitiva a mi juicio no son sino coincidencia. El APE, con su nueva regulación, no puede ser sino calificado como un instituto híbrido, necesariamente contractual en su origen y concursal en su ulterior desarrollo contingente. Cada vez que exista un APE en los términos de los arts. 69 y 71 (no más allá) estaremos en presencia de un contrato que será *res inter alios*. Pero por voluntad del deudor (y sólo a su instancia, nunca a instancia de parte ni *ex officio*) se convertirá en instituto eminentemente concursal con sus características típicas, la principal de ellas, propagación de los efectos del acuerdo con la mayoría a aquellos acreedores que no lo firman, o incluso se opusieren, es decir al universo del pasivo. Si esto no es concursal ciertamente tendremos que rever todos nuestros conceptos. Es un instituto de origen típicamente contractual que puede agotarse en esa instancia. En tal hipótesis solamente será vinculante para quienes lo suscriban. Pero presentado para la homologación judicial adquiere naturaleza típica de la concursalidad...”<sup>vii</sup>

El Dr. Junyent Bas, sostiene que el debate en derredor de la naturaleza jurídica del APE no es solo teórico, sostiene el citado autor que...”según la impronta que le otorguemos al APE servirá para definir el método interpretativo y colaborará en la construcción de un sistema congruente. Sería un error sostener lisa y llanamente que estamos en presencia de un contrato, ya que el cumplimiento de determinados recaudos legales, su constatación judicial y consiguiente homologación, le otorgan a este tipo de acuerdo una eficacia particular al convertir un convenio de partes en un concordato judicial oponible a todos los acreedores. De esta manera, el acuerdo extrajudicial tendría dos facetas claves: la primera hace a la fuerza jurígena que nace de la convención entre el deudor y los acreedores obtenida en una etapa de negociación extrajudicial; la segunda a la eficacia omnicompreensiva de los acreedores que sólo se obtiene con la homologación judicial, o sea, con el control de legalidad formal y sustancial del órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que el APE es un instituto concursal, no puede “parificarse” al concurso preventivo, y la integración normativa es el tema nuclear que

no puede simplificarse con la afirmación de la concursabilidad del instituto. El acuerdo preventivo extrajudicial ha “mutado” su naturaleza, ya que, si bien tiene estructura contractual, en función del acuerdo entre el deudor y los acreedores, la homologación judicial le otorga efectos similares a los del concurso preventivo, o sea que estamos ante una figura típica que, siendo concursal, tampoco se confunde con el concurso preventivo. En efecto, puntualizar que es un “subtipo concursal” no puede convertirlo en un mero símil simplificado del concurso preventivo, desnaturalizando las características típicas del instituto. En definitiva, el instituto del APE aparece con una nueva configuración jurídica que lo convierte en un “contrato judicial” y lo habilita como una alternativa de prevención de la insolvencia que puede convertirse en eficaz herramienta para el saneamiento empresario...”.<sup>viii</sup>

A continuación trataremos de realizar una síntesis de la postura de Alegría, la cual considero excepcional e imprescindible sobre el punto que estamos tratando: “...Los trabajos de doctrina y la aplicación jurisprudencial sobre el APE, a partir de la reforma integral del instituto por la ley 25.589 pivotean en gran parte sobre la llamada “naturaleza jurídica” que, para nosotros, consiste en el análisis de la ubicación sistemática del instituto, del que derivarán normas interpretativas de valor para su recta interpretación. Remedando las ya antiguas doctrinas sobre la “naturaleza jurídica del concordato”, el APE ha sido conceptualizado, en un extremo, como una institución básicamente contractual, hasta, en el otro, un instituto concursal. En este arco de posibilidades se han utilizado calificaciones de la más variada especie, como “contrato exorbitante” a las disposiciones sobre el valor relativo de los contratos, como contrato o acuerdo privado “judicializado”, y hasta “subtipo concursal”, entre otros. La jurisprudencia, si bien menciona una y otras caracterizaciones, en lo medular de sus fallos aplica conclusiones que ubican al instituto en su faz predominantemente concursal. Para abreviar el discurso, señalamos que, a nuestro juicio, es un verdadero instituto concursal. Bastarán algunas razones para apoyar esta opinión: a) El APE está regulado como un capítulo (VII) dentro del título segundo de la Ley de Concursos y

Quiebras (en adelante L.C.Q.), que se refiere al “concurso preventivo”; b) su regulación concreta remite en varias oportunidades a otras normas de la propia L.C.Q.; c) si fuere necesario agregar mayores argumentos, diremos que el requisito objetivo (cesación de pagos o dificultades económicas o financieras de carácter general) es un presupuesto concursal típico; d) los requisitos formales de la presentación son comparables *mutatis mutandi* con los del art. 11 de la L.C.Q.; e) los efectos de la presentación sobre procesos contra el deudor de contenido patrimonial son, en parte, análogos a los de la apertura del concurso preventivo; f) las mayorías para su aprobación son similares a las del concurso preventivo judicial (art. 45 L.C.Q.); g) existen requisitos de publicidad semejantes a los del concurso preventivo judicial (arts. 27 y 28, L.C.Q.); h) existe una etapa de conocimiento abreviada en la que los acreedores pueden formular oposiciones (art. 75); i) la homologación, según mayoritaria doctrina, se rige por los principios que la gobiernan en el concurso preventivo judicial; j) finalmente, los efectos del acuerdo homologado, de su incumplimiento y de su nulidad se corresponden *mutatis mutandi* con los del concurso preventivo judicial. Esta última característica es la esencial en la tipificación concursal del instituto, pues consagra la extensión de los efectos del acuerdo a los acreedores no concurrentes, tal como ocurre en el acuerdo obtenido en un concurso preventivo judicial. Esta misma particularidad aleja la posibilidad de calificar como “contrato”, al menos en puridad, al APE. Por ello nos parece que hablar de un “contrato que vulnera la oponibilidad contractual” consagrada por los arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil es un contrasentido...”<sup>ix</sup>

## CAPITULO II

### ***1- Partes del acuerdo preventivo extrajudicial.***

La norma positiva no dice expresamente quiénes son los deudores habilitados para recurrir a este instituto legal. Ello así, debemos considerar a los sujetos comprendidos en el art. 2° de la LCQ. A este elenco de sujetos activos, debemos agregar, a tenor de lo dispuesto en el art. 5° del régimen concursal, las personas de existencia ideal en liquidación, dado que éstas conservan (art. 101, ley 19.550) su personalidad a los efectos de la liquidación del ente. A tenor de las disposiciones que regulan el concurso de los conjuntos económicos, entendemos aceptable que estos grupos empresarios puedan celebrar este tipo de acuerdos. Nótese que lo contrario implicaría una clara violación al espíritu del art. 69. En este sentido, Alegría destaca que si bien la ley no contempla expresamente el caso del acuerdo preventivo extrajudicial requerido por un “conjunto económico” (art. 65), entendemos que no existen inconvenientes en que un grupo económico, en las condiciones del mencionado capítulo, incluyendo el caso de los garantes (art. 68), pueda presentar un acuerdo preventivo extrajudicial.

En el caso de los deudores no comerciantes, en el de las sociedades irregulares, y en el de aquellos sujetos que lleven una contabilidad irregular o directamente no lleven registros contables, se ha discutido si tenían la posibilidad o no de solicitar un acuerdo preventivo extrajudicial. Parte de la doctrina, de la cual somos acérrimos partidarios, sostiene que siendo posible que soliciten su concurso preventivo judicial, no habría obstáculo alguno para que recurran a este instituto legal. Se ha debatido sobre los requerimientos del art. 72, inc. 4°, en cuanto plantean la necesidad de presentar libros de comercio, como un impedimento. Nos parece desacertada tal cuestión, pues lo mismo se requiere para solicitar la apertura del concurso preventivo (conf. Art. 11, inc. 6°). La ley es clara, todo el que puede concursarse tiene acceso a solicitar un acuerdo preventivo extrajudicial.

Adherimos al criterio de Segal, para quién en el caso de los deudores afectados por la disposición del art. 30 (incumplimiento de lo dispuesto en los incs. 5° y 8° del art. 14 y en los arts. 27 y 28, párr. 1°) respecto a los que es aplicable la restricción del art. 31 in fine, y los que se hallen en el período de inhibición previsto en el art. 59. Ciertamente en los casos enunciados tampoco es dable apreciar la existencia de obstáculo alguno para que aquéllos puedan celebrar y solicitar la homologación de un acuerdo del tipo, desde que las normas se refieren a la inadmisibilidad (art. 30) y a la inhibición (arts. 59 y 60) para una nueva petición de concurso preventivo o conversión de la quiebra.

No podrán acogerse al régimen de los acuerdos preventivos extrajudiciales las AFJP, las compañías aseguradoras, y las entidades financieras.

Siguiendo el pensamiento de Alegría, se encuentran excluidos, además, los deudores ya declarados en quiebra (art. 10), los deudores que se encuentren en concurso preventivo judicial, los deudores con acuerdo preventivo homologado, aún habiéndose declarado finalizado el concurso (art. 59), en la etapa de cumplimiento, los deudores que hayan cumplido un acuerdo preventivo judicial **hasta después de transcurrido el plazo de un año contado a partir de la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo (arts. 59, último párrafo, y 13)**, las personas públicas que no sean sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte. Aclara el autor citado que cuando a una entidad financiera se le hubiere aplicado el art. 35 bis de la ley 21.526 (incorporado por la ley 24.485), y se tratara de la liquidación del patrimonio remanente excluido del proceso de saneamiento de la entidad, de manera que tal patrimonio remanente quedara en cabeza de una sociedad no autorizada a operar como entidad financiera, entendemos que no existiría razón para privarla de la solución del acuerdo preventivo extrajudicial para atender a los acreedores no incluídos en el patrimonio que continúa en la entidad financiera adquirida o continuadora.

Truffat nos habla de la posibilidad de solicitar un APE a quien hubiese recurrido previamente a la figura. El autor citado expresa lo siguiente... “Depende: si el APE hubiera sido rechazado o desistido resulta muy dudoso aplicar la disposición del artículo 31 LCQ. Parece justo, pero genera algún resquemor aplicar una disposición que restringe derechos cuando el citado artículo 31 no menta expresamente al APE.

Sin perjuicio de lo antedicho, los jueces siempre podrán repeler la petición de homologación del APE, en función de la teoría del abuso del derecho (o, si se prefiere en el caso, el abuso del proceso)”.<sup>x</sup>

Si el APE hubiera sido homologado y se hubiera cumplido, dado que tal homologación produjo iguales efectos que los de un acuerdo preventivo, parece lógico predicar que la inhibición del art. 59 LCQ podrá aplicarse en tal caso”

Analizados ya todos los aspectos de la parte “deudora” de los acuerdos preventivos extrajudiciales, con relación a la parte “acreedora”, estará obviamente integrada por aquellas personas físicas o jurídicas que por un vínculo obligacional con su deudor, tengan en su contra una acreencia.

## **2- Presupuestos objetivos.**

El legislador ha previsto que, para que un deudor pueda recurrir a un acuerdo preventivo extrajudicial se encuentre lisa y llanamente en estado de cesación de pagos –al igual que en el caso de los concursos preventivos- o que, con un criterio más amplio, éste se encuentre en dificultades financieras o económicas. En opinión de Maffía, no está claro aún qué alcance tendrá la expresión “dificultades económicas (...) de carácter general”, una frase tan vaga, mal podría fenomenalizarse en situaciones familiares, e incumbirá a la jurisprudencia y a la doctrina ir elaborando un repertorio de situaciones que reemplacen la –imposible- caracterización legal. Se tardó mucho en lograr que “imposibilidad de cumplir regularmente” resultara un enunciado aceptablemente preciso.

Entiende Segal que la generalidad aludida en la denominación legal (art. 69) remite a su amplitud e implica que deben comprender la situación patrimonial en su integridad. Las causas económicas están referidas a lo patrimonial o a la rentabilidad, es decir a la capacidad de remunerar adecuadamente los medios financieros invertidos, en lo cual tiene que ver el mercado en que la empresa se ubica y sus características (adaptado o no a la demanda) y la tecnología que utiliza (obsoleta o costosa). Las causas financieras hacen a la liquidez, disponibilidades o medios para cubrir las erogaciones de caja, al nivel de endeudamiento –especialmente si no existen contrapartidas en activos realizables-, a la necesidad de superavit financiero para el repago de los pasivos realizables, etc., aspectos que esencialmente pueden determinar, como hemos dicho, el grado de vulnerabilidad empresarial.

Sería prudente aclarar que las dificultades económicas o financieras, a que hace referencia el texto legal, son, en general, una etapa previa al estado generalizado de cesación de pagos, al cual no se llega de un día para el otro, sino que se van atravesando distintas etapas con diferentes grados de dificultad, hasta llegar al final del camino: **la cesación de pagos**. A modo de ejemplo –tan sólo eso- la empresa en crisis, primero tiene problemas con la colocación de sus productos en el mercado, luego registran notables atrasos en el cobro de sus propios créditos, esto le ocasiona dificultades para cubrir los cheques librados contra su cuenta corriente. Posteriormente, se produce un “*cuello de botella*”, en el cual se presenta el dilema de cerrar la cuenta corriente, o tomar un grado mayor de endeudamiento para mantenerla “abierta”. Seguidamente se hipoteca la fábrica para conseguir dinero fresco que permita cubrir los “cheques dados”. Finalmente el gerente del banco, no espera más y cierra la cuenta corriente de la empresa. Luego de esto, el empresario decide salir a renegociar todo su pasivo. A esto le siguen nuevos incumplimientos que toman su situación con los acreedores insostenible. Generalmente, frente a este panorama, y no antes, los abogados son consultados en busca de soluciones que, obviamente, no están a su alcance.

Como vimos, las dificultades económicas o financieras tienen en la práctica un grado, que va de menor a mayor de dificultad que torna prácticamente imposible una definición que las pueda generalizar o conceptualizar. Pensamos que cuanto antes pueda el empresario individualizar la crisis que se aproxima, mayores posibilidades de supervivencia tendrá. En el ejemplo dado, entendemos que será la primera etapa de dificultades el momento oportuno o, si se quiere, a partir del cual, se encuentra el deudor en condiciones de recurrir al acuerdo preventivo extrajudicial. Cuanto más tiempo pase, mayor endeudamiento se registrará, mayores serán las garantías reales otorgadas por el deudor y, fatalmente, menores serán las posibilidades de salir adelante.

Para Lorente, desde un punto de vista práctico, resulta de difícil aprehensión el límite real entre un patrimonio en estado de cesación de pagos y uno que padece dificultades generales de índole económicas y/o financieras.

Barbieri, aclarando el concepto bajo análisis, dice que la fórmula es mucho más amplia que la mera “cesación de pagos” a la que se alude en el art. 1º como presupuesto sustancial para la apertura del concurso preventivo; se legitima, entonces, a aquellos sujetos que padezcan dificultades económico-financieras de carácter general que no lleguen a configurar el “estado de cesación de pagos” (p. ej. porque no son de carácter permanente), aunque también se permite suscribir el acuerdo cuando el deudor se encuentre afectado por dicho estado.

### **3- El juez competente**

La cuestión está solucionada de modo expreso en la ley (art. 73) que remite al “...juez competente, conforme lo dispuesto en el art. 3º...”.

Es decir que la cuestión estará sujeta a la misma regla que para la presentación de un concurso preventivo (y a las mismas vicisitudes o dudas que a su respecto pudieran suscitarse).

En las jurisdicciones donde la existencia de pedidos de quiebra en trámite radica ante esos estrados el concurso preventivo que se presente, corresponderá seguir la misma regla de asignación si la presentación fuera de un APE.

#### **4- El rol del juez en el APE**

##### Los fines de la legislación

Para encontrar la finalidad de la legislación concursal, es necesario partir del fenómeno o fenómenos que la motivan. El estado objetivo de insolvencia, cualquiera sean los términos utilizados para identificarlo, crean un disvalor social que obliga a la ley a atender con normas adecuadas. Estas normas tienden, en principio, a la tutela de los distintos intereses en juego y organizan alternativas para su solución de acuerdo con una variedad de factores que atienden básicamente al valor justicia y que contemplan distintos parámetros para abrir paso a cada una de tales soluciones. En principio, tratándose de una empresa, su crisis produce una serie de repercusiones que causan “alarma social” pues muchos intereses pueden ser gravemente amenazados. Es corriente en doctrina identificar los que hemos llamado “principios orientadores de la ley de concursos”, tal como lo hacía la “Exposición de Motivos de la ley 19.551 (Adla, XLIV-D, 3806)” y resultan en gran parte ratificados por la nota de elevación del proyecto de ley 24.522.

En la legislación actual podemos reconocer como fines permanentes y alentados, en primer lugar, la remoción de la insolvencia, es decir, su superación, a través de medidas preventivas de distinto cuño y, en última instancia, a la liquidación del patrimonio y el reingreso de los activos a la actividad productiva, junto con medidas tendientes a la justa recomposición del patrimonio cesante, si fuera el caso.

Las distintas legislaciones modernas han ido imaginando nuevas figuras, especialmente para la solución preventiva; incluso con remedios no judiciales sino administrativos. En nuestro país la nueva redacción del “Acuerdo Preventivo

Extrajudicial”, reconociendo los principios y fines de los procesos concursales, establece uno totalmente renovado, al que cabe atribuirle fines específicos dentro de los genéricos de la legislación concursal. Esos fines pueden identificarse como permanentes en tanto se busca una alternativa con mayor ductilidad, menores erogaciones, mayor celeridad y efectos aún para acreedores no participantes. A su vez, en el medio de una gran crisis sistémica se prefirió este procedimiento para recomponer el plexo empresarial (con los intereses plurales en él asentados: acreedores, trabajadores, economía general). Por tanto, aún con señalados defectos o carencias en su regulación, el intérprete debe tender a darle el mejor destino a la figura mediante aplicaciones concretas que no desmientan los fines y no desconozcan la premiosa realidad que requiere la vuelta a la normalidad de un gran número de emprendimientos. Fue Foyer quién afirmó “una gran reforma se rueda como un motor nuevo”. Por tanto y por encima de la “impaciencia de los prácticos”, la ardua labor de los jueces, apoyados en la doctrina, *será la de llenar los vacíos*, limar las contradicciones y conducir el proceso de interpretación de la ley en orden a sus fines.

### **5-Facultades del juez**

El art. 274 de la L.C.Q., que reproduce literalmente el art. 297 de la ley 19.551, dice claramente que “el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias”. Esta norma, suficientemente amplia indica los contornos de la función judicial en los concursos y es aplicable al APE. Claro está que estas facultades cobrarán mayor o menor intensidad según la clase de proceso y las circunstancias frente a las cuales se halle el magistrado. En principio parece que esta labor puede identificarse como de menor intensidad en el APE, con mayor énfasis en el concurso preventivo judicial y con total protagonismo, junto con el síndico, en la quiebra.

En concreto, pues, el papel del juez ha de ser fundamental en el APE, como institución novedosa, para encauzarlo en la senda que lo dirija a sus fines. Su

intervención oficiosa será necesaria si estos fines son violentados o mediatizados, con perjuicio de alguno de los intereses en juego y alcanzará su cúspide al tiempo de la homologación. De otro lado, esa intervención debe tener la medida y prudencia que permita alcanzar los objetivos de solución de la crisis empresarial, con la rapidez y economía que fundamentan la figura y que sean congruentes con las necesidades de recuperación de los efectos de la crisis sistémica.

a- La resolución inicial.

En muchos casos, habiéndose cumplido los requisitos del art. 72 de la L.C.Q. los jueces así lo declararon de inmediato, ordenando las publicaciones previstas por el art. 74 de la L.C.Q. Si bien en las mayorías de las oportunidades no se adoptaron otras previsiones, en otras, se siguieron criterios diversos.

En algunos supuestos se agregaron medidas no contempladas expresamente en el Capítulo VII del Título II de la LCQ y se acudió a algunas previstas para la apertura del concurso preventivo judicial (art. 13, LCQ), así, por ejemplo, en unos pocos se ordenó la inhibición general de bienes, en otros, medidas reseñadas a libros y contabilidad y un magistrado se refirió a la interdicción de salida.

Con relación a estos temas, se nos ocurre que no se presenta analogía entre el APE y el concurso preventivo judicial. En término de lo que hemos analizado respecto de las reglas de la semejanza que, como causa eficiente, justifica la analogía no se presentan en el caso. No se trata de aplicar un rigor innecesario (salvo sospecha fundada en contrario), desde que se da por supuesto que el acuerdista ha obtenido las mayorías para superar su crisis, al menos prima facie.

