

DISCUSIONES Y PROBLEMAS FRECUENTES ACERCA DE LOS GRANDES CONCURSOS Y ACUERDOS PREVENTIVOS EXTRAJUDICIALES *

AGUSTÍN GONZÁLEZ AVALIS

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo me he propuesto hacer un repaso de las cuestiones que, en el marco de los procesos concursales —entendiendo tal expresión en sentido amplio—, han suscitado mayores discusiones y diferencias tanto en el campo de la doctrina como de la —copiosa— jurisprudencia de los últimos años.

En principio, y por razones de honestidad intelectual, debo advertir al lector que la nota de *novedad* tendrá que ser analizada con laxitud, ya que se han publicado innumerable cantidad de trabajos sobre los tópicos aquí aludidos. Por ello es que intentaré en estas líneas exponer las principales posturas de los más reconocidos doctrinarios, a lo que agregaré mi —modesto— parecer.

Sentado lo anterior, aclaro que ceñiré el objeto de este ensayo a aquellas cuestiones que considero de mayor relevancia en relación al fenómeno de la insolvencia (en su faz preventiva). Claro que no desconozco que pasaré por alto cuestiones para nada insignificantes, pero, como en cualquier selección, la limitación de temas necesariamente llevará a tal resultado.

De ello se sigue que ciertos asuntos quedarán, desafortunadamente, fuera del alcance del presente trabajo; en particular, me refiero, entre otros aspectos, a la —riquísima— discusión en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial (si bien algunas cuestiones serán tratadas —mas en forma oblicua— como consecuencia de la incidencia de la calificación que se pretenda del acuerdo preventivo extrajudicial con relación a los demás asuntos que se estudiarán). También podría haberse hecho especial hincapié, por caso, en la si-

* El presente trabajo ha obtenido el tercer premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por *Lecciones y Ensayos*. El autor se ha hecho acreedor de cincuenta horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

tuación de las entidades financieras frente al “novedoso”¹ instituto². No obstante ello, los temas de los que se dará cuenta *infra* incluyen:

(i) Situación de abuso respecto de los institutos concursales (acuerdo preventivo extrajudicial y concurso preventivo).

(ii) Análisis de algunos casos en particular y resoluciones de la judicatura a partir de la invocación de las facultades previstas por el art. 52 LC o demás normas del ordenamiento jurídico.

(iii) Forma de efectuar el cómputo de las mayorías legales, con especial detenimiento en el instituto de la mal llamada “exclusión de voto” (delineado mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina).

(iv) Análisis de la legislación vigente y un reciente proyecto de reformas que, a mi juicio, desalentaría la utilización del acuerdo preventivo extrajudicial (aun cuando se pueda coincidir con algunos de sus fundamentos).

(v) En definitiva, esta presentación persigue adentrarse con la mayor profundidad posible en el mundo de la insolvencia en general, y en las soluciones existentes en el derecho nacional para escapar de las tan temidas quiebras liquidativas; es decir, cómo se ha desarrollado la salida de la crisis más grande de la historia³ a través de los remedios preventivos dispuestos por la ley 24.522 (con sus modificaciones).

La última advertencia tiene que ver con que la especificidad del tema elegido presupone el conocimiento de las normas básicas de las instituciones analizadas que no habrán de ser desarrollados desde el inicio para evitarle al lector tediosas —tal vez— repeticiones.

II. CONCURSO PREVENTIVO Y ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. ABUSO. CASOS

1. Breve repaso en relación al instituto del concurso preventivo

Tal es la preocupación que han generado ciertos precedentes jurisprudenciales que han motivado que en el reciente VI Congreso Argentino de Derecho Concursal celebrado en la ciudad de Rosario, una de las comisiones en que se dividió el debate académico fuera titulada “Moralización de los Concursos”⁴.

¹ Me refiero al acuerdo preventivo extrajudicial delineado por la reforma consagrada en la ley 25.589.

² C. Nac. Com., sala D, “Banco Hipotecario Nacional s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED del 27/9/2006; ver TRUFFAT, Daniel E., “Un pronunciamiento notable sobre la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial. ¿El canto del cisne?”.

³ Según es calificada en el enjundioso fallo del Dr. Kölliker Frers, por entonces titular del Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, “Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia s/concurso preventivo”, ED del 13/12/2005.

⁴ Comparto la crítica —en verdad, el llamado de atención— que hiciera TRUFFAT, Daniel E., “Sobre la delimitación del concepto moralización de los concursos”, en *Libro de ponencias*, p. 851.

Esta situación implica, obviamente, la preocupación de la doctrina por los desvíos que la utilización de las figuras del acuerdo preventivo extrajudicial y del concurso preventivo ⁵ demuestran en la praxis tribunalicia.

Como punto de partida, resulta ineludible citar al emblemático precedente de “Línea Vanguard” ⁶, en el cual la Cámara Comercial rechazó la homologación de un acuerdo que postuló abusivo por considerar, en lo que aquí interesa, que la Magistratura contaba con facultades implícitas para evaluar la existencia de abuso (art. 1071, CCiv.), sin encontrarse obligada a homologar un acuerdo por la configuración de las mayorías legales. Allí, recuérdese, la cámara negó encontrarse limitada a homologar cualquier propuesta sin poder efectuar un análisis trascendente de la mera legalidad formal, debiendo, en su defecto, integrarse al ordenamiento jurídico en general. Nótese que, entonces, no se había producido la reforma a la LC que expresamente incluyó la previsión legal que los tribunales venían delineando ⁷.

A partir de la modificación del —muchas veces comentado— art. 52, se fueron sucediendo las resoluciones que echaron mano a esa figura para rechazar pedidos de homologación que incluían propuestas que importante doctrina catalogó como *ridículas* ⁸. En general, se trató de casos en que la combinación de altas quitas (ya sin el *molesto* mínimo del 40%, por imperio de la —confusa— legislación de emergencia) con largas esperas importaban prácticamente la condonación de la deuda y un beneficio desmedido para los deudores ⁹.

Ahora bien, es importante destacar que la magnitud de la quita no ha sido considerada un parámetro *per se* determinante para evaluar la abusividad de una propuesta concordataria ¹⁰. Es que en importantes concursos preventivos se han homologado propuestas que incluyeron ofrecimientos de pago del 40% (Musimundo) o del 25% (Ferrum) y menos aún (Sociedad Comercial del Plata). En los casos citados en primer término, se ha dado decisiva importancia al contexto económico y social en que se produjo la cesación de pagos, para convalidar propuestas que en época de prosperidad podrían haberse considerado, en principio, abusivas. Así, la jurisprudencia ha sostenido: “Corresponde aten-

⁵ Ver HERRÁN, Maite - KNAVS, Verónica, “El abuso en los pedidos de quiebra y concurso preventivo”, *elDial Express* del 8/9/2006.

⁶ C. Nac. Com., sala C, 4/9/2001, ED 197-206.

⁷ Art. 52, inc. 4º: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

⁸ Calificación de RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, *elDial Express* DC79A.

⁹ Ver, por caso, C. Nac. Com., sala E, 19/5/2005, “Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash s/concurso preventivo”.

¹⁰ En la reunión académica del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina del 24/4/2003 se concluyó que en ningún caso la magnitud de la quita o de la espera podía resultar dirimente por sí misma para configurar el abuso a que se refiere el art. 52, LC, según cita del fallo Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, “Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia s/concurso preventivo”, ED del 13/12/2005.

der al contexto económico y social en el que se halla nuestro país, que reviste características tan profundas, intensas e inusitadas que condujeron al dictado de las leyes 25.561 y 25.563 (...) Y si bien no cabe utilizar indiscriminadamente esta situación para legitimar o convalidar propuestas que pudieran encuadrar en el concepto perfilado en el inc. 4º del art. 52, LC vigente, no es posible desconocer la incidencia que tiene ese contexto en el sector empresario”¹¹.

En mi opinión, esta circunstancia por sí sola no resulta suficiente para justificar la imposición de tamaño sacrificio a los acreedores; ello, más allá de que se hubieran obtenido las mayorías legales, ya que, como bien viene sosteniendo la jurisprudencia, la función del juez no puede quedar reducida a un mero calculador de mayorías para homologar sin más lo que se le “presente aceptado”¹² por los acreedores.