Por tanto, los acreedores han debido ser informados y han prestado su conformidad con una solución, de forma que medidas que importen restricciones o prevenciones mayores a las específicas implantadas por la ley, agravarían sin necesidad la situación e imagen del acuerdista. Por otro lado, la inhibición puede traer demoras y

costas y, eventualmente, la figuración como una limitación comercial o financiera al deudor, no solo en los registros públicos respectivos, sino en las agencias de informes y calificación de riesgos, teniendo, por otra parte una vida efímera que perjudica su acceso al crédito. Estas conclusiones se refuerzan si advertimos, con el criterio de interpretación analógica que hemos desarrollado, que tampoco se producen otros efectos de la apertura que pueden estar total o parcialmente relacionados con lo que hemos indicado: no existe síndico que elabore la información y a quién ésta deba ser entregada por el acuerdista o sus administradores; tampoco, como también hemos señalado, son procedentes los efectos de los arts. 15 a 20 de la LCQ pues, por ejemplo, no hay administración vigilada ni pronto pago, ni suspensión de intereses ni posibilidad de resolver contratos o suspender convenios colectivos de trabajo; todo esto por cuanto se supone que deudor y acreedores convinieron los términos de su acuerdo y, eventualmente, los actos que el deudor se comprometía a realizar o a no realizar desde la firma de tal acuerdo. Parece, pues, que este plexo de soluciones que resultan aplicables, excluye aquellas otras medidas precaucionales a las que nos estamos refiriendo.

En oportunidades especiales y seguramente ante particularidades de la causa que los justificaban, se resolvió dictar medidas de información ampliatorias. La excepcionalidad es justificable cuando el juez no tiene convicción de ciertos puntos y cabe dentro de las facultades judiciales. Sin embargo, casualmente por ser excepcional, estas facultades deben ser usadas cuando las condiciones particulares del caso excedan de lo ordinario, para no producir demoras y costos adicionales, tal como lo exige la conformación teórica de la figura.

Se reconocen también otros criterios, así como: en una ocasión, el juez accedió a la convocación de una asamblea en los términos del art. 45 bis LCQ, a pedido de la acuerdista, en lo que calificó como “medida preliminar”.

En varios casos, antes de dar por cumplido los recaudos del art. 72, se requirió información adicional.

*b- Facultades del juez en la homologación*

El art. 75, segundo párrafo LCQ, se refiere lacónicamente a la homologación, y dice **“Si estuvieren cumplidos los requisitos legales, y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo”**. Por otro lado el art.76, otorga al acuerdo homologado, efectos similares a los del acuerdo obtenido a los de un concurso preventivo judicial. Esto lleva a cierto debate sobre si la homologación del APE se funda exclusivamente en el párrafo del art. 75 que hemos mencionado o permite aplicar el art. 52 LCQ, tal como fue introducido por la reforma de la ley 25.589.

En un reciente y completo trabajo, en forma reiterada, Junyent Bas y Molina Sandoval se apoyan en el art. 75, excluyendo, en principio, la aplicabilidad del art. 52 en lo referente a la discrecionalidad del juez en no aprobar una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Por nuestra parte pensamos que no puede dejar de valorarse el art. 52 LCQ como integrativo de la normativa que se aplica a la homologación. Fundamentamos este parecer en que el párrafo del art. 75 LCQ habla de la homologación y no señala en qué consiste, por lo que tal homologación debe interpretarse a la luz del contexto del ordenamiento compatible, con razón suficiente. Para ello valoramos que si los efectos de la homologación son los previstos para el acuerdo preventivo obtenido en un concurso preventivo judicial, la raíz de tales efectos no puede ser sino la homologación en el sentido del art. 52.

Rescatamos como un paso valioso la restitución –incluso en el texto de la ley- de las facultades homologatorias del juez concursal en orden a los principios superiores de justicia, equidad y tutela del abuso, como lo ha hecho la generalidad de la doctrina. Es claro entonces que el juez concursal no “homologará el acuerdo” de

manera mecánica o automática, sino juzgando todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

## CAPITULO III

### **Recorrido normativo por la figura**

***Art. 69.- El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial (Modificado por Ley 25.589, art. 18)***

La reforma introducida por la ley 25.589

La ley 25.589, sancionada y promulgada el día 15/5/02 y publicada el día 16/5/02, ha introducido una serie de modificaciones a todo el capítulo dedicado al Acuerdo Preventivo Extrajudicial (arts. 69 a 76), las cuales entendemos habrán de revitalizar este instituto, hasta convertirlo en una de las soluciones viables a la que más recurran los deudores con dificultades.

Básicamente se ha generado un procedimiento expeditivo, económico y efectivo que les permitirá a los deudores la posibilidad de acordar directamente con sus acreedores la solución común que mejor convenga a sus derechos. La redacción dada a este instituto en la ley 24.522 generaba dificultades y obstáculos de distinta índole, que tornaban inviable la figura legal.

Por el contrario, a partir de la nueva redacción para este instituto legal se lo ha transformado en un procedimiento llano y ágil. Se ha creado a partir de la presentación de la solicitud de homologación un marco adecuado de protección – suspensión de las acciones de contenido patrimonial, mediante- para el deudor en dificultades económicas o financieras. De fundamental importancia resultan los nuevos efectos atribuidos al acuerdo extrajudicial homologado, el cual se opone a todos los acreedores por título o causa anterior a la presentación. Esta nueva figura queda así alineada con las legislaciones más modernas en la materia, a la par que abarata sensiblemente los costos, comparados con los del concurso preventivo judicial.

A partir del art. 18 de la ley 25.589 (que modifica el Capítulo VII, ley 24.522) se ha pretendido fortalecer este procedimiento de base extrajudicial, ya no como medio alternativo al concurso o a la quiebra, sino como un instituto de aplicación central en la legislación concursal. Se impone en forma obligatoria a todos los acreedores y constituye un avance sobre el instituto del concurso preventivo. Se trataría del tercer “redescubrimiento del concordato extrajudicial”, una nueva oportunidad que se concede a un instituto que no ha logrado aceptación general ni utilización corriente en la práctica”.<sup>xi</sup>

En este orden de ideas, la eliminación de la segunda parte del art 69 resulta trascendental (textualmente decía: “Los acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo lo previsto en el art. 76”).

Señala Rubin que la ley 25.589 trajo consigo drásticas reformas en la materia. Algunas de ellas habían sido reclamadas por la doctrina. Si bien mantuvo la redacción que la ley 24.522 le había dado a los arts. 70, 71, 72 y 74, removi6 gran parte de los obstáculos de dicho r6gimen legal.

### **1-1 Presupuestos subjetivos y objetivos.**

Ambos puntos fueron tratados con anterioridad al desarrollar “*PARTES DEL APE Y PRESUPUESTOS OBJETIVOS*” En el CAPITULO II puntos 1 y 2 respectivamente del presente trabajo.

### **1-2 Situación legal de los acreedores que no firmaron el acuerdo.**

La situación de los acreedores que no participaron del acuerdo preventivo extrajudicial ha tenido un cambio radical al ser eliminada la segunda parte del art. 69 por ley 25.589, la cual disponía que “los acreedores que no suscribieran el acuerdo conservaban sus acciones individuales y no se encontraban sometidos a los efectos del

acuerdo”. Esta diferencia, creemos, será determinante para la revitalización de esta figura legal, a la par que constituye una de las reformas más trascendentales producidas por la ley 25.589.

### **1-3 La situación de los acreedores en el régimen de la ley 24.522.**

Recordamos que de acuerdo al sistema previsto por el art. 69, versión ley 24.522, los acreedores que no suscribían el acuerdo preventivo extrajudicial conservaban sus acciones individuales y no estaban sometidos a los efectos del acuerdo. El legislador de 1995 dejó a salvo la situación reglada en el art. 76 mediante la cual, una vez homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron en él, aun cuando posteriormente se decreta la quiebra. En opinión de García Martínez, con esto se pretende resguardar los derechos de los acreedores que no están de acuerdo con este pacto, pero de cualquier manera pueden ser perjudicados por un acuerdo que puede afectar el patrimonio del deudor, sin que los disidentes tengan arte ni parte, no obstante conservar el ejercicio de las acciones individuales; la universalidad, principio del derecho concursal, también puede ser afectada seriamente.

### **1.4- La situación en la ley 25.589**

En este sentido, el art. 69 suprimió la regla que establecía que los acreedores que no firmaban el acuerdo extrajudicial conservaban las acciones individuales y, en principio, no les era oponible tal acuerdo.

Otra cuestión de suma importancia es la señalada por Truffat respecto a que la figura tiene hoy, luego de tanto trajín, su gran oportunidad. Se verá en la marcha si se trata de un mero experimento legislativo (amparado por la doctrina pero impracticable según nuestros usos y costumbres) o sí, por el contrario, esta vez puede andar. Desde lo dogmático el tema dará lugar a durísimos debates (en especial por la redacción del art. 69 que ya no contiene referencia a su celebración “...con todos o parte de sus

acreedores...”, pudiendo pensarse que quienes se opongan a la figura argumentarán que tal omisión fuerza a un acuerdo unánime). Personalmente entiendo que no es así, porque a lo largo de todo el articulado (que fue sancionado al unísono con el nuevo art. 69) se prescribe un régimen de mayorías que se da de patadas con la unanimidad y porque tal tesis comportaría la directa abrogación del instituto.

*Art. 70. (Forma) El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento. No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día.*

### **2-1 Forma del acuerdo preventivo extrajudicial.**

En primer lugar aclaramos que el art. 18 de la ley 25.589 no ha introducido modificación alguna en esta norma, motivo por el cual el texto resulta idéntico al art. 70 versión ley 24.522, el cual dispone, como hipótesis de mínima, que el acuerdo preventivo extrajudicial sea otorgado por instrumento privado, con firma certificada por escribano público. Tal norma no tenía antecesora en la legislación derogada. Resulta de vital importancia la firma de las partes, condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, acorde con lo dispuesto en el art. 1012 del Cod. Civil. Seguidamente aclara el art. 1013 del mismo cuerpo legal que cuando el instrumento privado se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que la firma de todas las partes se encuentre en cada uno de los originales; basta que cada uno de éstos, que esté en poder de una de las partes, lleve firma de la otra.

Los instrumentos privados pueden ser firmados en cualquier día, aunque sean domingo, feriado o fiesta religiosa (art. 1015, Cod. Civil). Incluso, de acuerdo a lo establecido por el art. 1016 del Cod. Civil, la firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenando el acto por la parte a la cual se ha confiado,

hace fe siendo reconocida la firma. Se aplica en esta hipótesis el régimen de oposición previsto en los arts. 1017 y 1019, del Cod. Civil. Conforme lo dispone el art. 1020 del Cod. Civil, para los actos bajo forma privada no hay procedimiento alguno especial. Las partes pueden formularlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes. Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales como partes haya con interés distinto (art. 1021 del Cod. Civil). De acuerdo al art. 1023 del Cod. Civil, el defecto de redacción en diversos ejemplares, en los actos perfectamente bilaterales, no anula las convenciones contenidas en ellos, si por otras pruebas se demuestra que el acto fue concluído de una manera definitiva. Debemos tener en cuenta que el art. 1183 del Cod. Civil dispone que cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento privado, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma.

Vale la aclaración de Rivera, en el sentido de que las partes pueden extenderlo también por escritura pública y así deberán hacerlo si se incluyen en él actos que así lo requieran por imperio del art. 1184 del Cód. Civil. En opinión de Segal, los acuerdos constituyen en principio un negocio jurídico abierto, en el que intervienen una pluralidad de partes y aunque no está expresamente aclarado en la ley, puede ser otorgado en uno o varios instrumentos independientes. Ello resulta de la libertad de contenido y de la consecuente posibilidad de prescindir de un tratamiento igualitario a los acreedores –pars condicio creditorum-, que contribuye a otorgar a los acuerdos un perfil flexible, combinar soluciones –incluso categorizar- y diversificar propuestas.

## **2-2 Constitución de garantías reales**

Si el acuerdo preventivo extrajudicial involucra la realización de hipotecas o prendas, por ejemplo, éstas deberán ser hechas de acuerdo a las disposiciones especiales que rigen para ellas. Expresa Gebhardt que este principio general no descarta

que las actuaciones judiciales puedan servir de base documental para la constitución de dichas garantías, tal como lo prevé el art. 3128 del Cod. Civil.

### **2-3 Certificación de firmas**

“Conforme las reglas procesales locales que resulten aplicables, deberá –en principio- legalizarse la firma de los escribanos de diversa jurisdicción del juzgado donde se solicita la homologación”.

Destaca Alegría que esa precisa indicación legal excluye otra forma de autenticación por acto público, como por el contrario la prevé el art. 45 de la L.C.Q. para el acuerdo judicial. Nada expresa la ley sobre la necesidad de legitimación. Creemos que es una omisión importante si es que se quiso entender que la legalización no es necesaria. Como se recordará, desde antiguo la ley concursal previó la no necesidad de la legalización de las llamadas “cartas poderes”. A nuestro juicio debió reproducirse esa previsión tanto para el acuerdo judicial como para el extrajudicial. El silencio legal obligaría a la legalización en los casos en que la certificación notarial lo exige en el régimen general (art. 7º de la C.N.).

***Art. 71 (Libertad de Contenido) Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario.***

### **3-1 Amplitud de contenido.**

Esta regla sobre libertad de contenido de los acuerdos les otorga gran flexibilidad. Al combinarse aquélla con la supresión de la exigencia –contenida en la ley anterior- sobre la finalidad superadora de la crisis, se han remontado las objeciones a los acuerdos de liquidación.

Señalamos preliminarmente que el art. 71 de la ley 24.522, no ha sido modificado por el art. 18 de la ley 25.589. Se ha previsto para este tipo de acuerdos un

criterio sumamente amplio, regulando específicamente que “las partes podrán dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses”. Estaría, así, abierto el camino para cualquier contenido acordado por las partes como conveniente a sus intereses, sin otros límites que los genéricos de licitud, posibilidad y prohibición de fraude a los restantes acreedores (esto último de especial relevancia en situaciones de insolvencia), como así también deberán respetar aquellas cuestiones de orden público que se encuentran reguladas en el Código Civil, y que son exigibles para todos los tipos de contratos.

Esta norma vuelve a evidenciar la sana evolución que ha sufrido nuestra legislación concursal en lo que refiere a las soluciones preconcursales de las crisis económicas y/o financieras de las empresas, “preventivas” de la profunda caída en cesación de pagos. Si bien la L.C.Q. en su art. 69 habilita al deudor a concertar acuerdos preventivos extrajudiciales cuando “se encontrare en cesación de pagos o tuviere dificultades económicas o financieras de carácter general”, la norma de este art. 71 no se sienta a juzgar si el contenido del acuerdo arribado entre deudor y acreedores es hábil para sortear la crisis de insolvencia de aquél, como paternalistamente hacía la L.C. “Las partes pueden acordar todo cuanto sea más ventajoso a sus derechos, sin necesidad de someterse a pautas limitativas en cuanto a porcentajes de quitas, plazos de pago, garantías, etc. No hay pautas ni contenidos mínimos, ni directivas o soluciones igualitarias a respetar, o número o cantidades de acreedores a quien abarcar. Tampoco debe probarse idoneidad alguna del acuerdo para superar la crisis. Sólo debe observar la elemental limitación de la licitud”.

En opinión de Barbieri, debe ser elogiado el principio de libertad de contenido que establece la reforma en relación a las cláusulas que deudor y acreedores pueden pactar en los acuerdos reflejados en este capítulo.

### **3-2 Contenido mínimo. Categorización de acreedores.**

En la versión original de la ley 24.522 regía, para el concurso preventivo judicial, una quita máxima del 60%, motivo por el cual el deudor no podía ofrecer pagos inferiores al 40%. Esta condición ha sido eliminada por la ley 25.563 y confirmada por el art. 1° de la ley 25.589 que mantiene dicha eliminación. Con lo cual, no tenemos pautas mínimas de contenido, por lo que las partes podrán incluso pactar quitas inferiores al 40% -dado que ésta ya no es una condición de validez- sin perjuicio de lo cual dejamos a salvo las facultades homologatorias del juez descriptas en el art. 52 del régimen falencial, bajo cuyo tamiz debe ser analizada la homologación de este tipo de acuerdos. En consecuencia, resulta posible que el acuerdo no contenga iguales pautas para todos sus acreedores. Es decir, se podría, por ejemplo categorizar a los acreedores y ofrecer un tipo de acuerdo a los financieros, y otro para los proveedores. La condición esencial al categorizar los acreedores es, según pensamos, no discriminar en forma alguna entre las distintas categorías que se propongan.

En opinión de Alegría, es dable destacar que el pacto de no pedir la quiebra, en este tipo de acuerdos, resulta válido. “Nos parece que esta última posición es razonable, en tanto la finalidad común de los acuerdos individuales está ordenada a la superación del estado de cesación de pagos y a conformar un método alternativo de prevención de la quiebra. Por lo tanto resulta incompatible pensar que quien adhiere a un acuerdo destinado a estos objetivos, mantenga, al mismo tiempo, el derecho de pedir la quiebra”.<sup>xii</sup>

### **3-3 Condición suspensiva de validez**

Los contratantes pueden convenir válidamente que el convenio tenga curso entre ellos una vez que sea homologado, con lo cual, antes de esas circunstancias no tendrá valor legal para los firmantes. En tal particularidad, podemos afirmar que la homologación judicial será la condición suspensiva para que el acuerdo preventivo

extrajudicial sobre vigencia. Además, esta facultad, no hace más que ratificar la absoluta libertad de contenido con que cuentan los interesados para arribar a un acuerdo de esta naturaleza.

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

- 1) Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación.***
- 2) Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación.***
- 3) Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.***
- 4) Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento.***
- 5) El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.***

***(Efecto de la presentación) Desde el momento de la presentación del pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, en los términos previstos en el art. 21, incs. 2 y 3. (Modificado por la ley 25.589, art. 18).***

La ley 26.086 sancionada el 22 de marzo de 2006 y promulgada el día 10 de abril de 2006 nos trae una interesante modificación a este artículo, donde su último párrafo reemplaza el último párrafo del artículo 18 de la Ley 25.589: “*Ordenada la publicación de los edictos del artículo 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el artículo 21*”.

#### **4-1 La reforma introducida por ley 25.589**

La reforma introducida por la ley 25.589, art. 18, agrega un párrafo final destinado a los efectos de la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial, sin generar ninguna otra modificación en el art. 72 destinado a regular los requisitos que debe reunir el acuerdo para ser homologado, no obstante ello el legislador de 2006 revierte dicho párrafo y desde el 10 de abril de dicho año, los efectos dejan de regir a partir de la presentación y comienzan desde la publicación de edictos contemplada en el artículo 74.

#### **4-2 Juez competente**

Con relación a la competencia judicial, rigen las mismas reglas previstas en el art. 3º del ordenamiento concursal. Así, corresponderá intervenir en los pedidos de homologación de los acuerdos preventivos extrajudiciales, a los siguientes magistrados:

- a) En el caso de personas de existencia visible, será competente el juez del lugar donde se encuentre la sede de la administración de los negocios del deudor, y a falta de ésta, el del lugar del domicilio.
- b) En el supuesto de que el deudor tuviere más de una administración, entenderá el magistrado correspondiente al juez del lugar de la sede de la administración principal.
- c) Si no pudiera determinarse cuál es la sede principal, entenderá el juez que primero haya intervenido.

- d) Si se tratara de personas y sociedades regularmente constituídas, o en el caso de aquellas en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, entenderá el juez correspondiente al lugar del domicilio.
- e) En el caso de los deudores con domicilio en el extranjero, será competente para entender en la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, el del lugar del establecimiento principal.

#### **4-3 Certificación contable de toda la documentación requerida.**

El texto en estudio dispone expresamente que toda la documentación que se adjunte al pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, se encuentre debidamente certificada por contador público nacional.

La ley habla, por dos veces, de certificación de contador público nacional. Así diferencia, en el lenguaje legal, el recaudo indicado en el art. 11, que se refiere, también por dos veces, a la necesidad de un dictamen contable. Las normas profesionales aplicables indican las diferencias, aunque no es claro que el legislador haya querido efectivamente introducir distinciones sustanciales en la calidad del trabajo contable requerido.

#### **4-4 Nómina de acreedores.**

Al igual que lo dispuesto en el art. 11, inc. 5º, se requiere la presentación, ahora de un listado (en el art. 11 el legislador lo denomina nómina) que contenga el detalle pormenorizado de todos los acreedores del deudor. Es decir, de los que firmen el acuerdo, y de los que no lo hagan, a fin de posibilitar el cómputo de las mayorías requeridas por el art. 73. Pareciera que en principio, esta norma se presta a ciertos manejos del deudor, pues bastaría con “no” mencionar a los acreedores que no firmen el acuerdo, para tenerlo fácilmente por aprobado. A fin de dificultar esta operatoria, el legislador ha previsto que este listado sea acompañado por la certificación de un

contador, que deje constancia de que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación.