De todos modos, lo cierto es que en el caso de Entertainment Depot (Musimundo), no fue aquélla la única razón para fundar el rechazo a cierta impugnación de un acreedor. La sala se valió, además, de otras circunstancias que fueron tratadas con profundidad en el dictamen fiscal que precede al fallo y que recibiera el elogio de Truffat¹³, a saber:

(i) El mantenimiento de las fuentes de trabajo y conservación de la empresa en tanto hacienda social útil (pilares básico del derecho concursal).

(ii) Falta de certeza sobre la conveniencia derivada del eventual *cram-down*.

(iii) Inexistencia de bienes de entidad, más allá del canal comercial de distribución que representaba Musimundo.

(iv) El resultado económico de la quiebra liquidativa sería menos ventajosa desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos; es decir, la comparación de los términos económicos de la propuesta con el eventual dividendo.

Me detendré en el punto (iv), ya que ha sido un parámetro utilizado en varios otros fallos, sobre todo en los casos sometidos a consideración de los —por aquellos tiempos— jueces a cargo de los Juzgados de Comercio capitalinos nros. 9 y 16. El Dr. Kölliker Frers, otrora titular del Juzgado n. 16, decidió en el caso “Ferrum”¹⁴, luego de dictar varias medidas para mejor proveer tendien-

¹¹ C. Nac. Com., sala E, 10/10/2003, “Entertainment Depot SA s/concurso preventivo”, LL del 12/7/2004, supl. Concursos y Quiebras, p. 15.

¹² El entrecomillado se explica porque no son pocos los casos en que los que “votan” favorablemente las propuestas son cesionarios que, todos lo saben, ocultan el pago de sus créditos de modo diverso al ofrecido a los restantes acreedores. A su vez, se nota la preocupación de los autores a partir de varias ponencias presentadas al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, t. I, ps. 305 y 415).

¹³ TRUFFAT, Daniel E., “Puliendo el concepto de propuesta abusiva —art. 52, inc. 4º, LCQ— y algunas otras cuestiones”, LL del 12/7/2004, supl. Concursos y Quiebras, nota a fallo.

¹⁴ Fallo citado en nota 3.

tes a solicitar —y obtener— una mejora de la propuesta por parte de la concursada, y variados informes a las sindicaturas intervinientes, homologar el acuerdo tomando como uno de los principales argumentos la mejora que implicaría para los acreedores la solución preventiva en comparación con la eventual quiebra. En la misma línea, bien que en un caso de acuerdo preventivo extrajudicial —además de en muchos otros concursos—, el juez Favier Dubois (h) consideró ese aspecto al fallar en la causa “Acindar”¹⁵. En este último supuesto, sin embargo, podría discutirse la razonabilidad del parámetro utilizado en tanto la doctrina es conteste en considerar que la no homologación de un acuerdo no implica la declaración de quiebra del apista, pero tal cuestión excedería el marco del presente trabajo.

Antes de ingresar en el tratamiento que la jurisprudencia ha brindado a la cuestión del abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial (principal objeto de este capítulo, por su actualidad), me permito poner de resalto —a la vez que me pregunto si no será acertado— cierto comentario deslizado por el Dr. Köllikers Frers en un pasaje del citado fallo “Ferrum”. Allí, en tren de crítica a los porcentajes de quitas ofrecidos por las empresas de mayor envergadura de nuestro país en el marco de sus procesos de reestructuraciones de deuda, opinó: “Tal vez lo que correspondería (...) es que los socios efectuaran aportes para recomponer el capital social y de ese modo hacer frente al pasivo generado por el giro empresario en situaciones —como las de la especie— en que dicho giro resultó claramente deficitario, evitando de esa manera que se vean perjudicados sus acreedores. Sin embargo, este comportamiento no sólo no es imperativo, sino que además no es usual en nuestro medio, en el que difícilmente los socios terminen haciéndose cargo de este tipo de situaciones”.

En esta línea de “moralización” se enrola la propuesta de Truffat, quien considera que un parámetro válido para evaluar la abusividad de una propuesta podría ser analizar si el sacrificio impuesto a los acreedores guarda relación con el que padece el deudor o sus socios; a tal fin, propone que la capitalización de pasivos u otras formas teóricas¹⁶ que importen sacrificios —y beneficios— compartidos entre deudores y acreedores sean incluidas como *alternativas* en las propuestas concordatarias, mas no en forma compulsiva (lo que tornaría la opción en abusiva, dado que es altamente probable que el acreedor no quiera formar parte del emprendimiento de su deudor bajo ninguna figura jurídica).