Como una cuestión de forma, se recomienda que este listado tenga las mismas características que las enunciadas para el cumplimiento de la nómina de acreedores, requerido por el art. 11, inc. 5° del texto legal. Si bien en el artículo que comentamos no se hace mención a los “privilegios” que ostenten los acreedores, entendemos que resultaría apropiada una aclaración a este respecto, sin que su omisión tenga consecuencia alguna.

#### **4-5 Listado de juicios o procesos administrativos**

También resulta necesario adjuntar al pedido de homologación, un anexo que contenga el detalle de los juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.

Es preciso aclarar que en el art. 11, inc. 5°, la regla si bien es parecida, no es igual, dado que al solicitar el concurso preventivo lo que se requiere es el detalle de los juicios o procesos administrativos de carácter patrimonial.

Por el contrario, pareciera que en el inc. 3° el criterio ha sido más amplio al requerir un listado de todos los juicios o procesos administrativos en contra del deudor, pues no especifica, como en el art. 11, los de contenido patrimonial.

#### **4-6 Enumeración de los libros del deudor.**

En el inc. 4° al igual que lo dispuesto en el art. 11, inc. 5°, se ponen como carga del deudor la necesidad de adjuntar un listado con todos los libros de comercio, o de cualquier otra naturaleza que lleve al deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento. Obviamente, se elimina la carga de ponerlos a disposición del juez, junto con la documentación respaldatoria pertinente.

“Vale aclarar que en el caso de aquellos deudores que no lleven contabilidad, conforme lo expresáramos anteriormente, éstos tienen la posibilidad de solicitar la homologación de este tipo de acuerdos. Si no llevan libros de comercio deberán expresarlo de esa manera.

Cuando la norma legal se refiere a “enumerar precisamente”, entendemos que deja a salvo la hipótesis de la no existencia, pues si no se tienen, mal podrían enumerarse. Debemos considerar superada la posición doctrinaria de Alberti, para quien la inexistencia de contabilidad era obstativa para este tipo de acuerdo.

En el art. 69, como vimos, la ley no hace mención alguna en relación a la exclusión de algún tipo de deudor, con lo cual debe aplicarse el criterio general establecido en el art. 2º del ordenamiento concursal, motivo por el que este tipo de acuerdo será también posible para aquellos deudores de naturaleza irregular”.<sup>xiii</sup>

#### **4-7 Cálculo del capital firmante del acuerdo**

Prevé el inc. 5º del art. 72 que el deudor adjunte con su pedido de homologación un listado o anexo en el cual se especifique el monto de capital que representan los acreedores firmantes del convenio, con la individualización del porcentaje que éstos representan en el total de acreedores registrados por el deudor.

#### **4-8 Efectos de la Presentación.**

El apartado final del art. 72, había sido agregado por ley 25.589, art. 18, y disponía expresamente los efectos de la presentación de la solicitud de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial. Estos efectos se producían desde “el momento de la presentación”.

A partir de la presentación, y de acuerdo al texto legal agregado por ley 25.589, se disponía la inmediata suspensión de todas las acciones de contenido patrimonial en contra del deudor, de conformidad con el último párrafo del art. 72.

A tal fin, el magistrado interviniente debía ordenar al presentante el diligenciamiento de todos los oficios necesarios para hacer saber esta presentación a los distintos jueces que intervenían en los juicios ya iniciados en contra del deudor.

A partir de la sanción de la Ley 26.086, la suspensión de las acciones de contenido patrimonial se produce desde la publicación de los edictos.

#### **4-9 Efectos jurídicos de la publicidad**

La reforma reelabora el art. 72 de la ley 24.522 en lo relativo a los requisitos formales del APE y, puntualmente, la parte final del texto legal donde se señala que "... Ordenada la publicación de los edictos del artículo 74 quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el artículo 21..."

De este modo, se recibe la opinión de la doctrina en dos aspectos centrales. El primero de ellos, el efecto suspensivo de las acciones de contenido patrimonial, que correrá a partir de la publicación edictal, tal como lo había resuelto la jurisprudencia.

La doctrina en forma virtualmente unánime había sido "lapidaria" con el texto del art. 72 in fine cuando disponía que la "mera presentación" del acuerdo suspendía las acciones de contenido patrimonial.

Así, se dijo que toda postulación judicial para producir efectos jurídicos requiere, al menos, la admisibilidad formal por parte del órgano jurisdiccional y sólo podía predicarse el efecto suspensivo a partir de la resolución ordenatoria que imprime trámite al acuerdo y ordena la publicación edictal.

Hoy, la reforma recepta este reclamo disponiendo expresamente que la suspensión de las acciones de contenido patrimonial corra una vez "ordenada la publicación de los edictos".

#### **4-10 El régimen de exclusiones**

El segundo de los aspectos reseñados en el punto precedente es el relativo al régimen de exclusiones, donde queda definitivamente clarificado que esta suspensión no alcanza a los acreedores con garantías reales, ni a aquellos que tienen juicios de conocimiento en contra del "apista", al igual

que la situación litisconsorcial que habilita, también, el régimen de continuación que hemos comentado en el apartado pertinente.

“De tal forma quedan excluidos de la atracción:

a) los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales.

b) Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, pero sin alternativa de que el actor pueda optar por suspender el procedimiento y verificar su crédito, atento la ausencia de este trámite en el APE”.<sup>xiv</sup>

Art. 73 (Mayorías) Para que se de homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del art. 45. (Modificado por ley 25.589, art. 18)

## 5-1 Eliminación de los acreedores privilegiados en el cómputo de las mayorías

*La segunda reforma de importancia, con relación a este instituto, es la exclusión, en el cómputo de las mayorías para homologar el acuerdo preventivo extrajudicial, de los acreedores “privilegiados”. Lo cual por cierto es más que acertado, toda vez que los acreedores privilegiados conservan (y conservaban en la ley 24.522) sus acciones individuales.*

*A los fines de facilitar este mecanismo se produce una modificación importante en el régimen de mayorías necesarias para que pueda dictarse sentencia homologatoria. Se excluye del cómputo del pasivo total los créditos privilegiados, de este modo sólo resultan computables los quirografarios.*

## **5-2 Régimen de mayorías**

En opinión de Rivera, el recaudo de una mayoría importante se justifica por los extensos efectos que tiene la homologación del acuerdo frente a los acreedores que no lo han suscripto, que son incluso más rigurosos que los que preveía la ley 22.917. Es que, como se verá, la homologación hace que todos los actos cumplidos en función del acuerdo homologado sean inatacables en una quiebra posterior; de donde, si se han constituido garantías o se han efectuado daciones en pago, etc., esos actos no podrán ser declarados inoponibles aun a acreedores de fecha anterior al acuerdo. Por ello, la ley no requiere que se acredite la factibilidad de cumplimiento del acuerdo, y la reemplaza por una mayoría de tal importancia que justifique el sacrificio que puede llegar a imponerse a los acreedores que no han firmado el acuerdo extrajudicial.

Por el contrario, entiende Alegría que, si bien es cierto que otros ordenamientos legales tienen requisitos de mayorías, muchos de ellos los requieren porque el acuerdo (extrajudicial, privado o amigable) deviene después de lograr ciertas mayorías, obligatorio incluso para los no firmantes. La ley 22.917 al incorporar a la Ley de Concursos anterior los arts. 125-1 y 125-2 no incluyó el requisito de una determinada mayoría. Esta última disposición legal motivó algunas opiniones doctrinarias sobre el tema. La clave de bóveda de esa reforma consistió en que el punto central de la cuestión era lo que Tonón llamó “razonabilidad del acuerdo”. Para este autor, el acuerdo sería considerado razonable si al momento de su celebración y en virtud de los estudios realizados y los demás elementos objetivos por ellos conocidos, los acreedores podrían abrigar razonables esperanzas de que con él se podía superar la cesación de pagos del deudor.

El sistema actual a la par que excluye del cómputo a los acreedores privilegiados, flexibilizando las condiciones para la homologación del acuerdo privado, deja abierta la puerta para que sea directamente el juez –art. 52 mediante- quien valore las condiciones de homologabilidad del acuerdo en cuestión. El magistrado debe realizar un análisis de mérito del convenio propuesto a la homologación, a fin de determinar si éste se atiene a las disposiciones de orden público, previstas en el Código Civil, y que son de plena aplicación en la especie, antes de efectuar la homologación que se le requiere. Así, si el convenio fuera contrario, por ejemplo a la moral y a las buenas costumbres, tiene plena facultad para denegar la homologación impetrada.

Se mantiene con acertado criterio la exclusión en el cómputo de los acreedores enumerados en el art. 45.

***Artículo 74. PUBLICIDAD: La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un (1) diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.***

### **6-1 Introducción**

No se ha producido modificación alguna al art. 74, destinado a la publicidad edictal del acuerdo preventivo extrajudicial.

Esta norma conserva un régimen de publicidad casi idéntico al previsto por el art. 125, inc. 2º, párr. 2º de la L.C., reformada por ley 22.917 y con efectos también muy similares: notificar fictamente a los acreedores para que formulen sus oposiciones a la homologación del acuerdo.

“Para **Iglesias**, la exigencia de publicidad edictal no parece atinada. Si la normativa se ha cuidado de imponer una certificación profesional para asegurar que la nómina de los acreedores del deudor sea completa, no se advierte la razón por la cual se acude a un modo de notificación ficto, procesalmente sólo justificable cuando se desconoce individualmente el destinatario de la comunicación o su domicilio. Las ficciones deben manejarse con prudencia: los acreedores, o los que no lo son, no leen habitualmente los diarios de publicaciones legales y si lo hicieran difícilmente repararán en los minúsculos edictos que se vuelcan en algunas de sus secciones. Sin duda atiende más eficazmente a la seguridad jurídica, anotarlos personalmente a los acreedores, cuya lista se ha obtenido por mandato del inc. 2º del art. 72, que someterlos a las consecuencias de tan arcaico medio. Para ello basta cursarles cédulas cuyo escaso costo sin duda solventa el deudor con la tasa de justicia, o anotarlos personalmente por otros medios que incluso hasta podrán resultar menos onerosos que los edictos.

Si bien los fundamentos reseñados, pueden ser atendibles en lo que hace a la falta de lectura de las publicaciones oficiales, **Iglesias** no comparte solución propuesta. Ello pues, por dos

motivos: en primer lugar tienen un efecto de oponibilidad erga omnes que jurídicamente torna necesaria este tipo de publicaciones. Además, podemos explicar la segunda objeción con un ejemplo que diariamente nos conmueve en la práctica activa de la profesión. Muchos empresarios, al borde del colapso económico, acuden a prestamistas privados cuando el banco o la institución financiera con la cual trabajaban asiduamente decide cerrarles sus puertas. Las menores exigencias de estos acreedores, tienen como contrapartida una tasa más elevada de interés. Hasta aquí todo normal. Pocas veces se ha visto que estos mutuos financieros sean registrados por el deudor en su contabilidad regular, ya sea para no perjudicar la cosmética de sus balances o porque sencillamente los omiten. Presentados estos mutuos financieros a verificar, en los cuales, insistimos, la operación ha sido real, los síndicos exigen para su inclusión en el pasivo concursal que éstos se encuentren registrados por el deudor. Con lo cual, y siguiendo este simple criterio contable, bastaría que un deudor aviso obtenga fondos genuinos, no registre esa operación en su contabilidad, para que por arte de magia (o del síndico) se evite pagar en la convocatoria esa deuda, además de tener un acreedor menos para negociar. Tamaño favor es muy frecuente hoy en día.”<sup>xv</sup>

Traída esta situación a la propuesta de Iglesias, bastaría, si no se refuerza con las publicaciones edictales, que el deudor aviso no registre operaciones en su contabilidad para burlar al contador certificante y a su acreedor, dado que éstos nunca tendrían la posibilidad de enterarse. Lo que sí agregaría como necesaria, es la remisión de cartas certificadas a todos los acreedores del deudor incluidos en la lista del art. 72, inc. 2º. El régimen legal no lo prohíbe, con lo cual podría el magistrado interviniente en el pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, incluir de oficio este tipo de comunicación. Resultan aplicables en la especie, los artículos 27, 28 y 29 del sistema falencial, en todo lo que hace a completar, como veremos, el contenido de los edictos y en cuanto a las publicaciones a realizar en diversas jurisdicciones.

## **6-2 Contenido de los edictos y efectos de la falta de publicación.**

En la presente norma se establece el sistema de publicidad, que regirá en el caso de los acuerdos preventivos extrajudiciales. Si bien la pauta parece sencilla, tiene algunos inconvenientes en su redacción. En opinión de Gebhardt, las publicaciones deberán respetar los recaudos informativos que contemplan los aludidos arts. 27 y 28 de la L.C.Q., debiendo ser el juez quien los ordene y el secretario quien los suscriba.

Como acertadamente destaca Alegría, es claro que deberá incluir la carátula del expediente y, en su caso, la identificación precisa de todos los sujetos deudores comprendidos en el

acuerdo; la radicación de la causa; el objeto del proceso; el plazo para la presentación de las oposiciones y la prevención de que, de no mediar esas oposiciones, el juez podrá homologar el acuerdo. No parece necesario que se identifiquen los acreedores firmantes del convenio, bastando indicarse –en todo caso- que se han presentado conformidades que, al estar a la certificación contable, serían suficientes para la homologación.

Teniendo en cuenta que la citación que se efectúa por medio de los edictos es un emplazamiento legal a los acreedores, a fin de que puedan hacer valer sus derechos, resulta necesaria la expresa y clara mención del plazo de 15 días con que cuentan a estos efectos.

“La ley no establece plazos para efectuar la presentación de edictos a los diarios pertinentes, ni para la acreditación por el deudor. Correspondería que el juez fijara ese término, pero teniéndose en cuenta que no existen causales específicas de caducidad para este caso en la ley. En forma coincidente, dice Rivera que atento a que la ley no reproduce aquí los plazos para la acreditación de las publicaciones ni las sanciones previstas en el régimen del concurso preventivo, corresponderá al juez en el auto inicial fijar el término en el cual el deudor deberá acreditar que ha hecho las publicaciones.”<sup>xvi</sup>

Por su parte, Barbieri agrega que tampoco se establece en la norma cuál es la consecuencia de la omisión de la publicación exigida. Puede afirmarse, sin hesitación, que el no acreditar la publicación de edictos obstará a la homologación, dado que no se permitirá a los acreedores no comprendidos en el acuerdo ejercer su derecho de “oposición”, etapa fundamental del procedimiento que estamos analizando. Téngase en cuenta que el párrafo 2º del art. 75, en tal dirección, preceptúa que “si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo”, “lo que implica, a contrario sensu que la privación del derecho de oposición de los acreedores no puede autorizar la procedencia de la presentación homologatoria.”<sup>xvii</sup>

Con igual criterio, señala García Martínez que el obligado a la publicación será el deudor peticionante de la aprobación judicial del acuerdo. Sin esa publicación, el juez no homologará el acuerdo, pues la publicación es el modo de avisar a los acreedores no comprendidos, y el art. 75 exige el cumplimiento de los requisitos formales y que no existan oposiciones para homologar el acuerdo.

Si bien el texto legal no lo aclara específicamente, el pago y la realización del trámite de publicación de estos edictos se encuentran a cargo del deudor peticionante.

*Artículo 75. OPOSICIÓN (Texto según ley 25.589, art. 18): Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inc. 2º del art. 72. La oposición deberá presentarse dentro de los diez (10) días posteriores a la última publicación de edictos, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el art. 73. De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del período probatorio.*

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

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

### **7-1 Modificaciones introducidas por la ley 25.589. Sujetos legitimados para oponerse a la homologación del acuerdo.**

La reforma introducida por el art. 18 de la ley 25.589 al contenido del art. 75 ha modificado sustancialmente los párrafos 1º y 2º de la norma, dejando, por el contrario, inalterado el párrafo 3º destinado a la regulación de honorarios.

La disposición designa con el término oposición, la facultad concedida al acreedor que no firmó el convenio –denunciado- y al acreedor “omitido”, tendiente a petitionar que no sea homologado el acuerdo preventivo extrajudicial, conforme a las causales específicas dispuestas por el sistema legal. Con lo cual, de acuerdo a la exégesis del texto legal, únicamente pueden oponerse a la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial:

- a) los acreedores denunciados;
- b) los acreedores que demuestren sumariamente haber sido omitidos.

Es decir que los acreedores que suscribieron el acuerdo, y consecuentemente prestaron su conformidad, no pueden plantear esta oposición. Para dicha hipótesis, que esa oposición podría deducirse si un acreedor firmante hubiera establecido algún plazo o condición que haya hecho caducar su conformidad e, incluso, cuando la conformidad adoleciera de algún defecto que obstara a su validez sustancial o formal (falsedad de firmas, insuficiencia de las contenidas en los instrumentos, falta de facultades suficientes del firmante, etc.).

En opinión de Di Tullio, “se produce una modificación importante en materia de oposiciones, eliminándose la mención que el anterior art. 75 hacía de los acreedores no comprendidos en el acuerdo. Esta reforma guarda coherencia con la obligatoriedad de concurrencia que ahora se halla vigente. La norma establece que los únicos acreedores que pueden oponerse al acuerdo son los denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el art. 72 inc. 2º (requisitos que debe reunir el deudor para homologar el acuerdo extrajudicial)”<sup>xviii</sup>.

### **7-2 Plazo para efectuar la oposición.**

Dentro del esquema legal previsto, las oposiciones al acuerdo preventivo extrajudicial pueden ser efectuadas dentro de los diez días hábiles judiciales (conf. Art. 273, inc. 2º), a contar desde el primer día hábil inmediato posterior al de la última publicación de edictos.

### **7-3 Causales válidas para fundar la oposición.**

El actual procedimiento de homologación es mucho más simple que el del anterior régimen legal (ley 19.551, modificada por ley 22.917). Ahora sólo se admiten disputas sobre mayorías, y sobre omisiones o exageraciones de activo o de pasivo. De ahí que no sea ya necesario, como bajo el anterior régimen, el análisis de la idoneidad del plan para la superación de las dificultades económicas o financieras; tampoco el dictamen del síndico sobre ello ni pronunciamiento judicial al respecto. El juicio y decisión sobre los aspectos empresariales del acuerdo preventivo extrajudicial, quedan librados al criterio de los acreedores otorgantes de dicho acuerdo.

“En opinión de Bonfanti y Garrone, en virtud de que no se designa síndico a esos efectos, habría que expresar cierta duda en torno de los criterios en los cuales se sustenta la oposición; por caso, el de “exageración del activo o pasivo”, teñido de subjetivismo. No olvidemos que uno de los conceptos económicos básicos en torno del “valor” es que no se trata de una medida, sino de un

“índice de comparación”, por lo que cuando se hubiere exagerado el activo o el pasivo se entra en la zona –riesgosa- de las ponderaciones meramente subjetivas.”<sup>xix</sup>

En opinión de Alegría, debemos concluir que esas omisiones o exageraciones deben tener, cuando menos, dos requisitos: 1) Ser imputables al deudor, es decir, deben tratarse de hechos que estaban en conocimiento del deudor antes de la presentación judicial. Hechos ajenos a su conocimiento no pueden influenciar en el trámite del acuerdo, salvo, en su caso, las decisiones para mejor proveer que pueda adoptar el juez si la importancia del caso lo requiere. 2) Debe ser grave, entendido con el criterio de tener aptitud para afectar la voluntad de los acreedores, de forma que razonablemente pueda juzgarse que éstos, de haber conocido estas anomalías, no habrían prestado sus conformidades o lo habrían hecho en condiciones sustancialmente distintas.

#### **7-4 Trámite de la oposición.**

La reforma introducida por el legislador de 2002 (ley 25.589, art. 18) ha eliminado del texto legal la frase que, en la versión original de la ley 24.522, disponía el traslado al deudor. Entendemos que se ha querido agilizar el trámite, no obstante lo cual, señalamos como detrimento la eliminación del traslado al deudor, sin perjuicio de lo cual advertimos:

- a) El juez puede ordenar el traslado de oficio, con fundamento en el art. 274 del ordenamiento concursal;
- b) No vemos óbice alguno para que, presentada una oposición, sea el propio deudor quien “manifieste” directamente en el expediente lo que estime correspondiente en defensa de sus intereses.

Una corriente doctrinaria contraria sostiene que en el artículo 75 L.C.Q., la ley 25.589 suprimió la norma que hacía sustanciar con el deudor las oposiciones al acuerdo, supresión que, sólo puede atribuirse a un descuido ya que resulta inimaginable que ese debate pueda tener lugar sin la intervención del deudor.

No debe descartarse la actuación de los acreedores que expresaron su conformidad y que, en su caso, estuvieron legitimados para pedir la homologación. En el primer caso, pueden actuar facultativa y voluntariamente, mientras que en el segundo la participación aparece forzosa.

Dispone la regla legal que de ser necesario, en ocasión de dar curso a la oposición, se proceda a decretar la apertura a prueba por el plazo de diez días hábiles judiciales, contando el

magistrado con idéntico plazo para resolverla, a ser computado desde la finalización del período probatorio.

### **7-5 Regulación de honorarios.**

La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en las incidencias planteadas con motivo de las oposiciones, deberá ser efectuada por el juez, teniendo únicamente en cuenta la magnitud y entidad de los trabajos efectuados en el incidente. No se toma en cuenta, a los efectos de esta homologación, el valor económico comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito del impugnante.

Por su parte, Rouillon sostiene que los honorarios de los profesionales intervinientes en el otorgamiento del acuerdo en sí, se regirán por el **convenio que de éstos se hubiese hecho libremente**, sin que dicha facultad pueda ser cercenada por leyes locales (art. 1627, Cód. Civil, párrafo incorporado por ley 24.432).

**Artículo 76. EFECTOS DE LA HOMOLOGACIÓN (Texto según ley 25.589, art. 18): El acuerdo homologado, conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56, y queda sometido a las previsiones de las Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley.**

### **8-1 Efectos del acuerdo preventivo extrajudicial homologado de acuerdo a las modificaciones introducidas por la ley 25.589.**

La ley 25.589 ha cambiado radicalmente los efectos previstos para la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, equiparándolo ahora con los del concurso preventivo. Por esta razón señalamos precedentemente la trascendencia de estas reformas, y el vaticinio de que convertirá a esta figura en la nueva “vedette” del derecho concursal.

El art. 76, según la ley 25.589, amplía los alcances del acuerdo extrajudicial homologado pues ahora tendrá exactamente las mismas consecuencias que la homologación del acuerdo judicial. Ello trae aparejado la aplicación de sus efectos a todos los acreedores anteriores al acuerdo, aunque no hubieran dado su asentimiento e, incluso, aunque hubieran manifestado su oposición.

Durante la vigencia del régimen derogado –en la versión original de la ley 24.522- los acuerdos preconcursales, no tuvieron una favorable acogida, motivo por el cual, fueron escasas las homologaciones que se suscitaron. Eventualmente se realizaron acuerdos privados entre el deudor y cierta parte de sus acreedores tendientes a superar la crisis económico-financiera que hostigaba al obligado.

Dentro de este marco, podemos tener entonces, acuerdos homologados y no homologados. Diferenciando a su vez, entre los últimos, aquellos que las partes decidieron no someter al respectivo trámite, y los sometidos pero no homologados. Creemos que la ley no efectúa clasificación alguna desde que considera solamente a los referidos en primer término como acuerdos preventivos extrajudiciales, a los cuales les atribuye la virtud de producir los efectos en ella previstos.

La firmeza y oponibilidad –equiparando sus efectos a los del concurso preventivo- que a partir de la ley 25.589 se atribuye a los actos emanados del acuerdo homologado es el aliciente principal para el uso de este mecanismo de solución para las crisis empresarias, puesto que los actos acordados para sanearlas serán completamente eficaces y oponibles.

En opinión de Gebhardt y Fassi, “la estabilidad es la razón de la regulación de estos acuerdos extrajudiciales y el aliciente para su utilización, puesto que los actos concluidos como consecuencia del acuerdo serán plenamente eficaces en caso de quiebra ulterior del deudor, a los acreedores oponentes o no participantes”<sup>xx</sup>

En este orden de ideas, la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial será el acto jurisdiccional que declare su formalidad, otorgándole, consecuentemente, los efectos que lo tornan oponible a los acreedores que no participaron, aun en el caso de una posterior declaración de quiebra del obligado. De esta manera, con la homologación judicial, las partes contratantes en el acuerdo tendrán plena certeza de los actos jurídicos que en su derivación se otorguen. Los derechos de las partes son negociados con amplias libertades entre sí, pudiéndose pactar, incluso, quitas del 100% del capital adeudado. Sin perjuicio de lo cual, corresponde al juez interviniente efectuar un examen de mérito de las cuestiones pactadas –conforme lo establecido en el artículo 52, in fine-. Puede (y debe) analizar las cuestiones que pudieran afectar la moral y las buenas costumbres, la capacidad de las partes contratantes, su representación, y todos los aspectos formales exigidos por la legislación vigente. Podrá además merituar con los alcances del Código Civil, si lo convenido libremente entre el deudor y sus acreedores, no resulta violatorio de disposiciones de orden público. Así, por ejemplo, no

podría homologar un convenio en el cual se hubiera estipulado una evasión de impuestos, o la venta de un bien que por ley no pudiera ser efectuada.

Los efectos señalados corren desde el momento mismo en que es dictada la resolución que homologa el acuerdo preventivo extrajudicial. Las partes firmantes del acuerdo homologado no podrán extenderlo o modificarlo. Si no estuviera homologado podrán hacerlo únicamente en el supuesto de unanimidad, dado que la ley no ha previsto nada a este respecto, debemos inclinarnos por tal solución en virtud de que los contratos pueden ser válidamente modificados por las partes intervinientes. No obstante, en opinión de Segal, "...en el caso de que se hubiera dictado resolución homologatoria entendemos que el acuerdo sería irrevocable e inalterable como cosa juzgada, en función de los principios de estabilidad, certeza y producción de efectos a terceros".<sup>xxi</sup>

En cuanto al tiempo en que debe ser efectuado el trámite de homologación, la regla legal nada dice, por lo cual, en principio, sería conveniente que las partes intervinientes lo estipularan expresamente. Si el acuerdo no fuera presentado para su homologación por el obligado, y no se hubiera pactado en esta hipótesis cláusula penal alguna que lo tornara inválido, éste tendrá igualmente vigencia entre los firmantes, como cualquier contrato.

## **8-2 Incumplimiento del acuerdo homologado**

Consideramos, en consonancia con el Dr. Truffat, que como la ley nos remite a la Sección V del Capítulo V del Título II de la ley 24.522, "...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..."<sup>xxii</sup> en conformidad con el artículo. 63, L.C.Q.

Un sector de la doctrina, manifiesta lo contrario, bastará el mero incumplimiento como en el concurso para pedir la quiebra, puesto que los presupuestos objetivos son más amplios, no sólo la cesación de pagos, sino también las dificultades económicas o financieras de carácter general. Recordemos que para el pedido de quiebra por parte del acreedor (art. 78) se debe probar la cesación de pagos. Como lo hemos manifestados en otros puntos del presente trabajo, no podemos aplicarle a la figura en estudio, normas que no están expresamente legisladas y que producirían un menoscabo en los derechos del deudor.

## **8-3¿Se aplica el plazo de prescripción del art. 56 para los "acreedores tardíos"?**

Una cuestión interesante será determinar si también se aplica la prescripción bienal en estos casos y los demás efectos que prevé el art. 56, teniendo en cuenta la inexistencia de un procedimiento semejante a la verificación de créditos.

Pese a la desafortunada redacción del artículo 76, la que trataremos en extenso en el punto relativo a la prescripción en el APE, pensamos que la respuesta afirmativa al interrogante planteado se impone por expresa aplicación de la remisión efectuada en el art. 76 –remozado por ley 25.589, siempre hablando del acuerdo homologado y no del APE en sí mismo.

#### **8-4 Tasa de justicia y honorarios profesionales**

Finalmente, hemos de tratar los dos últimos aspectos relacionados con los acuerdos preventivos extrajudiciales: el pago de la tasa de justicia, y el de los honorarios de los profesionales intervinientes.

El art. 125, inc. 2º, último párrafo, de la derogada 19.551, disponía: **“Las costas del trámite de homologación del acuerdo son siempre a cargo del deudor. Los honorarios no pueden superar el medio por ciento de los créditos comprendidos en el acuerdo, límite que asciende al uno por ciento cuando existe dictamen de síndico”**. Lamentablemente, la legislación actual no hace referencia alguna a este respecto. En el anteproyecto de reformas (Comisión res. M.J. 87/97) tampoco se hace referencia alguna.

No nos cabe duda alguna que las costas del trámite homologatorio están a cargo del deudor, dado que todo el procedimiento se realiza en su exclusivo interés.

En cuanto a la tasa de justicia, la ley 23.898 no contiene referencia alguna que indique el monto a pagar en este tipo de procedimiento. Compartimos el criterio de Segal para quien, “dado el silencio de la ley no puede ser interpretado en forma contraria al contribuyente, máxime en un instituto que tiende a la economía de costos como ventaja comparativa, la inexistencia de mención específica a dicho gravamen debiera imponer como primera opción hermeneútica la aplicación del importe fijo que rige para las actuaciones judiciales de monto indeterminado”.<sup>xxiii</sup>

Para la regulación de los honorarios profesionales, deberán emplearse las pautas contenidas en los arts. 265 y ss. de la ley 24.522, a falta de disposición expresa en esta sección.

Con lo cual, en el caso que nos ocupa, los honorarios serán regulados al momento de homologar el acuerdo preventivo extrajudicial (art. 265, inc. 1°).

En cuanto al monto de ellos, corresponderá aplicar el art. 266, mediante el cual en caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los letrados del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez en proporción no inferior al 1% ni superior al 4%, teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo del desempeño.

Las regulaciones, en este caso, no pueden ser inferiores a dos sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramite el procedimiento.

“Es dable preguntar si en el orden nacional sería viable aplicar la ley 24.432, de Honorarios y Aranceles, cuyo art. 3° -agregado al art. 1627 del Cód. Civil- faculta a las partes a ajustar libremente el precio de los servicios. La norma antes mencionada establece expresamente que las leyes locales no pueden cercenarla. Por tanto, sería viable y válido convenir por los celebrantes el monto de honorarios por la celebración y/u homologación del acuerdo”.<sup>xxiv</sup>

Es decir, se aplicará el criterio de los artículos 265 y siguientes del ordenamiento concursal, si los letrados del deudor no acordaron honorario alguno con él, en cambio si éste estuviera pactado, se deberá estar a lo allí acordado.

Finalizado el recorrido normativo por la figura en estudio, comenzaremos a tratar determinado puntos que consideramos de vital importancia para una comprensión cabal del APE.

## **El APE y sus grandes puntos de conflictos**

### **1-a. La prescripción en el APE**

El art. 76, L.C.Q., tiene, como lo hemos mencionado anteriormente una desafortunada redacción. Reza: **“Efectos de la homologación: El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56, y queda sometido a las previsiones de las secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley”**.

Se advierte que la ley predica que la homologación “produce los efectos” del art. 56, pero que “queda sometido” a las previsiones de ciertas secciones (que abarcan los arts. 55 a 64 – incluyendo, como es obvio, al art. 56- ).

Si a partir de esta discriminación sobre “efectos” y “sometimiento” se pueden efectuar disquisiciones sobre si procede –o no- la novación concursal, el tema se vuelve todavía más complejo cuando de la “prescripción concursal” se trata.

Si la ley sólo tuviera la primera remisión no habría dudas sobre la improcedencia de la prescripción.

Trataremos de ser más explícito: no es el APE el que tiene “efectos” según el art. 56 sino, sólo el “acuerdo homologado”. Y en mérito a ello puede predicarse que el acuerdo homologado de APE:

- a) produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado del procedimiento;
- b) produce iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados verificados, en la medida en que hayan renunciado al privilegio;
- c) se extiende a los socios ilimitadamente responsables, salvo que, como condición del mismo, se estableciera mantener su responsabilidad en forma más amplia respecto de todos los acreedores comprendidos en él;
- d) sus efectos se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados o declarados admisibles.

Y punto. Porque las demás disposiciones del artículo citado versan sobre otras cuestiones: 1) la nulidad de los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría. 2) los trámites de verificación tardía (propriadamente dicha y por acción individual que corresponda), así como el rol sindical. 3) la prescripción concursal. 4) la imposibilidad de reclamar derechos a los coacreedores por lo ya percibido con arreglo al acuerdo, y 5) la facultad al juez para determinar cómo se aplicarán los efectos ya ocurridos respecto de los tardíos.

Pero hete aquí que la ley 25.589 al redactar el art. 76 le hace formular no sólo la remisión a los efectos del acuerdo previstos en el art. 56, sino que también declara el sometimiento a los artículos 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 64 y al propio art. 56 (lo que, en principio, asigna aplicabilidad al concurso preventivo extrajudicial de las cinco cuestiones excluidas más arriba: entre ellas la prescripción concursal).

En la especie se produce esa extraña paradoja del error del legislador que la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha señalado desde antiguo que no se puede postular.

Si para el legislador de la ley 25.589 hay una diferencia de remisión, en el sentido de que los únicos efectos a producirse son con respecto al acuerdo homologado, mal pudo someter la cuestión a artículos que prevén otros efectos. Y si, por el contrario, quería la aplicación lisa y llana de los artículos 55/64 no se entiende el énfasis en los efectos del art. 56.

Así pues la aplicabilidad, o no, de la prescripción queda en situación oscura (que en nada honra al instituto previsto, precisamente, para clarificar las relaciones patrimoniales del sujeto en cesación de pagos a partir de la presunción de desinterés de sus acreedores).

En contra de la procedencia de la prescripción concursal se puede argumentar:

- a) Que la ley sólo ha remitido a los “efectos” del acuerdo homologado y que la prescripción no encaja –de ninguna manera- entre éstos;
- b) Que al no existir en el APE del dies a quo para el cómputo de la prescripción (el art. 56 habla literalmente de presentación en concurso) mal puede proponerse que la misma empiece a correr;
- c) Que el trámite de prescripción está en función de la carga de verificar (tempestiva o tardíamente) y que un trámite que no tiene etapa vericatoria es incompatible con el instituto.

A favor de la prescripción puede alegarse:

a) Que la ley expresamente somete al APE al art. 56 que prevé la figura.

b) Que si el APE es hoy un “subtipo” de trámite concursal, la frase del art. 56 debe tenerse por referida a la presentación a la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial. De hecho nosotros consideramos, como ya lo manifestáramos anteriormente y en coincidencia con Truffat, que hoy existirían tres subtipos de concurso rehabilitatorio: 1) el concurso preventivo propiamente dicho, 2) la conversión de quiebra en concurso preventivo, y 3) el APE; y la jurisprudencia ha señalado que el pedido de conversión funge como dies a quo para el cómputo de prescripción del art. 56.

c) Que más allá de la no inclusión en el listado del art. 72 el sistema admite mecanismos de subingreso (al menos si se comparte la postura de este trabajo): la opción por continuar el juicio ya iniciado; la verificación por incidente.

d) Que la prescripción estaría más ajustada filosóficamente a un trámite que persigue la superación del estado de cesación de pagos.

Sobre la temática verifictoria se sostuvo que la regulación de la prescripción por parte del art. 56 LCQ, fuerza a integrar la figura con el dispositivo civil básico y que esto no es favorable para la aplicación del instituto. Los cultores del derecho falencial han venido bregando por años en pos de alguna norma de caducidad que castigara a los acreedores morosos o dormidos (al punto de que diversos proyectos de reforma –incluido el que respecto de la ley 24.522 formulara la Comisión M.J. 89/97- estatuían tal sistema).

Pero ello no era ni para fomentar los pedidos de verificación, ni como medio de premiar la diferencia moral entre quienes sí se sometieron al llamado del art. 32 y a quienes no; sino simplemente para garantizar al cesante un auténtico Fresh Start.

La existencia de pasivos no verificados fue desde antiguo no sólo una auténtica bomba de tiempo contra la suerte final del concurso, sino básicamente (y precisamente por la existencia potencial de tal “bomba”) la principal razón para que resultara prácticamente imposible transferir empresas que hubieran pasado por concurso preventivo o incorporar nuevos inversores que –con sus capitales–revitalizaran el emprendimiento. Las garantías que los adquirentes exigían por pasivos ocultos y el temor de los suscriptores de aumentos de capital ante tal riesgo tuvo siempre un efecto disuasivo definitivo.

Por ello se aplaudió, con reservas, a la prescripción del art. 56, L.C.Q. Dado que la “prescripción” es susceptible de suspensión o interrupción (lo que no acaece con la caducidad) el riesgo no se había aventado íntegramente. Pero significó un gran paso adelante.

Este paso se relativiza por el criterio restrictivo –traído de la doctrina civil- con que se aplica la figura.

Es particularmente difícil sostener la existencia –o no- de prescripción respecto del APE, pero es bueno señalar que desde el punto de vista valorativo (incardinado con la finalidad última del instituto que debe ser la preservación de la empresa útil, momentáneamente afectada por cesación de pagos o dificultades económico-financieras de carácter general) parece más adecuado admitir la figura.

Aquí se impone, sin embargo, una salvedad fundamental.

Alguna doctrina postula que el plazo del art. 56 L.C.Q., comienza a correr en el concurso preventivo propiamente dicho y concluye a los dos años, sin importar si durante tal término hubo efectivamente dos años de concurso preventivo (o si el mismo fracasó por quiebra).

Otra tesis –en la que participamos los que desarrollamos el presente trabajo- argumenta que el único modo de tener por habida la prescripción es que hayan mediado dos años de efectivo concursamiento (téngase presente que la conclusión procesal del art. 59 no obsta a ello; cuando se dice efectivo concursamiento se piensa desde la presentación hasta la finalización por cumplimiento).

En el caso del APE (si se aceptara la aplicación de la prescripción concursal) los dos años correrían desde el petitum y también exigirían el transcurso de dos años “antes” de la conclusión por cumplimiento o quiebra.

Señala Truffat que, “para quienes se pararan en la posición contraria (esto es: que los dos años corren por la sola presentación) habría que considerar que ello será así en tanto y en cuanto medie homologación. En el caso del APE, el rechazo no coloca al deudor en estado liquidativo y clamaría al Cielo por poder crear per se una instancia prescriptiva sin haber quedado sometido, como contrapartida, a las obligaciones y riesgos del acuerdo homologado (específicamente al riesgo de quiebra en caso de incumplimiento)”.<sup>xxv</sup>

## **1-b La novación**

Ya he señalado en el punto referido a “la prescripción”, lo poco feliz del texto del art. 76 L.C.Q., cuántos titubeos se siguen de la doble regla de reenvío que contiene –señalando aplicables los efectos de un cierto artículo (el 56) y que el APE queda sometido a todos los que corren del 55 al 64.

Una interpretación posible de ese oscuro juego de disposiciones es considerar que los únicos “efectos” del APE son los previstos en el art. 56 (el cual sólo los establece en parte de su articulado) y que ningún otro “efecto” previsto en los arts. 55 y 64 es aplicable a la figura en estudio.

La cuestión es particularmente dudosa respecto del art. 55 L.C.Q.; el único que –en verdad- predica “efectos” de la homologación a la par del art. 56.

Quizá algún día sepamos qué es lo que quisieron decir quienes idearon la norma. Lo que seguramente es indescifrable –por la insuperable contradicción lógica del texto- es lo que “dice la ley”.

Y así como es muy difícil hacer tabla rasa con la lectura a contrario sensu de la mención explícita sobre los efectos del art. 56, también es arduo encontrar una explicación a la orden de estar sometido –entre otros- al art. 55 y omitir, pese a tal disposición, la novación concursal.

Mucho y malo se ha dicho sobre la novación. Consideramos a Truffat uno de los autores que mejor se ha explicado con respecto a este tema, y sobre todo con respecto a su utilidad, “...la pregunta básica es la relativa a su utilidad. ¿Para qué si el art. 56 ya establece lo que lógicamente hay que establecer respecto de la homologación de un acuerdo? ¿Para darle una firmeza adicional y definitiva? Véase que el medio técnico empleado (la novación) ha irritado a los puristas del derecho civil -¿una novación que no extingue las garantías?- y que preocupa a los comercialistas porque se presta a maniobras innobles (Vg., seducir a los acreedores para que acepten una quita grosera y luego de la homologación pedir la propia quiebra; llevándose el deudor los bienes que ante la reducción del pasivo son ahora excedentes)”<sup>xxvi</sup>.

No debe olvidarse tampoco que pese a tales resquemores la aplicación del art. 55 L.C.Q. no ha dado lugar a escándalos en siete años que lleva el dispositivo –siendo que todos los

reparos a su respecto se exacerbaron y llegaron al clímax con motivo de su modificación por la ley 25.563 y no por su propia existencia.

Con dudas señalamos que considero que la homologación del APE es “novatoria”. Consciente del espíritu conservador que informa al gremio abogadil tengo la convicción de que si por complacencia se impusiera la interpretación contraria –esto es, que no hay novación legal- empezaría a aparecer en todos los acuerdos a homologarse una cláusula convencional que previera tal efecto.

Al revés, si la postura mayoritaria fuera la que aquí se señala y se asignara tales efectos novatorios de nada serviría tratar de eludirlos contractualmente, pues si se entiende aplicable el art. 55 va de suyo que sus efectos no son disponibles por voluntad individual.

El completísimo y profundo análisis de Prono coincide sobre el punto: “...Junyent Bas expresa que la aplicación de este precepto al acuerdo preventivo extrajudicial exige una labor hermenéutica dificultosa, pronunciándose negativamente, con citas en igual sentido de Heredia y de Di Tullio, Macagno y Chiavassa, y en sentido favorable de Truffat y Graziabile. La postura negativa se funda especialmente en que la novación, por ser un medio extintivo de las obligaciones, constituye una alternativa de interpretación restrictiva y en que la mera remisión genérica es insuficiente para incluir automáticamente a esta preceptiva. Ahora bien, el legislador ha dispuesto someter el acuerdo extrajudicial homologado a las previsiones de la Sección III. Así lo dice expresamente en el art. 76. Y el primer efecto contenido en dicha Sección –art. 55- es el de que: “En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior”; con exclusión de las obligaciones del fiador y de los codeudores solidarios. Nos parece clara la intención del legislador en tal sentido, y no creemos que la alusión al art. 56 deba interpretarse como excluyendo el efecto novatorio. Tampoco observamos que sea incompatible la novación concursal con los efectos del nuevo acuerdo preconcursal homologado. Refuerza este criterio el hecho de que, estando ahora contemplada la imposición obligatoria del acuerdo extrajudicial homologado a todos los acreedores, aun a los disidentes, es razonable integrar tal normativa con la novación de las obligaciones anteriores, prevista por el legislador como efecto complementario del art. 56...”<sup>xxvii</sup>.

### **1-c La ausencia de control sindical**

El APE carece de un auxiliar técnico imparcial como el Síndico. Algo se ha dicho sobre su ausencia, sin ir más lejos fue una de las exigencias del FMI, cuando propuso en los ardientes meses del verano del 2002 un concurso preventivo con “menores costos”. Hay autores, incluso alguno cuya

autoría intelectual remota sobre el acuerdo extrajudicial no puede soslayarse, que claman por la reaparición del Síndico. Por el contrario ha habido prestigiosos doctrinarios que han resentido la designación por algunos jueces de “pseudo-sindicaturas” o “sindicaturas ad hoc”.

No creemos que se estemos en presencia de una cuestión que invalide el sistema. En general los jueces no parecen haber requerido de tal asistencia –por lo menos, no a los fines de determinar la configuración del pasivo, Sin embargo, y cuando los jueces sintieron imprescindible tal auxilio no trepidaron en recrear pretorianamente una suerte de sindicatura: vg: “Modo SA, de Transporte Automotor” que tramita en el juzgado 16 Secretaría 32 de Capital Federal.

La transcripción de este último fallo –en su parte pertinente- resulta útil a los fines de esta exposición, y se la formula a renglón seguido:

“...Pues bien, con independencia de lo temporáneo o no de los planteos, se han presentado en autos cinco (5) acreedores formulando oposiciones, que dejando de lado los matices propios de cada impugnación, tuvieron como común denominador haber versado –casi en su totalidad- sobre cuestiones que hacen a la veracidad de la información suministrada por la deudora en lo referente a la composición y valuación, tanto del activo como del pasivo. Esta circunstancia lleva que se planteen dudas acerca de la confiabilidad de la información brindada por aquella, ya que –al haberse puesto en tela de juicio esa información en punto a dos aspectos tan trascendentales para la situación patrimonial de cualquier sujeto como lo son la composición y valuación tanto del activo como del pasivo que integran su patrimonio-, no cabe más que concluir que ha quedado comprometida en el caso la columna vertebral sobre la que se sustenta toda la estructura de legitimidad de un instituto de por sí delicado como lo es el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE).”<sup>xxviii</sup>

Sabido es –en este sentido- que uno de los presupuestos básicos para el buen funcionamiento de este remedio para la solución de la crisis empresaria reside en que la información del sujeto que promueve el proceso sea verídica y consistente, es decir, sustentada en datos objetivos que permitan obtener, a través de un adecuado procesamiento técnico, la reconstrucción de los negocios y la operatividad de la firma, tanto en el pasado como en el presente, sin perjuicio también de su proyección futura . Síguese de ello la importancia de la información brindada por el deudor, ya que si ésta última no es adecuada (Vg. incierta, poco clara, desprolija, ambigua, etc.), se enfrenta el riesgo de que el acuerdo preventivo extrajudicial se sustente en bases falsas o incorrectas, convirtiéndose de ese modo en una herramienta para el abuso y el fraude, que es justamente lo que los jueces deben evitar. No debe olvidarse que el APE. es un régimen que vulnera la inoponibilidad contractual

consagrada por los arts. 1195 in fine y 1199 del Código Civil, al imponer los efectos de un contrato a terceros que no participaron en su celebración, sin un sistema de convocatoria colectiva bajo las salvaguardas y controles propios del concurso preventivo, lo cual debe llevar a extremar los recaudos para evitar maniobras fraudulentas en perjuicio de los acreedores. Justamente dos de las principales críticas formuladas al Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) en la forma en que fue estructurado por la ley 25.589 han sido fundamentadas en la ausencia de la figura del síndico (y la falta de informes) y la inexistencia de un sistema típico de verificación de créditos, aspectos ambos que confluyen hacia un mismo y único aspecto: la falta de información suficiente del juez, necesaria para decidir si el acuerdo alcanzado por la deudora con sus acreedores es merecedor –o no- de homologación judicial.

“Frente a ello, y con independencia de que, en principio, la información proporcionada por el deudor debe encontrarse certificada por contador público, se estima necesario establecer algún mecanismo de intervención técnica, bajo la forma de una suerte de veeduría informativa previa a la homologación, que permita conferir al Juez un respaldo mínimo de seguridad sobre la veracidad y exactitud de la información que constituye el presupuesto de legitimidad de la solución propiciada por el deudor. Mucho más en este caso en que la certificación contable suministrada por la pretensora no aporta justamente la seguridad necesaria a ese respecto. Véase que el certificante condiciona expresamente la virtualidad de su certificación al hecho de que esta había sido practicada sobre la base de “la documentación e información suministrada por la deudora” aclarando que el respectivo examen contable había sido realizado “de acuerdo con normas de auditor” vigentes que permiten la revisión selectiva de los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los estados contables, sin tener por objeto la detección de irregularidades o delitos intencionales”. Como es obvio, estas afirmaciones del profesional interviniente no generan ninguna seguridad con respecto a la veracidad de la información ya que lo que la ley exige al contador es una mera certificación en base a los registros contables y documentos aportados por el deudor, mas ello no significa que no exista otro pasivo que no esté denunciado en el listado que se presenta a la homologación, sino solamente que éste no resulta de los elementos puestos a disposición del contador”<sup>xxix</sup>.

Frente a este cuadro de situación en que se carece de la debida certeza acerca de las bases esenciales del acuerdo alcanzado, el juez dispone de las facultades de investigación previstas en el art. 52, inc. 4 Ley 24.522, como así también las que le competen como director del proceso (art. 274, LCQ), que le confieren las potestades necesarias para esclarecer la verdad jurídica objetiva e investigar sobre todo aspecto que se considere relevante para formar la convicción imprescindible en punto a la legitimidad del acuerdo y la procedencia de la homologación judicial

Se satisface de este modo el objetivo que –es de suponer- tuvo en mira el legislador al prever la intervención judicial en la homologación del APE ya que a la par que se cumple la finalidad de facilitar la solución y prevención de las crisis de las empresas mediante un procedimiento más ágil que el concurso preventivo, se evitan al mismo tiempo eventuales abusos y discriminaciones indebidas en perjuicio de los acreedores. Es que, como bien lo sostuvo un ex juez en lo Comercial integrante del Consejo de la Magistratura de la Nación: “si bien la ley de concursos tiende a la conservación de la empresa, el crédito también debe ser tutelado y el límite de afectación de los derechos de los acreedores es aquel en que el deudor hace del concurso un negocio a costa de aquellos y no como una herramienta para la superación de la crisis, máxime cuando el abuso se da en el marco de un APE, que tiene menos control judicial que un concurso preventivo”<sup>xxx</sup>

Se nos hace menester remarcar en este sentido que así como la actual caracterización del APE, consagrada a través de la reforma introducida por la ley 25.589 fue recibida con gran beneplácito por buena parte de nuestra doctrina más caracterizada, en tanto estableció un régimen que debe ser considerado como un avance en relación al previsto por la legislación anterior, en especial por el hecho de ser aplicables “erga omnes” a todos los acreedores que integran la clase o categoría comprendida en el acuerdo, lo hayan suscripto o no, ello no autoriza a dejar de ponderar los aspectos negativos que exhibe la actual regulación legal en materia de información. Por ello resultan a nuestro juicio incuestionables las facultades del magistrado que tiene a su cargo la responsabilidad legal de prestar o no homologación al acuerdo alcanzado entre el deudor y sus acreedores, de disponer todas las medidas que considere necesarias para constatar la fidelidad de la información suministrada por el deudor, de modo de asegurar la autenticidad de las bases que permitan dar sustento de legitimidad al acuerdo alcanzado, y con ello la justicia conmutativa intrínseca en la solución que se propia.

Es dentro de ese marco que ha sido admitida doctrinariamente la facultad del juez de dictar medidas cautelares de distinta índole, tanto típicas –o propias- de todo procedimiento de naturaleza concursal (el APE constituye en definitiva una subespecie del concurso preventivo), como atípicas, siempre dentro del marco de verosimilitud del derecho que sustenta la posibilidad de homologar o no el acuerdo, y entre ellas, la designación de un síndico “ad hoc” con la finalidad de aportar una constatación, verificación, cálculo y/u opinión profesional –imparcial y fundada- acerca de los elementos de información que permitan conferir sustento de legitimidad al APE.

Con el objeto de dar sustento a la teoría que estamos desarrollando, proponemos transcribir la resolución del fallo citado ut-supra; “En consecuencia, de conformidad con las atribuciones que al Tribunal confieren los artículos 52, inciso 4º, 274 y cc. LCQ, como medida para mejor proveer al

pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial alcanzado en autos, Resuelvo: disponer la designación en el presente proceso de una sindicatura ad hoc...” Fallo citado a página 96 del presente trabajo.

Este equilibrado y justo medio parecería ser el camino que más se compadece con la tésis de la ley.

### **1-d Determinación del pasivo**

Ausencia de trámite de verificación de créditos.

La regulación del APE no estipula un adecuado sistema de determinación del pasivo del deudor, como el que conocemos y utilizamos en nuestros procesos concursales desde la ley 11.719. Entendemos que dispone de un sistema de determinación de pasivo concursal deficientemente regulado, que cubre con altísimas lagunas la necesidad que todo instituto concursal aguarda de él.

Podemos ver a esta incompleta regulación como un retroceso a sistemas anteriores, quedando latente la posibilidad de llegar al abuso o al fraude, por lo que la actuación firme y plena del tribunal se han convertido en conditio sine qua non para neutralizar tales desvíos.

Lo hasta aquí expuesto importa que si bien no existe en esta figura, un procedimiento de verificación o admisión de créditos típico, sí consta en ella un sistema de determinación de pasivos que descansa casi por completo sobre el deudor y su deber de información.

Parece lógico que al encontrarse los procesos referidos con la necesidad de que sólo los acreedores ‘reales’ sean quienes deciden si aceptan, o no, la propuesta del deudor o que sólo éstos sean aquellos cuyos créditos se atienden con el dividendo de liquidación, se pretenda determinar, con seguridad y transparencia, qué acreedores reúnen tales condiciones. Sabido es que en innumerables ocasiones los malos deudores han recurrido a acreencias ficticias, para forzar una solución preventiva más acorde a sus pretensiones o para recuperar, a través de los sedicentes terceros, algo de aquello de que habían sido desapropiados.

La determinación de la calidad de accipiens, ha discurrido, como mínimo desde la ley 19.551, con la garantía emergente, en todos los procesos, de la intervención de un funcionario imparcial (el síndico), cuya solvencia profesional es recaudo suficiente para cumplir tal rol, y con las amplias facultades del tribunal para determinar quien es o no acreedor. Vale la pena recordar que una

de las reglas básicas de la concurrencia pasa por el derecho de control correspondiente (una especie de “todos contra todos”), mínima compensación que la ley otorga a quienes se han visto privado de sus acciones individuales para el cobro de sus acreencias. Lo cierto, es que el sistema verificadorio está suficientemente trabajado por doctrina y jurisprudencia como para agregar algo novedoso sobre el mismo y como para achacarle un reconocimiento que se lo ha ganado durante décadas, que dentro de los límites conocidos ha funcionado razonablemente bien.

En el APE, la confesión del acuerdista asigna la calidad de acreedor, pero no permite “de suyo” tener por válido ese pasivo, sin el mecanismo de oposición establecido en el art. 75 de la LCQ, a través del cual los demás acreedores puedan cuestionar tal calidad. Es cierto que en el APE el mecanismo es un poco más brutal, la denuncia y la falta de oposición de tercero, produce un efecto que en el concurso propiamente dicho siempre necesita la decisión de un juez; pero ello no invalida que existiendo esa posibilidad de control, su falta de ejercicio obligue (o pueda llegar a obligar, dado que la homologación puede frustrarse por la presencia de otras irregularidades o porque el juez reputó el acuerdo como abusivo o en fraude a la ley) a todos cuantos pudieron controvertir y no lo hicieron. Lo explicaremos con mayor precisión, obliga porque, ahora sí, se tomará el pasivo denunciado por válido y se seguirán de la obtención de mayorías las consecuencias que la ley predica – insistimos: mientras no haya omisión de activos o no se vulneren principios liminares como los que establecen los artículos 953 y 1071 del Código Civil-

### **1-e Categorización.**

Desde hace muchos años la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando el art. 16 de la Carta Magna, ha sostenido que la igualdad es entre los iguales, o dicho de otra forma, ella debe predicarse entre quienes estén en igual situación.

Esto nada tiene de discriminatorio. Precisamente uno de los modos para consagrar una verdadera igualdad, hoy por hoy es la discriminación positiva, (Vg. El cupo femenino en los cargos electivos).

Podemos convenir que en el universo de los contratos ningún acreedor es igual a otro y siempre puede haber razones valiosas o tutelables que lleven a prestar más consideración a uno que a otro. No obstante, se entendió por largo tiempo que la propuesta que se hiciera a los acreedores debía ser exactamente la misma. El fundamento de ello era que quien aceptaba la propuesta- colaborando a

formar una regla obligatoria para quienes la rechazaron o se mantuvieron ausentes- se estaba sometiendo a idéntica regla a la que sometía a los demás.

La posibilidad de ofrecer propuestas diferenciadas por clases de acreedores resultó un oasis en el desierto, se trató de evitar, por una parte, que se pacten mejores condiciones “por afuera” del concurso para los más fuertes y por la otra, que se someta al deudor al acuerdo más desfavorable, o sea, el acuerdo que lograba imponerle el acreedor menos flexible.

Siempre y cuando los jueces puedan garantizar que el deudor no pueda manipular categorías para imponer en forma arbitraria su voluntad y la exactitud del pretorio al reaccionar frente a la tremenda opción que muchos concursados querían imponer astuta y ladinamente a los acreedores reticentes, el “instituto de la categorización” resultó útil, ya que respeta el principio de igualdad dentro de las categorías y permite una negociación mas justa para el deudor.

Este esquema, parece hecho a medida del acuerdo preventivo extrajudicial, hoy cuando la igualdad es ineludible, pensamos que los APEs requerirán como nunca de la categorización.

Pero la ley nada dice sobre el tema, pero no nos referimos a que diga algo que permita suponer que acepta la categorización, nada dice en ninguno de los dos sentidos. El art. 76 LCQ remite a diversos artículos (55 a 64) pero ninguno de ellos nos habla de la categorización. Podemos observar que los arts. 69 a 76 jamás nos hablan de propuesta, sino que siempre hacen mención al “acuerdo”, no obstante ello, no podemos tener la necesidad de interpretar que porque la ley se refiere al “acuerdo” en singular éste debe ser uno sólo y con la misma propuesta para todos. Por el contrario, nosotros entendemos que si bien el acuerdo es uno, el mismo puede estar compuesto por diferentes propuestas.

Nos parece lo más acertado, el deudor presentará las distintas categorías, y si obtiene las mayorías en cada una de ellas, el juez homologará el acuerdo. Sabemos que se suscitarán algunas cuestiones no reguladas en el plexo legal. Primero podemos decir que si el juez no dicta una resolución, antes de la publicación de los edictos, en consonancia con el art. 42 LCQ, caemos en la posibilidad que el deudor cree categorías a su gusto perjudicando a algunos acreedores, especialmente a aquellos disidentes o potenciales tardíos, a quienes le resultará oponible el acuerdo preventivo extrajudicial homologado.

Si el juez llegara a cuestionar las categorías, nos hundimos en la antigua disputa si puede alterarlas o disponer que el deudor formule nuevas. Nos parece que no deberíamos atarnos a la

idea del concurso preventivo propiamente dicho, de estarnos a las categorías básicas que trae la ley en su art. 41 párrafo 2°. Lo más conveniente, consideramos que es que el deudor las reformule.

Va de suyo que el juzgador debe ser rígido ante la posibilidad que el deudor pretenda formular una categoría residual para disidentes o tardíos por su condición de tales. Si esa posibilidad no la aceptamos para un concurso propiamente dicho, ¿por qué deberíamos aceptarla para el acuerdo preventivo extrajudicial?.

Opinamos que deberá ser el tribunal quien decida que propuesta se acerca más al acreedor tardío o disidente, o si se comparte, , la tesis de gran parte de la doctrina, será el interesado, en un plazo estipulado por el juzgador, quien deba ejercer la opción dentro de las categorías existentes.

## CAPITULO V

### **El APE: Una labor incansable de la jurisprudencia**

El legislador en ocasión de dictar la ley 25.589 (Adla, LXII-C, 2862) intentó proveer a la sociedad de una mejor herramienta para que los acreedores y el deudor puedan negociar en forma más sencilla, rápida y menos onerosa, la solución de sus conflictos cuando se encuentran en “cesación de pagos” o “atravesan dificultades económicas o financieras de carácter general” el modo en que habrán de superar la crisis.

Hay quienes entre sus beneficios, además de la sencillez, rapidez y reducción de gastos aludidas, postulan la discreción o la privacidad, ya que no trascienden en igual medida que los concursos preventivos judiciales y acarrea menos estigmas. A pesar de ello pienso que a partir de la publicación de edictos, pierde en cierta forma la posibilidad de discreción.

De todos modos, en la consideración del común de la gente e incluso entre los propios abogados se ve al acuerdo preventivo extrajudicial como un grado de menor compromiso y conflicto que el concurso judicial.

El APE se inicia como una negociación privada de naturaleza contractual, que vincula al deudor con sus acreedores. Es decir, una convención celebrada entre las partes dentro de la más absoluta libertad. Se aplica indudablemente en el Cód. Civil el art. 1197 y como no se exige contenido determinado, puede recurrirse al 1137. Se celebra sin intervención judicial, al menos en la primera parte, y sus efectos resultan – en principio oponibles a partir de la homologación- aun para quienes no han prestado su conformidad. De no lograrse la homologación –salvo pacto en contrario- conservan su validez.

Se trataría –al menos en su faz inicial- de un contrato plurilateral que puede incluir una multiplicidad de actos jurídicos cuyo número puede ser idéntico al de los acreedores que lo compongan. A pesar de ello, demostraremos que las afirmaciones vertidas deberán ser interpretadas a

la luz de las modificaciones derivadas de los efectos que ahora se le otorgan a la homologación del acuerdo.

Como lo hemos manifestado con anterioridad coincidimos con Truffat en el sentido de que el APE es un subtipo concursal, no obstante que en cuanto a la forma sea o más bien se origine en un contrato o una plurilateralidad de ellos.

Si bien la finalidad que persigue el instituto sería evitar o superar la crisis, sea ésta incipiente o crítica, no será valioso si solo se lo utiliza para prolongar la agonía o para lograr quitas o esperas, sin atacar las causas del problema muchas veces sistémico.

La evaluación temprana y sistemática de la dimensión del problema y el diseño de una estrategia adecuada, así como una acción rápida cooperaran sin duda a una reestructuración de la empresa que sea viable. La presentación de un plan de reorganización empresarial y su factibilidad en orden a transformar a la empresa en comercial y económicamente efectiva, a otorgar protección suficiente a todos los involucrados, debería constituir una obligación de origen legal. Por cierto que mientras esto no ocurra nada impide que ello se logre, a través de la buena disposición de los operadores del derecho.

Meritorios resultan en tal sentido los antecedentes en que ello fue exigido como recaudo pretoriano, ya que la protección de la empresa encuentra su justificación en la utilidad general y social que pueda alcanzarse, sea en el mantenimiento de la fuente de trabajo, en la satisfacción del crédito o en las posibilidades de inserción adecuada en la economía del país.

Sentado ello diremos que la modificación que vislumbramos de mayor trascendencia –aportada por la ley 25.589- que podemos mencionar es el haber fortalecido el procedimiento mediante la extensión de sus efectos a los terceros no intervinientes. A nuestro parecer ello contribuyó para que los deudores recurrieran a ella

no ya como un medio alternativo para la superación de la crisis, sino como un nuevo cauce para lograrla con ciertos beneficios.

Por constituir uno de los aspectos más relevantes, de la reforma, también generó disímiles posturas, llegando incluso la señora Fiscal de Cámara a solicitar la declaración de inconstitucionalidad del art. 76.

Mencionados estos aspectos básicos agregó que los perfiles difusos a los que alude Alegría, la falta de claridad y las omisiones que se advierten en el articulado específico de la ley han generado grandes dudas en orden a la aplicación del instituto. Los aspectos omitidos o confusos provocaron cierta inseguridad que no debió existir.

Como principio podríamos sostener que sería aplicable a este acuerdo preventivo extrajudicial toda la normativa de los concursos, en la medida que corresponda, es decir, salvo que se trate de cuestiones que por su naturaleza queden excluidas o que se opongan a sus fines específicos y obviamente para los supuestos en que no se encuentre establecida una solución determinada.

A partir de las imprecisiones aludidas es que según datos aportados por la realidad proliferan las soluciones disímiles. En los casi tres años transcurridos desde la sanción de la ley citada, numerosas han sido las presentaciones de este tipo y muy fructífera la labor tribunalicia a su respecto.

El Dr. Alegría dice que la ley y la realidad mantienen un diálogo fluido donde una modula a la otra y ambas evolucionan con la época.

Si bien el deber se impone que ello así acontezca, creemos que no siempre se logra tal objetivo y menos con la rapidez y eficiencia deseada. Este instituto constituye un ejemplo paradigmático de lo que acabamos de expresar.

“De todos modos celebramos contar con una doctrina atenta que trata de fijar las pautas, marcar el sendero o fijar el rumbo ante cada una de las falencias o de las

lagunas que nos deja la ley. Por otro lado, los jueces sobre todo en el ámbito del derecho comercial acostumbrados a comprender y acompañar los cambios de la realidad y a anticiparse casi siempre a la ley, intentan logra la adecuada y valiosa solución para los justiciables, sorteando las dificultades que se suscitan en la tarea de interpretación”<sup>xxxii</sup>.

Asumiendo que el APE es una “*creación Pretoriana*”, y con la inexcusable labor de esclarecimiento, ante un texto legal con lagunas innegables, efectuaremos un examen de las presentaciones de APE que hemos logrado ubicar en Capital Federal, a partir de la formidable labor de la Dra. María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero. A partir de tal experiencia podrá perfilarse la silueta que nos permita descubrir la verdadera dimensión del instituto.

1) *En el Juzgado 1 Secretaría 2* hubo una sola presentación “Diz, Eduardo” y en su primer auto del 20/4/04 se declaró presentado el acuerdo y se dispuso la publicación de edictos bajo el apercibimiento previsto por el art. 30 LC (t.o. 1984) (Adla, XLIV-D, 3806), norma que se aplicó analógicamente. Es decir, se hizo saber que en caso de no acreditarse la publicación de los edictos se tendría por desistido de la solicitud.

Se ordenó hacer constar en los edictos el plazo para deducir las oposiciones, se decretó la inhibición de bienes del deudor y en los términos del art. 72 se ordenó la suspensión de los juicios de contenido patrimonial contra la deudora, salvo –en principio- las ejecuciones de garantías prendarias e hipotecarias. Se requirió la suspensión de las medidas de ejecución forzada y toda otra que afecte el giro de la deudora en desmedro de la solución preventiva destinada a la totalidad de los acreedores.

Dado que se trata del primer supuesto que examinaremos, creemos adecuado efectuar unas mínimas consideraciones con el objeto de no reiterar sobre los mismos puntos en los casos subsiguientes y para una mayor y más sencilla comprensión

de los procesos a tratar. El art. 69 bajo el rótulo “Legitimados” autoriza al deudor que se encuentre en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general a celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a la homologación del juez.

De la lectura del artículo surge que se mantienen los dos requisitos que se exige para la presentación en concurso: a) pedido del deudor y b) existencia de cesación de pagos, aunque en esta ocasión –al igual que en otras contenidas en el art. 1º-, la ley autoriza que mediando “dificultades económicas o financieras de carácter permanente” también el deudor puede acudir a esta vía.

El art. 70 que se ocupa de la forma mantiene su anterior contenido. El APE constituye un negocio jurídico para cuya instrumentación no se exigen formas predeterminadas: sólo es necesario que el acuerdo se presente por escrito y que las firmas de los acreedores se encuentren certificadas por escribano público para otorgar autenticidad a los documentos que se presentan. Las representaciones invocadas deben ser certificadas por escribano público.

Cuando la ley dispone que las representaciones invocadas deben estar certificadas y los documentos habilitantes de los firmantes o copia de ellos deben agregarse a los documentos pareciera que se está modificando la ley de fondo, es decir el art. 1003 del Cód. Civil. Sin embargo, creemos que debemos distinguir: a) cuando estos elementos se acompañan a instrumentos privados, deberán acompañarse las copias de poder, del estatuto y todas las que sean necesarias para acreditar la legitimación, las facultades, etc., b) cuando el acuerdo consta en escritura pública, que también es una posibilidad, incluso uno puede estar contenido en escritura pública y otros no, rige el Cód. Civil art. 1003. Bastará en tal caso que el escribano diga que quien suscribió la escritura tenía facultades suficientes sin que sea necesaria copia ninguna.

La agregación de copias certificadas constituye una solución práctica que evita cuestionamientos y da tranquilidad a todos los que participan en este acuerdo en

cuanto a las facultades recíprocas que invoca cada uno de ellos y en definitiva hacen a la validez de los acuerdos.

Dado que los acuerdos pueden celebrarse en un mismo acto o en varios sucesivos, e incluso a distancia de conformidad con lo dispuesto por el art. 1181 Cód. Civil, es decir, contrato por correspondencia o ahora por algún medio electrónico, con independencia del modo de realización luego serán plasmados por escrito.

Los requisitos para la presentación y posterior homologación, son similares a los del art. 11. Su enumeración está contenida en el art. 72: debe acompañarse estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento con indicación específica de las normas seguidas para su valuación (art. 72, inc. 1º). Esta exigencia que es sencilla cuando se trata de un instrumento único, se torna complejo cuando los instrumentos son numerosos y fueron suscritos en distintas fechas.

En tales casos, la certificación deberá ser de fecha posterior o existir ratificación del acuerdo original cuando el cambio en la composición del activo y del pasivo lo impongan. Ello en razón de que las conformidades pueden otorgarse en distintas fechas.

Incluso no existiría inconveniente para que el acreedor fije un límite temporal de validez para su conformidad. De ese modo evitará quedar sujeto a un iter de negociación interminable.

También deberá acompañar, como ya hemos manifestado con anterioridad, un listado de los acreedores con mención de los domicilios, montos y demás (art. 72, inc.2º); de juicios en trámite (art. 72, inc. 3º), los libros de comercio y los de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento (art. 72, inc. 4º), y también el monto del capital que representa el porcentaje los firmantes respecto de la totalidad de los acreedores registrados (art. 72, inc.5º), esto es para facilitar los cálculos al Tribunal.

Recordemos que: el art. 73 determina las mayorías exigibles y el art. 74 se ocupa de la publicidad. el art. 75 incorpora las oposiciones y el art. 76 que es el último del capítulo, establece los efectos de la homologación.

Dado que los efectos del acuerdo se expanden hacia los no participantes es que Alegría considera que los acuerdos tienen que tener homogeneidad, *pero sería también un requisito no exigido formalmente por la ley*. Creo que sin perjuicio de la necesidad de una reforma que determine de qué modo debe solucionar con sencillez este aspecto, la categorización ha sido sencilla y el art. 52 aplicado.

Retornando a la consideración del caso concreto, y con relación a la suspensión de los procesos de contenido patrimonial y sin olvidar la opinión de Heredia, quien asegura que es un efecto impropio de la figura en cuestión y entre otras impecables consideraciones precisa que no registra antecedentes en el derecho comparado, el nuevo texto legal fue incorporado como consecuencia de una exigencia impuesta por la doctrina nacional, ya que su inexistencia frustraba posibilidades de acuerdo. La ley dispone que desde la publicación de los edictos, “quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor con las exclusiones dispuestas en el artículo 21. Antes no se producía suspensión alguna y por lo tanto se generaban algunos problemas.

Cabe señalar que al disponer- con la reforma introducida por la Ley 25.589- el legislador la suspensión como efecto de la mera “presentación”, se apartaba del criterio utilizado para los acuerdos judiciales, donde la suspensión de las acciones de contenido patrimonial, deriva como consecuencia operativa de la radicación de los procesos de contenido patrimonial en la sede del tribunal donde tramita el concurso, radicación que se produce a partir de la apertura del concurso por cuanto tal resolución es la que determina el nacimiento del fuero de atracción. Es por ello que la mayor parte de la doctrina consideraba, y eso se plasmó con la reforma implantada por la Ley 26.086, que más allá de que la ley aluda al momento de la presentación, tal mención

debe ser entendida en el sentido de “cuando se haya dado curso a la presentación”, es decir, cuando la presentación se encuentre completa, y esto se estableció con la última reforma al sostener que ese momento sería a “partir de la publicación de los edictos”. Téngase en cuenta que para ordenar la publicación de edictos el juez debe efectuar una verificación formal del cumplimiento de los requisitos legales que habiliten la publicación del acuerdo presentado. Evidentemente la falta de precisión normativa ya había dado lugar a distintas posturas, las que generaron planteos innecesarios con la consiguiente demora en los trámites.

Otro problema se advierte respecto del mismo artículo (21) en cuanto establece que, “En las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio”. Si en el APE no existe verificación, no existe razón para tal remisión.

El Dr. Alegría, con excelente criterio, considera que no correspondería aplicar el art. 21, sino el art. 24. Esta norma establece justamente que en caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, el juez puede ordenar la suspensión de los remates y de las medidas cautelares. Este criterio fue aplicado en la decisión en comentario.

Es de lamentar que frente a las reformas y la hiperinflación legislativa que padecemos los jueces se hayan convertido en permanentes intérpretes de lo que quiso decir el legislador.

2) En el Juzgado 2 Secretaría 4 tramita el APE de “Sala Móvil de Terapia Intensiva SAMTI SRL”. Podemos mencionar que en el primer auto dictado el 21 de marzo de 2003 se exigió el cumplimiento del decreto. 3003/56 (comunicación al registro de procesos universales de la Capital Federal) bajo apercibimiento de tener al peticionante por desistido de su presentación. Esta exigencia parece razonable, porque si pensamos que es una especie de concordato preventivo, o un modo tendiente a superar una crisis de carácter general, debe tenerse conocimiento de su existencia para que los procesos que involucren a la totalidad de los acreedores no tramiten en diferentes tribunales.

La publicación de edictos se dispuso bajo un apercibimiento original, que no encontré en ningún otro caso, consistía en no homologar el APE y declarar concluido el procedimiento.

La suspensión también se ordenó de modo particular (en este caso vemos a todas luces lo dicho anteriormente, cuando nos referimos al APE como una “Creación Pretoriana”, ya que el primer decreto es de fecha 21 de marzo de 2003, y tres años después se sanciona la Ley 26.086, donde se modifica el último párrafo del artículo 72, sosteniendo tal modificación que los efectos serán a partir de la publicación de los edictos) porque se dispuso a partir de la fecha de acreditación de la publicación de los edictos, y se fija como dies ad quem la fecha de la respectiva homologación del acuerdo, lo que es de práctica.

Fue dictada resolución de categorización por aplicación analógica del art. 42 a pesar de no encontrarse ello previsto de modo expreso, y por no encontrarse prohibido (CN 19).

Para dar una opinión más fundada creo adecuado reiterar que puede lograrse un acuerdo único con todos los acreedores o agregarse la suma de tantos acuerdos como acreedores existan.

Si el deudor logró unanimidad de todos los acreedores existentes no habría inconveniente para que existieran tantos acuerdos diferenciados como acreedores haya, tal realidad no podría causar problemas. En cambio la situación varía cuando tal unanimidad no existe. Ello porque los efectos del acuerdo logrado a través del APE se van a extender o van a ser vinculantes para aquéllos que votaron desfavorablemente y para quienes incluso no intervinieron, sea porque no se enteraron, porque sus créditos eran litigiosos o simplemente porque decidieron no acercarse al tribunal.

Si todos los acreedores van a quedar vinculados necesariamente, tiene que existir cierta homogeneidad en la propuesta que se ofrece, de lo contrario va a ser muy difícil que pueda imponerse a un sujeto la solución aceptada por otros con los que no existe ningún tipo de conexión.

En el expediente en cuestión existieron oposiciones y pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 75 por parte de la AFIP en cuanto no permite analizar con profundidad la composición del activo y la declaración del pasivo, el que preveía vista al Agente Fiscal fue rechazado y se homologó el APE conforme había sido presentado.

En cuanto a la tasa deudora abonó el importe vigente para los procesos de monto indeterminado, y en el expediente si bien se intimó a su pago al tiempo de la homologación no se determinó el porcentaje aplicable.

3) En el Juzgado 4 Secretaría 7 se presentó el APE de “Bianchi, Luis Alberto” solicitud que fue rechazada por no llevar libros. La decisión fue consentida y el deudor presentó luego su concurso preventivo. Esta resolución fue aceptada por el “apista”, no obstante, como sostuve anteriormente, consideramos que no es obligación llevar libros para que se otorgue la homologación de un APE.

4) En el Juzgado 4 Secretaría 8 tiene radicación “Servicios Financieros SA”. El 20 de Mayo de 2003 encontrando cumplidos los requisitos del art.72, se dispuso la publicación de edictos sin sanción alguna.

En tal providencia se ordenó comunicar la existencia del proceso a los jueces donde tramitaban los juicios que habían sido denunciados en la presentación. Medió oposición deducida por la AFIP, aunque como consecuencia del acuerdo arribado entre ella y la apeada se declaró abstracta y se homologó un acuerdo en el que se convino el pago del 100% en seis años.

5) Otro APE que tramita en el Juzgado 4 Secretaría 8 es “Multicanal”. El 27 de agosto de 2003 se ordenó cumplir con el decreto 3003 y el juez adoptó medidas preliminares. Aclaró que sólo cuando se encontraran cumplidos todos los recaudos se podía hablar de APE y recién allí produciría efectos la presentación.

En este caso se otorgó legitimación a los acreedores titulares de créditos litigiosos para intervenir en la oposición. Consideramos correcta esta apreciación por parte del juzgador, ya que los eventuales acreedores del “apista”, si bien no podrán votar la propuesta, ni se tendrán en consideración sus créditos para el cómputo de las mayorías, tienen derecho a ser escuchados con el fin de evitar la violación al principio de contradicción, teniendo en consideración que en el caso de ser reconocidas sus acreencias se verán alcanzados por el acuerdo homologado.

La resolución de fecha 14/4/04 homologó el acuerdo preventivo extrajudicial, luego de analizar pormenorizadamente cada una de las impugnaciones deducidas. A continuación se transcribirán algunas de las conclusiones a las que arribara el sentenciante:

- a) Respecto de la impugnación introducida por la AFIP, la misma fue declarada abstracta toda vez que la deuda por ella invocada era de origen provisional y los términos del acuerdo que ofrece la deudora, no abarcan tales deudas.
- b) En cuanto concierne a la oposición deducida por cierto acreedor con fundamento en no hallarse denunciado su crédito siquiera como litigioso, lo cual –según dijo- constituye fraude contable: el magistrado consideró que en el caso el crédito no fue omitido, ni existió actitud dolosa por parte de Multicanal. Agregó, que aún cuando fuera litigioso dentro del pasivo total representa cerca del 1% y, que en la hipótesis de que fuera admitido en el futuro quedaría incluido en la categoría de acreedores quirografarios no financieros, respecto de los cuales el acuerdo no proyecta efecto alguno.

6) En el Juzgado 6 radicó “Anedra SA”, cumplidos que se encontraron los requisitos se ordenó la publicación de edictos sin especificación alguna. Fue homologado y aparentemente se aplicó el 0,75% del monto de los créditos para fijar la tasa de justicia, afirmación que realizó a partir de la cifra indicada en la decisión en la que no se explicitó la pauta utilizada.

En el Juzgado 7, tramitan dos APES por orden de aparición, serían “Chartier” y “Lalor”. Ambos casos son muy interesantes, y los analizaremos en profundidad ya que poseen ribetes hartos necesarios para la comprensión de las lagunas legales en análisis.

7) En la Secretaría 14 “Chartier, Adolfo Raúl” tramitó junto con el de su esposa Nilda Graciela López; se trató de un acuerdo donde por primera vez se admitió la presentación de un sujeto que no lleva libros de comercio. Se otorgó un plazo de diez días para el cumplimiento de los recaudos faltantes por aplicación analógica del artículo 11, empero existen varios precedentes en los que no se fijó plazo (Vg. Microómnibus, Ausol, CTI, etc.). En este caso el 25 de junio de 2003 se admite la presentación no obstante carecer de libros, por tratarse de accionistas de sociedades que sólo desarrollaban sus actividades a través de dichas personas jurídicas. Se exigió que el contador certificante dictaminara acerca de los créditos reconocidos o denunciados y respecto de la inexistencia de otros. Los apeados en la mayoría de los casos eran fiadores de créditos de la sociedad que se correspondían con las registraciones contables de esas sociedades.

La posibilidad de acceder a la solución del APE para los deudores que no llevan libros en legal forma ha generado debate, ya que mientras algunos autores y tribunales consideran que sólo los que cumplan con tal recaudo pueden acceder a esta solución, otros entienden que no es así. Si bien existen pronunciamientos contradictorios en este aspecto, pensamos que no se puede dar una respuesta

tajante sino de acuerdo a cada caso. Estimamos que si no se exigen libros de comercio llevados con todas las formalidades de ley, sí resulta menester la existencia de registros o documentación que de algún modo permitan la constatación de la existencia de los créditos que se invocan como fundamento para la presentación.

No debe olvidarse que aunque el APE constituye una solución tendiente a facilitar la salida de la crisis, dado que no interviene síndico el criterio no puede tener la misma amplitud como en los concursos preventivos.

Existen precedentes de la CNCom., Sala C “in re”: “Leuzzi, Catalina s/ acuerdo preventivo extrajudicial”, del 31/8/04 donde se exigieron elementos suficientes para que el contador verificante pudiera determinar la existencia de los créditos. La Sala B “in re”: “Menzildjian de Pellegrini, Angela” marzo 2004, se expidió en similar sentido al señalar la necesidad de contar con los elementos que permitan determinar activo y pasivo<sup>»xxxii</sup>.

En la causa en examen también se exigió el cumplimiento del decreto 3003 y de todos los recaudos del art. 72. Para los edictos se aplicó analógicamente el apercibimiento del art. 30 y en cuanto a la suspensión, se dispuso que sólo procedía a partir de que se ordenara la publicación de los edictos y no antes, aplicando el criterio mayoritario forjado respecto de este tema. Se dejó constancia que no existía fuero de atracción.

Si bien tal decisión se adoptó en el primer auto, se intentó una revocatoria para que se generaran inmediatamente las consecuencias de la suspensión, la petición fue, a nuestro parecer y en virtud de lo manifestado a lo largo del presente trabajo correctamente denegada.

Cumplidos que fueron los recaudos necesarios se ordenó trabar inhibición general de bienes. La decisión fue revocada por el juez de primera instancia a petición de los deudores. Este tema también ha generado soluciones encontradas.

La AFIP impugnó el crédito denunciado por atribuir diferencias en los montos de su acreencia. El planteo fue rechazado y al igual que en casi todos los antecedentes, éste se fundó en el hecho que la AFIP mantiene un régimen propio donde percibe lo que corresponda, sin imponérsele los términos de los acuerdos ni preventivos y preventivos extrajudiciales.

Hubo oposición realizada por el Gobierno de la Ciudad, también por diferencias de montos. Luego de un análisis exhaustivo, podemos percibir que en muchos casos las oposiciones se

utilizaron como vía para la discusión de los montos reconocidos, es decir, como modo de admisión de sumas mayores en el pasivo y no verdaderas oposiciones por los motivos expresados en la ley.

Más allá de la imprevisión legal sobre el tema entendemos que el derecho de los acreedores debe ser siempre respetado.

La particularidad de este APE radica en que la propuesta consistía en la formación de una sociedad con todos los bienes de la concursada con excepción del inmueble donde los apeados – según denominación de Dasso- tenían fijado su domicilio, el que además, se encontraba inscripto como bien de familia.

Resulta que este inmueble era el de mayor valor de todos los que componían el patrimonio, y se presentó un acreedor que dijo “a mi no me invitaron a las conversaciones a través de las cuales llegaron al acuerdo, me enteré por el diario. Yo tengo mi crédito que es anterior a la constitución del bien de familia...y el inmueble es el del mayor valor de todo el patrimonio de deudores”.

Se rechazó la homologación de la propuesta porque se consideró que constituiría un abuso someter al impugnante a los términos de un acuerdo para el que no había sido convocado oportunamente y que había sido aceptado por quienes estaban en condiciones diversas, ya que sus acreencias eran posteriores a la constitución del inmueble como bien de familia. Aunque no se expresan subyace en la decisión la aplicación del artículo 52 al considerar que no habría equivalencia entre la propuesta y la cuota que se cobraría.

8) El otro proceso en trámite ante el Juzgado 7 Secretaría 13 es “Lalor”, en estos autos se fijó un plazo para cumplir los requisitos; se exigió documentación para ampliar información; se ordenó la publicación de los edictos; se dispuso la suspensión de los procesos de contenido patrimonial; y se decretó la inhibición general de bienes.

Se agruparon los créditos del siguiente modo. A los acreedores financieros y judiciales por un lado y quirografarios comunes por el otro. A los acreedores quirografarios comunes se les ofreció el pago del 100% según título, y a los quirografarios financieros el 50% aproximadamente, y se conformó una categoría para los financieros en la que se incluyen los acreedores judiciales que serían los créditos litigiosos sin considerar la naturaleza del crédito, sino del carácter de litigioso o no. Las oposiciones deducidas por los titulares de créditos litigiosos fueron rechazadas por negársele a aquéllos legitimación suficiente.

La decisión fue apelada y se encuentra a estudio en la Sala D.

9) En el Juzgado 8 Secretaría 16 se inició “Comarcon SACI y A”, dictándose el 19 de marzo de 2003 una providencia donde simplemente por considerarse cumplidos los recaudos del art. 72 se ordenó publicar edictos sin agregado alguno. Este es el único caso que encontramos donde no se requirió absolutamente nada, se publicaron edictos por haberse cumplido los recaudos del art. 72.

Hubo una oposición y ante ella un allanamiento por parte de la concursada. En este caso se admitió el allanamiento sin participación de los restantes acreedores. Se homologó el acuerdo y se dejó en claro que no se aplicaba el art. 19, en cuanto dispone la suspensión de los intereses. El juzgador se apartó, en este caso, de lo dispuesto para el Concurso Preventivo Judicial; desde nuestro punto de vista, y sabiendo que uno es esclavo de sus propias palabras, nos vemos en la obligación de manifestar nuestra contraposición a tal solución, ya que nosotros vemos al APE como una de las tres variantes del concurso rehabilitatorio, y si bien a nuestro leal saber y entender no le es aplicable a los APEs todo el articulado de la Ley de Concursos y Quiebras, entendemos que la no aplicación del artículo 19 será pernicioso a la hora de que los potenciales “apistas” se inclinen por la figura que tanto bregamos.

10) En el Juzgado 9 Secretaría 17 se inició el 30 de diciembre de 2003 “Acindar”: lo que podemos resaltar en este caso es que se dispuso la prohibición de salida del país por aplicación analógica y en los términos del art. 25, aunque tal medida se dispuso respecto de los administradores de los últimos dos años. Consideramos “contra legem” tal decisión del a quo, ya que por importar limitaciones a la garantía constitucional de entrar y salir libremente del país, estas reglas no son susceptibles de extensión analógica y las mismas han de interpretarse con carácter restrictivo. Para el supuesto que se haga lugar a dicha restricción entendemos que lo correcto hubiese sido, no la prohibición de salida del país, sino la solicitud de autorización para la eventual salida, ahora sí conforme artículo 25.

11) También en el Juzgado 9 Secretaría 18 tramitó el APE de “Servicios y Calidad SA”. La sentencia dictada en primera instancia el 8/10/03 hizo lugar a las impugnaciones y resolvió no homologar el acuerdo preventivo extrajudicial, para lo cual fue argumentado lo siguiente: a) el estándar de claridad y transparencia no se hallaba configurado respecto del activo y del pasivo, lo que resultó corroborado con las impugnaciones, b) en el contexto de la información disponible la propuesta

no había alcanzado las mayorías legales por lo que debe reputársela abusiva, c) la deudora asumió una actitud reticente ya que la información brindada no había sido exacta (Vg. omitió referirse a la marca, los gravámenes prendarios, inexactitud en un crédito, no individualizó pasivos litigiosos, omitió informar acerca de una cuenta corriente bancaria). Las impugnaciones prosperaron, una por mediar ocultamiento de pasivos, otra por ausencia de mayorías legales, por configurarse una quita desmesurada y discriminatoria, y finalmente por mediar insuficiente consenso real.

Lo que podemos mencionar acá como propio u original de este proceso, es que se pidió la suspensión de secuestros ordenados en ejecuciones prendarias y se hizo lugar por aplicación del art. 24 y por 90 días. Al peticionarse la ampliación de ese plazo de suspensión se acordó, simplemente porque había conformidad del acreedor.

Esa decisión fue apelada por Servicios y Calidad y a la postre devino confirmada el 26/8/04 por la sala D, bien que por otros fundamentos.

12) El Juzgado 11, Secretaría 22 en las actuaciones caratuladas “Integraciones Tecnológicas”, el magistrado se declaró incompetente para conocer en el acuerdo preventivo extrajudicial por agrupamiento de garantes y remitió las actuaciones al juez que corresponda en la jurisdicción de San Juan. Luego de efectuar la distinción entre las normas que rigen la competencia en los concursos en caso de agrupamiento y en el concurso de los garantes no encontró justificado el desplazamiento de la regulación general de la competencia concursal, pues no se halló configurado el supuesto de hecho que fundamenta la aplicación de la LCQ 68: esto es, la radicación del concurso anterior del garantizado.

Consecuentemente fue atribuída la competencia al juez del lugar de la sociedad cuyo domicilio se haya en extraña jurisdicción, por ser la que cuenta con el activo más importante.

Del mismo modo, consideramos que los grupos económicos también pueden presentar su acuerdo preventivo extrajudicial aunque en la remisión normativa que realiza el art. 76 no incluye el art. 65. Postura compartida por el Dr. Segal y otros doctrinarios.

13) En el Juzgado 12, Secretaría 23 se inició “Buenos Aires Tour”, la particularidad que exhibe este caso es una oposición por presunto ocultamiento de pasivo. El juez dijo que “el ocultamiento de pasivo es causal de no homologación cuando ese ocultamiento de ser conocido por los

acreedores que estuvieron en el acuerdo hubiera cambiado la votación”, es decir, un ocultamiento de un pasivo por un 10% de un crédito pequeño no tiene ninguna significación, por no alcanzar efectos jurídicos relevantes en orden a la homologación del acuerdo.

14) En el Juzgado 14 Secretaría se presentó el APE del “Banco Hipotecario SA”. La asignación de la causa fue inicialmente resistida.

En la decisión de la Sala D fue explicado que la remisión del expediente al Juzgado 14, derivó del hecho de haber tramitado allí un pedido de quiebra contra la entidad y, en esa situación procedía aplicar analógicamente el art. 57 del Reglamento del Fuero. Se explicó que pese a que esa disposición nada establecía respecto de los acuerdos preventivos extrajudiciales, el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial son institutos que persiguen la misma finalidad, esto es “facilitar a un sujeto afectado por una crisis financiera la superación de la misma mediante la homologación judicial del acuerdo al que eventualmente arribe con sus acreedores”, por ello es razonable que sea el mismo magistrado que conoció en un pedido de quiebra contra dicho deudor, el que entienda en su concurso preventivo o en su pedido de homologación de un APE. En conclusión, se dispuso que la causa continuara su trámite ante el juzgado en cuestión.

Con fecha 29 de octubre de 2004 fue rechazada la presentación por tratarse de un sujeto excluído de la vía elegida.

No vemos con malos ojos tal decisión, debido a que el artículo 2 de la Ley de Concursos y Quiebras impide el concursamiento de las entidades financieras, las que pueden ser declaradas en quiebra por rigiéndonos por la Ley 21.526 y sus modificaciones.

15) En el Juzgado 16 Secretaría 32 tramita “Modo SA de Transporte Automotor”, donde el auto de inicio, como medida para mejor proveer, dispuso el cumplimiento de varios recaudos tendientes a contar con los elementos de valoración suficientes en el momento de la homologación del APE.

La originalidad de este caso es que ante la falta de elementos de valoración suficiente, el juez designó un síndico ad hoc. El desarrollo de este fallo tuvimos la posibilidad de analizarlo al estudiar el punto correspondiente a la ausencia de control del síndico.

16) En el Juzgado 18 Secretaría 35 ubicamos el APE de “Romi SRL; Romi Pack SA; Roberto Pedro Guerrieri, Gonzalo José Guerrieri y Mirta Galván”, se decidió que no había

impedimento para aceptar la presentación de un conjunto económico por no encontrarse prohibido (art. 19, CN), y por cuanto el instituto del APE se encuentra inmerso en la normativa falimentaria citando al efecto la opinión de Alegría y de Grispo. Se señaló que para que sea procedente la homologación el tribunal debe contar con información suficiente. También se expuso que a partir de los efectos que genera la propuesta debe apreciarse con rigurosidad y que en ningún caso puede el juez homologar una propuesta abusiva en fraude a la ley por aplicación del art. 52 inciso 4 cuya aplicación.

17) También en el Juzgado 18 Secretaría 36 tramita “Sideco Americana SA”, donde el 17 de mayo de 2004 se hizo saber la existencia del APE, se ordenaron los edictos con contenido específico y se incorporaron ciertos datos en la página de Internet para facilitar su consulta. En otra decisión se dijo claramente que se iban a aplicar analógicamente todas las reglas del concurso que fueran compatibles y que se admitirían mejoras de la propuesta. Aquí podemos observar una decisión contraria a la mayoría de la jurisprudencia en cuanto a la mejora de la propuesta, ya que en reiteradas ocasiones pudimos apreciar la negativa ante el planteo sobre tal cuestión.

La sentencia dictada el 16/4/04 homologó el acuerdo. Allí se recordó que si bien en el inicio no se había efectuado “stricto sensu” categorización, la naturaleza de los créditos quirografarios denunciados importó tácticamente una agrupación de ellos entre “obligacionistas” y “no obligacionistas”.

Las propuestas residuales merecieron consideraciones por separado, el magistrado reseñó el principio rector contenido en el art. 71, esto es, la libertad de los contenidos a sola condición de que el tratamiento a los acreedores tenga una razón de ser al amparo de los límites de licitud y legalidad a fin de disipar la posibilidad de fraude en perjuicio de los restantes acreedores. Luego con cita de Heredia se refirió al interés que debe predominar en este tipo de procesos, es decir, que el deudor pueda a efectos de superar su crisis, hacer arreglos con sus acreedores. Así, luego de rechazadas las oposiciones se homologó el acuerdo presentado por SIDECO S.A.

18) En el Juzgado 22 Secretaría 44 se inició el acuerdo de “Transporte Automotor Plaza”, se exigió por primera vez la ratificación del art. 6°. Creemos que tal requerimiento es adecuado para las sociedades como lo sería si se tratara de incapaces o patrimonio de fallecidos en que deberían acompañarse las conformidades de los artículos 7° y 8°.

Pudimos observar a lo largo de este pequeño recorrido jurisprudencial, como los magistrados han debido sortear, con inteligencias y desinteligencias, los baches que el legislador no

logró rellenar a lo largo de las reformas que se introdujeron al instituto. Consideramos altamente loable la labor de los jurisconsultos y creemos que gracias a sus intervenciones cada día vemos incrementar con muchas fuerzas la aplicación de los acuerdos preventivos extrajudiciales a lo largo y a lo ancho de todo el territorio argentino.

## CAPITULO VI

### **NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL INSTITUTO.**

La idea que tenemos en el desarrollo de este punto del trabajo es tratar de colaborar y conseguir respuestas a ciertos interrogantes que nos fuimos planteando a lo largo y a lo ancho del estudio de la figura.

-¿LA SUSPENSION DE LAS ACCIONES DE CONTENIDO PATRIMONIAL SE PRODUCE DESDE EL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN?

Durante la elaboración del presente trabajo recibimos con beneplácito la sanción y promulgación de la ley 26.086, donde en su artículo 6º modifica el art. 18 de la ley 25.589, correspondiente al art. 72 in fine de la Ley de Concursos y Quiebras.

Decimos que con aquiescencia recibíamos esta modificación ya que era uno de los interrogantes no resueltos, porque en la anterior legislación la suspensión se producía desde la presentación, corriendo con el riesgo de una presentación incompleta y dejar suspendido el procedimiento sine die. Hoy podemos exteriorizar y sin temor a equivocarnos que el legislador ha seguido correctamente lo sostenido por la jurisprudencia en reiteradas oportunidades.

-¿BAJO QUE FORMA SE INDICA LA SUSPENSION DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES?

Consideramos que debió haberse reglamentado que el juez debiera dictar un auto ordenando la suspensión de las ejecuciones individuales, si los requisitos formales se han cumplido. En caso contrario un decreto que emplace a cumplir con los requisitos formales, bajo apercibimiento de ser rechazado el acuerdo.

Como lo ha sostenido Pablo Heredia habría sido más razonable disponer que la suspensión de las acciones de contenido patrimonial procede cuando, a pedido del deudor, así lo dispusiera el juez con carácter excepcional, lo cual podría justificarse, por ejemplo, cuando existieran acreedores intransigentes o reacios a entablar conversaciones tendientes a concluir un acuerdo preventivo extrajudicial, porque ansían quedarse con los activos de la empresa.

-¿POR QUE NO SE COMUNICA LA ORDEN DE SUSPENSION DE LAS EJECUCIONES?

No habiendo fuero de atracción, la ley debió haber dispuesto como se comunicaría a los juzgados ejecutantes ésta resolución, si ha través de un oficio del juez homologante o acompañando el deudor en cada proceso copia certificada de la resolución de suspensión de las ejecuciones, siempre y cuando ésta existiera.

-¿HASTA CUANDO SE SUSPENDEN LAS EJECUCIONES DE GARANTIAS REALES?

Puesto que en el concurso judicial, es hasta la verificación, pero en este proceso no tenemos verificación, por lo que consideramos se debe suspender hasta la homologación del acuerdo, al igual que el resto de las acciones de contenido patrimonial. En caso de rechazo de la homologación, la suspensión inmediatamente debiera quedar sin efecto. Qué ocurriría si se hace la presentación del acuerdo y nunca se solicita la homologación. Las acciones quedarían suspendidas indefinidamente.

-¿QUE OCURRE CON UN ACUERDO QUE SE PRESENTA CUMPLIENDO TODOS LOS REQUISITOS Y SIN QUE ESTEN OBTENIDAS LAS MAYORÍAS NECESARIAS?

El art. 72 de la ley al mencionar los requisitos no indica entre ellos el de que se haya obtenido las mayorías y el art. 70 in fine dice que no es necesario que las firmas sean puestas el mismo día, no hay tiempo exigido para ello. Podría llegar a quedar indefinidamente en esa situación y con las ejecuciones suspendidas indefinidamente.

-¿QUE SUCEDE CON LA APARICION DE ACREEDORES DE CAUSA O TITULO ANTERIOR, DESPUÉS DEL PERIODO DE OPOSICIÓN?

No existe verificación tardía, ni incidente de revisión, sólo la oposición, por tanto el acreedor de causa o título anterior, aunque no se haya homologado el acuerdo, si ha pasado el término para la oposición, creemos que no podrá comparecer al proceso.

-¿QUE PRETENDIÓ EXPRESAR EL LEGISLADOR CUANDO SOSTUVO “HABER SIDO OMITIDO EN EL LISTADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 75 INCISO 2”?

La ley ha previsto en el art. 75, que el acreedor no denunciado para oponerse al acuerdo deberá demostrar sumariamente haber sido omitido en el listado. El no estar en el listado es muy sencillo, no necesita de mayores pruebas, creemos que la demostración sumaria se refiere a su calidad de acreedor y a la exigibilidad de la deuda. Consideramos que hubiere sido conveniente sólo decir el

acreedor omitido, puesto que el mismo artículo contempla que en caso de ser necesario se abrirá a prueba.

-¿CUMPLE SU FINALIDAD LA NOTIFICACION MEDIANTE EDICTOS?

La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer por edictos, que se publican por 5 días en el boletín oficial y en un diario de amplia circulación.

Creemos que este sistema de comunicación es hartamente criticable, ya que consideramos que no cumple con su finalidad. Pocos de los acreedores leerán el boletín oficial o el diario en los edictos.

Entendemos que debió exigirse la notificación por un medio fehaciente además del edicto, porque esta comunicación estará relacionada con la posibilidad de la oposición, que es la única oportunidad de evitar el concilio fraudulento del deudor con los acreedores.

-¿ES SUFICIENTE EL MOMENTO DE LA OPOSICION PARA DISCUTIR LA CAUSA DEL CREDITO?

Debemos reflexionar que pasa con la causa de la obligación, como presupuesto necesario para su verificación. Un largo camino se recorrió, para lograr un proceso verificadorio que diera seguridades al resto de los acreedores y al deudor, de la no existencia de créditos falsos.

La causa del crédito es uno de los temas más y mejor estudiados en el derecho concursal.

En este nuevo proceso nos hemos olvidado de esa lucha, es muy poca la oportunidad que existe para discutir la causa del crédito, salvo en la oposición, no existe ningún otro momento procesal.

Opinamos que debe haber algún otro momento en el proceso, que permita el análisis de la certeza del crédito a través del estudio de la causa del mismo.

-¿ES CORRECTO QUE NO SE INHIBA AL DEUDOR PARA DISPONER LIBREMENTE DE SUS BIENES?

Consideramos que la ley debió haber previsto la inhibición general del “apista”. No vemos con buenos ojos el hecho que los jueces apliquen este criterio no estando contemplado en la ley

falencial, ya que es una medida que impide la libre disposición de la propiedad, derecho amparado por nuestra Carta Magna.

-¿PUEDE PRESENTAR UN APE QUIEN NO LLEVE CONTABILIDAD EN LEGAL FORMA?

De inmediato comenzó a generar discusiones doctrinarias, sobre si éste beneficio es sólo para los deudores que llevarán contabilidad en legal forma o no. Consideramos que conforme al estado actual de la legislación y en concordancia con el Dr. Truffat, cualquier persona que tenga una contabilidad confiable puede presentar un acuerdo preventivo extrajudicial.

-¿QUE SUCEDE CON LOS ACREEDORES NO REGISTRADOS?

Son parte del pasivo o no. Razonamos que sí, por tanto, debiera haber una sanción muy grave para el deudor que no denuncie a sus acreedores, dada la falta de control de síndico en este proceso.

Consideramos que se debió haber dispuesto que el acreedor que no se denunciara, no estaría obligado por los efectos del acuerdo.

-¿QUE TRAMITE DEBE IMPRIMIRSE A LA OPOSICION?

No se determina claramente si se va a tratar de un proceso incidental o de un proceso sumario, teniendo en cuenta los plazos, no se indica cual es la amplitud de la admisibilidad de las pruebas.

La ley no indica traslado al deudor, de las oposiciones efectuadas, por lo que en caso de no darse intervención, se podría violar el derecho de defensa, como dice Pablo Heredia... “En rigor, sin intervención del deudor no habría debate propiamente dicho, y lo que decidiera el juez, sin oírlo expresamente, afectaría su derecho de defensa de un modo insanable. Por ello, a fin de hacer efectiva la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, pese al silencio de la ley, corresponde conferir traslado de la oposición al deudor<sup>»xxxiii</sup> .

Consideramos también que además debiera darse posibilidad a los restantes acreedores, aunque no se les diera traslado, de presentarse en ese incidente, a efectos de proteger sus derechos creditorios, en caso de tener un interés legítimo para efectuar su presentación.

-¿SE PUEDE O NO CATEGORIZAR?

Es muy complejo para dar una respuesta a éste tema, ese es el motivo por el cual se realizó un desarrollo tan extenso a lo largo del trabajo. La ley habla de libertad de acuerdos, por lo tanto, en el acuerdo podrían existir distintas categorías o propuestas. Pero ¿qué pasa con los acreedores no participantes del acuerdo, pero obligados por sus efectos? ¿A qué categoría irían? Es un tema que consideramos debe ser urgentemente legislado, puesto que sino nos encontramos con la posibilidad de una maniobra temible. Formar una propuesta residual para los no participantes del acuerdo, con condiciones totalmente desventajosas.

Hemos efectuado una consideración en el punto que tratamos sobre la categorización, sosteniendo que, vetada de alguna que fuera las categorías por el juez, lo ideal sería que el acuerdista las reformule.

-¿COMO RIGE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 59?

La ley también ha omitido esta consideración, salvo en la remisión genérica del art. 76, si bien en el momento de la presentación se presenta la mayoría, qué pasaría si en la etapa de la oposición, se presentaran acreedores no denunciados que variaran los cómputos y dejara de haber mayorías, o si al momento de la presentación no se tuvieran las mayorías, que se van consiguiendo después utilizando la posibilidad de que el acuerdo se firme sin necesidad de simultaneidad. Se podría presentar un nuevo acuerdo inmediatamente o no podrá hacérselo. Creemos que no existe ninguna limitación legal para ello.

Consideramos que aunque la ley no lo diga expresamente, no hay ninguna prohibición de presentarse en concurso, sin considerar el término de un año del art. 59 in fine.

Pero reflexionemos, el porque de esta prohibición en la ley, teniendo en cuenta los antecedentes legislativos concursales que no la tenían y daban la posibilidad al deudor de presentarse, frenar las ejecuciones, desistir de la presentación y cada vez que la ejecución avanzase, volver a presentarse nuevamente y así en forma indefinida.

Creemos que la justicia no puede proteger el abuso del derecho, en caso de que ello ocurra, lamentablemente el juez, no tendrá posibilidades de evitarlo.

-¿DEBE EL JUEZ DICTAR RESOLUCION DE CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO?

Volvemos a que la ley nada prevé expresamente, salvo como en el punto anterior la remisión genérica del art. 76.

Pero en la práctica es imposible que el juez dicte tal resolución, puesto que su intervención es sólo para la homologación del acuerdo y a partir de allí no hay síndico, ni comité de acreedores, ni ningún órgano de contralor, que pueda indicar que el mismo se cumplió.

-¿EL INCUMPLIMIENTO DEL APE PROVOCA LA QUIEBRA DEL DEUDOR?

Además del revolucionario efecto del art. 56 (revolucionario para esta particular forma de concursamiento) y de la eventual aplicación de la novación y prescripción concursales, la máxima intensidad concursal de la nueva figura se siente por la remisión a los arts. 60 a 64.

El acuerdo preventivo extrajudicial puede ser declarado nulo a pedido de acreedor comprendido en el (en el plazo de caducidad de seis meses a partir de la homologación y por las causales enumeradas en el art. 60 L.C.Q.) y la sentencia que decrete la nulidad del acuerdo debe contener la declaración de quiebra del deudor y las medidas del art. 177 (arg. art. 61).

Cuando el acuerdista 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 (si los hubiera). La confesión del acuerdista en el juicio de su imposibilidad de cumplir el acuerdo en el futuro también irrogará su quiebra (arg. art. 63 L.C.Q.).

Ambas decisiones son apelables (arts. 61 y 64), pero ello no suspende el cumplimiento de las medidas impuestas por los arts. 177 a 199.

En la quiebra decretada prosigue el juez del APE (arg. arts. 61, 62 y 64, in fine). Como en el acuerdo preventivo extrajudicial no hubo síndico, deberá proveerse lo conducente a su designación.

En lo atinente a la nulidad la ley porta una remisión errónea por lo incompleta. Me explico: el art. 60, L.C.Q., prevé que “la nulidad sólo puede fundarse en el dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo, descubiertos después de vencido el plazo del art. 50”.

Más allá de la trabajosa integración que impone la remisión a un artículo (el 50), que tal vez pueda salvarse sustituyéndolo mentalmente por el art.75, lo cierto es que las causales de nulidad

pivotean en derredor del obrar doloso para: a) aparentar pasivos o privilegios; b) para ocultar o exagerar el activo. Es decir que el ocultamiento doloso de pasivo no es causal nulificatoria. Lo cual tiene sentido en el concurso preventivo propiamente dicho –donde la ley llama a todos los acreedores de causa o título anterior (arg. art. 32, L.C.Q.)-, pero porta un tufillo escandaloso en un proceso donde es el propio deudor quien debe denunciar con lealtad sus pasivos.

-¿SE PUEDE CONVERTIR LA QUIEBRA EN ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL?

La respuesta no es sencilla; sabemos que la conversión de un decreto de quiebra tiene un costado dramático, porque si se solicitó por sujeto legitimado y se cumplió regularmente con las exigencias del art. 11 LCQ, el juez debe dejar sin efecto el decreto de falencia y abrir el concurso. Estamos hablando de dejar sin efecto una sentencia de quiebra!!!

Nos parecería de una alta utilidad práctica poder realizar tal conversión, pero no encontramos elementos suficientes en la ley para admitir tal paso, y pareciera que tal decisión sólo podría tomarse en presencia de un dispositivo expreso que lo autorice. Así mismo, esta decisión no significa “la quiebra de la empresa” ya que se cuenta con la posibilidad de concurso preventivo judicial, lo que se estaría perdiendo es la alternativa que nosotros propugnamos, un proceso simplificado y más económico.

## **Conclusión Final**

Cuando nos dispusimos a realizar un estudio exhaustivo del Acuerdo preventivo extrajudicial, con el objeto de poder transmitir, a partir del presente trabajo, sus costados más interesantes por un lado y cuestionados por el otro, nos preguntábamos, desde un marcado desconocimiento, que utilidad práctica podía tener el instituto. Si era conveniente recurrir a él, antes que a un concurso preventivo propiamente dicho, donde, a pesar de algunos baches en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en consonancia con las reformas habidas hasta el momento se habían encargado de zanjar. Con el correr del tiempo comenzamos a vislumbrar las más preciosas aristas de la figura.

Luego de un vasto y profundo análisis, descubrimos que nos encontramos frente a un nuevo subtipo concursal, gozando ahora de los siguientes procesos rehabilitatorios; el concurso preventivo propiamente dicho, la conversión de quiebra en concurso preventivo regulada en el artículo 90 de la ley de concursos y quiebras y por último, el tan mentado acuerdo preventivo extrajudicial. Arribamos a tal conclusión, luego de considerar algunos puntos sobresalientes del APE. Comencemos por un principio básico de la ley falencial: si el proceso concursal tiene en miras actuar sobre el patrimonio existente al momento del inicio de la bancarrota, a los fines de satisfacer los créditos de los acreedores, estaremos frente a un proceso concursal liquidativo, mas si lo que tenemos en consideración es la capacidad de generar ingresos en orden a la satisfacción de sus acreedores, estaremos frente a un proceso concursal rehabilitatorio o superador de la crisis de ese patrimonio; dentro de este último proceso, y en virtud de las recientes consideraciones, ubicamos y sin temor a equivocarnos, al acuerdo preventivo extrajudicial. A mayor abundamiento, consideramos que sería incongruente haber incluido reiteradamente, dentro de la ley de Concursos y Quiebras, un instituto de naturaleza estrictamente contractual, como deja entrever parte de la doctrina concursalista.

Podemos mencionar, como primera medida, una ventaja con la que cuenta el APE frente al concurso preventivo; el acuerdo es "extrajudicial" con lo que el proceso en gran medida es reservado al ámbito privado, sin plazos procesales y, quedando únicamente sujeto a formalidades técnicas al momento de solicitar su homologación en la justicia.

Otras de las ventajas con la que contamos los que sostenemos que el APE, y pesar de las lagunas normativas que nos hemos encargado de cuestionar a lo largo de la presente tesina, es "la vedette" de la ley de bancarrotas y sin lugar a dudas "la figura rehabilitatoria del futuro", son la economía y celeridad del trámite, sabiendo a ciencia cierta, que estos principios del proceso, los

encontraríamos en los índices de cualquiera de los manuales básicos de Derecho Procesal que se nos ocurriera consultar.

No nos empeñamos en sostener que nos encontramos frente al paraíso del derecho concursal, no obstante ello, y desde el conocimiento que hemos adquirido por el estudio incesante sobre el tema, hoy podemos prever, que a pesar de carecer de una legislación acorde con las necesidades, a este nuevo APE le irá muy bien en un país donde los procesos rehabilitatorios han sido moneda corriente en las últimas décadas.

Asimismo, podemos afirmar que el APE hoy vigente, más allá que comparta hasta el texto de algunos artículos de su predecesor, es la respuesta legislativa a las peticiones de grupos poderosos en el sentido estricto de regular algún tipo de proceso concursal breve, económico y sin síndico.

Si bien reconocemos un gran avance en la legislación, consideramos que el acuerdo preventivo extrajudicial no se encuentra suficientemente regulado como para que su aplicación no genere la posibilidad de abusos y/o intentos de fraude o la consolidación de éste, sin un correcto y estricto examen por parte de los jueces en cada caso en particular que arribe al ámbito tribunalicio.

A partir de estos dichos queremos hacer hincapié en nuestra postura, la cual hemos manifestado incansablemente, que el APE es, ni más ni menos que una creación pretoriana. Nadie mejor que nosotros para sostener esto, a renglón seguido explicaré los motivos de esta afirmación.

Cuando nos encontrábamos finalizando el trabajo, allá por el mes de abril, nos topamos con una nueva reforma de la ley falencial. En la misma se modificó sólo un párrafo en lo concerniente al articulado del acuerdo preventivo extrajudicial, pero como es sabido, en un texto se pueden cambiar mil palabras y seguir diciendo exactamente lo mismo o cambiar sólo una y que el sentido del texto tenga un viro sustancial. Con esto no queremos exponer que al APE le han cambiado su esencia con la última reforma, ya que ese giro trascendente al cual hacíamos referencia lo ha sufrido la figura con la reforma introducida por la ley 25.589, lo que pretendemos, es demostrar que lo que tanto se esforzaron los jueces en fijar como una condición sine qua non, como era la suspensión de las acciones de contenido patrimonial desde la publicación de los edictos, se hizo realidad positiva con esta reforma que recibimos con beneplácito.

Como última reflexión podemos sostener que tenemos el pleno convencimiento que el instituto que hemos desarrollado acabadamente, permite a los profesionales del derecho ofrecer a sus clientes una herramienta útil, económica y dinámica, sinónimo de los tiempos en los que vivimos.

---

---

<sup>i</sup> Truffat, E. Daniel, El Nuevo Acuerdo Preventivo Extrajudicial Ley 25.589, 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

<sup>ii</sup> Truffat, E. Daniel, Ob. Citada

<sup>iii</sup> Heredia, Pablo, Delimitación del ámbito subjetivo del APE a través de la indagación de su naturaleza y causa fin, Buenos Aires, Ábaco, 2001

<sup>iv</sup> Truffat, E. Daniel, Ob. Citada.

<sup>v</sup> Truffat, E. Daniel, Ob. Citada.

<sup>vi</sup> Truffat, E. Daniel, Ob. Citada.

<sup>vii</sup> Dasso, Ariel A. El acuerdo preventivo extrajudicial, las señales de alarma y los títulos en serie, LL, Suplemento APE, noviembre, 2004.

<sup>viii</sup> Juyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio: Acuerdo preventivo extrajudicial., Buenos Aires: Astrea; 2002.

<sup>ix</sup> Alegría, Héctor, Facultades del Juez e interpretación de las normas sobre APE, La Ley, suplemento APE, noviembre 2004.

<sup>x</sup> Truffat, E. Daniel, Ob. Citada.

<sup>xi</sup> Grispo, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, 1ª Ed.- Buenos Aires, AD-Hoc, 2003, Tomo 7.

<sup>xii</sup> Grispo, Jorge Daniel, Ob. Citada.

<sup>xiii</sup> Grispo, Jorge Daniel, Ob. Citada.

<sup>xiv</sup> Juyent Bass, Francisco, Reforma de la ley de concursos y quiebras segunda parte, La ley, 28 de abril de 2006

<sup>xv</sup> *Grispo, Jorge Daniel, Ob. Citada.*

<sup>xvi</sup> Grispo, Jorge Daniel, Ob. Citada.

<sup>xvii</sup> Barbieri, Pablo C., Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada y concordada; Buenos Aires, Universidad, 1995.

---

<sup>xviii</sup> *Di Tulio, José A., Concursos y Quiebras. Ley 25.589, Ed.6/7/2002*

<sup>xix</sup> *Bonfanti, Mario- Garrone, José, Concursos y quiebras, 5ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.*

<sup>xx</sup> *Gebhardt Marcelo y Farsi Santiago, Concursos y Quiebras Ley 24.522 5ª Ed. Actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1996.*

<sup>xxi</sup> *Segal, Rubén: Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; 1997.*

<sup>xxii</sup> *Truffat, E. Daniel, Aproximaciones a la Ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la Ley 25.563, Ed. 27/5/2002.*

<sup>xxiii</sup> *Segal, Rubén, Ob. Citada.*

<sup>xxiv</sup> *Segal, Rubén, Ob. Citada.*

<sup>xxv</sup> *Truffat, Edgardo Daniel, Ob. Citada*

<sup>xxvi</sup> *Truffat, Edgardo Daniel, Ob. Citada.*

<sup>xxvii</sup> *Prono, Ricardo S.: El Nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, LL, 2003-F, 1238.*

<sup>xxviii</sup> *Alfredo Kolliker Freís autos “Modo SA de Transporte Automotor s/ acuerdo preventivo extrajudicial”, ICOM. 16, 18/5/04*

<sup>xxix</sup> *Mena Celina, Acuerdo Preventivo Extrajudicial. Más dudas que certezas, Errepar, D.S.E., Nro. 193, diciembre 2003, t. XV, p. 1272).*

<sup>xxx</sup> *Fernandez Moores, Javier, El APE, un recurso para evitar la quiebra, El Cronista Comercial, diario del 25/3/04.*

<sup>xxxi</sup> *María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero, LL, noviembre de 2004.*

<sup>xxxii</sup> *María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero, LL, noviembre de 2004.*

---

---

<sup>xxxiii</sup> *Pablo Heredia, “El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589, Buenos Aires, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, ISBN 987-1016-25-5, 4 de septiembre de 2002, JA 2002-III, Fascículo N° 10.*

---

---

## *BIBLIOGRAFIA*

- Truffat, E. Daniel, El Nuevo Acuerdo Preventivo Extrajudicial Ley 25.589, 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005
- *Alegria, Héctor, Facultades del Juez e interpretación de las normas sobre APE, La Ley, suplemento APE, noviembre 2004*
- *Juyent Bass, Francisco, Reforma de la ley de concursos y quiebras segunda parte, La ley, 28 de abril de 2006*
- Grispo, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, 1ª Ed. Buenos Aires, AD-Hoc, 2003, Tomo 7
  
- Rouillon, Adolfo A. N., Régimen de concursos y quiebras Ley 24.522, complementada con leyes 25.563 y 25.589, 11ª Ed. Buenos Aires, Astrea 2003
  
- María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero, LL, noviembre de 2004
  
- Gebhardt Marcelo y Farsi Santiago, Concursos y Quiebras Ley 24.522 5ª Ed. Actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1996
  
- Prono, Ricardo S.: El Nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, LL, 2003-F, 1238
- *Segal, Rubén: Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; 1997*
- *Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Concursos-I” Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003*
- *Dasso, Ariel A. El acuerdo preventivo extrajudicial, las señales de alarma y los títulos en serie, LL, Suplemento APE, noviembre, 2004*

---

---

## INDICE GENERAL

	<b>Páginas</b>
<b>Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>Objetivo general.....</b>	<b>2</b>
<b>Capítulo I</b>	
<b>1- Evolución histórica del instituto.....</b>	<b>4</b>
<b>2- Naturaleza Jurídica.....</b>	<b>5</b>
<b>Capitulo II</b>	
<b>1- Partes del acuerdo preventivo extrajudicial.....</b>	<b>13</b>
<b>2- Presupuestos objetivos.....</b>	<b>15</b>
<b>3- El juez competente.....</b>	<b>17</b>
<b>4- El rol del juez en el APE.....</b>	<b>17</b>
<b>5- Facultades del juez.....</b>	<b>18</b>
<b>Capitulo III: “Recorrido normativo por la figura”</b>	
<b>1- Artículo 69</b>	
<b>1-1 Presupuestos objetivos y subjetivos.....</b>	<b>23</b>
<b>1-2 Situación legal de los hacedores que no firmaron el acuerdo.....</b>	<b>23</b>
<b>1-3 La situación de los acreedores en la ley 24.522.....</b>	<b>23</b>
<b>1-4 La situación en la ley 25.589.....</b>	<b>24</b>
<b>2- Artículo 70</b>	
<b>2-1 Forma del acuerdo preventivo extrajudicial.....</b>	<b>25</b>
<b>2-2 Constitución de garantías reales.....</b>	<b>26</b>
<b>2-3 Certificación de firmas.....</b>	<b>26</b>
<b>3- Artículo 71</b>	

---

---

<b>3-1 Amplitud de contenido.....</b>	<b>27</b>
<b>3-2 Contenido mínimo. Categorización de acreedores.....</b>	<b>28</b>
<b>3-3 Condición suspensiva de validez.....</b>	<b>28</b>
<b>4- Artículo 72</b>	
<b>4-1 La reforma introducida por ley 25.589.....</b>	<b>29</b>
<b>4-2 Juez competente.....</b>	<b>30</b>
<b>4-3 Certificación contable de toda documentación requerida.....</b>	<b>30</b>
<b>4-4 Nómina de acreedores.....</b>	<b>31</b>
<b>4-5 Listado de juicios o procesos administrativos.....</b>	<b>31</b>
<b>4-6 Enumeración de los libros del deudor.....</b>	<b>32</b>
<b>4-7 Cálculo del capital firmante del acuerdo.....</b>	<b>32</b>
<b>4-8 Efectos de la presentación.....</b>	<b>32</b>
<b>4-9 Efectos jurídicos de la publicidad.....</b>	<b>33</b>
<b>4-10 El régimen de exclusiones.....</b>	<b>34</b>
<b>5- Artículo 73</b>	
<b>5-1 Eliminación de los acreedores privilegiados en el cómputo de las mayorías ..</b>	<b>34</b>
<b>5-2 Régimen de mayorías.....</b>	<b>35</b>
<b>6- Artículo 74</b>	
<b>6-1 Introducción.....</b>	<b>36</b>
<b>6-2 Contenido de los edictos y efectos de la falta de publicación.....</b>	<b>37</b>
<b>7- Artículo 75</b>	
<b>7-1 Modificaciones introducidas por la ley 25.589. Sujetos legitimados para oponerse a la homologación del acuerdo.....</b>	<b>39</b>
<b>7-2 Plazo para efectuar la oposición.....</b>	<b>40</b>
<b>7-3 Causales para efectuar oposición.....</b>	<b>40</b>
<b>7-4 Trámite de la oposición.....</b>	<b>41</b>
<b>7-5 Regulación de honorarios.....</b>	<b>42</b>

---

---

**8- Artículo 76**

**8-1 Efectos del APE homologado según ley 25.589.....42**

**8-2 Incumplimiento del acuerdo homologado.....44**

**8-3 Aplicación de la prescripción del art. 56.....45**

**8-4 Tasa de justicia.....45**

Capítulo IV: “El APE y sus grandes puntos de conflicto”

**1-a La prescripción en el APE.....48**

**1-b La novación.....52**

**1-c La ausencia de control sindical.....54**

**1-d Determinación del pasivo.....58**

**1-e Categorización.....59**

Capítulo V

**El APE: una labor incansable de la jurisprudencia.....62**

Capítulo VI

**Necesidad de regulación del instituto.....79**

Capítulo VII

**Conclusión.....87**

**Citas.....90**

**Bibliografía.....92**