Coincido con el fin perseguido por el autor, aunque para que esta situación implique realmente una salida equitativa de la insolvencia, debieran preverse, como indica Truffat, otras alternativas que incluyeran, por caso, el pago de

¹⁵ Juzg. Nac. 1º Inst. Com., n. 9, 26/2/2004, “Acindar Industria Argentina de Aceros s/acuerdo preventivo extrajudicial”.

¹⁶ El autor citado se refiere al concepto “equity”, tomado del derecho anglosajón. Ver TRUFFAT, Daniel E., “Sobre la delimitación...”, cit., *Libro de ponencias*, ps. 859/862.

cierto porcentaje de la deuda para aquellos que no se quisieran involucrar en la suerte que correrá la empresa luego del concursamiento. Además, claro, de que la opción que importe la adquisición de cierta participación en el negocio del deudor (sea por emisión de acciones en pago de la deuda o de la forma en que se instrumente) no se vea restringida con relación a los derechos que ostente el deudor (por ejemplo, imponiendo una prima elevada de emisión en el caso de las acciones, o bien, limitando los derechos políticos de los nuevos accionistas ¹⁷).

2. Situación de abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial. Casos

En primer lugar, destaco que, a poco de la entrada en vigencia de la reforma prevista por la ley 25.589 que diseñó el actual sistema del acuerdo preventivo extrajudicial, la doctrina había manifestado su preocupación al sostener que “volvemos a recordar que debe cuidarse extremadamente en no frustrar derechos o garantías constitucionales y esta imposición a los acreedores no partícipes del acuerdo extrajudicial es potencialmente frustratoria de principios constitucionales” ¹⁸. Esta postura fue sostenida en varios casos por la Fiscalía de Cámara ¹⁹ con fuertes argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la figura (en tanto violatoria del derecho de propiedad, de la defensa en juicio y de la garantía del debido proceso de los arts. 14, 17 y 18, CN).

Una de las cuestiones que podrían abonar la pretendida inconstitucionalidad —además de la falta de notificación fehaciente, el escaso grado de participación de los acreedores omitidos, la falta de control sobre la veracidad de la información presentada por el apista, etc.— guarda relación con la disposición del art. 71, LCQ, en cuanto estipula que “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...”. En efecto, se planteaba con acierto Fargosi cómo se conciliaría esa —inalterada en la reforma— norma con la extensión de efectos del art. 76 (recuerdo: a los acreedores por causa anterior que no hubieran participado del acuerdo); es que, sostenía, no quedaba para nada claro qué es lo que habría de serle impuesto a los acreedores que no hubieran participado del acuerdo si el art. 71 preveía expresamente la libertad de contenido e, incluso, la posibilidad de diferentes acuerdos con cada uno de los acreedores.

Esta discusión ha quedado zanjada al nivel de la doctrina: “Efectivamente, nuestros juristas señalan que no puede haber libertad de contenidos en el

¹⁷ O transfiriendo los activos menos rentables para la constitución de un fideicomiso cuyos certificados de participación serían otorgados a los acreedores, mientras que los activos de mayor valor se “iban” de su alcance a partir de la escisión de ciertas sociedades, como se hizo en algún caso.

¹⁸ FARGOSI, Horacio, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales”, LL 2002-D-1078.

¹⁹ Ver dictamen de la Fiscalía de Cámara en el caso “Sanatorio Quintana” o “Romi”.

acuerdo preventivo extrajudicial como dice el art. 71, LC, cuando aquél se intenta imponer a los acreedores ausentes o disidentes, ya que debe regir entonces la regla de la *par conditio creditorum* (...) Es que el texto legal del art. 71 fue redactado para el acuerdo extrajudicial de la ley 24.522 que sólo vinculaba a los otorgantes”²⁰. En la misma línea, admitía Rivera que “esto es un error de la ley 25.589 (...) por lo que el acuerdo debe consistir en una propuesta que satisfaga las exigencias del art. 43, LC”²¹.

Por su parte, los tribunales se han manifestado en similar sentido, fijando limitaciones a la libertad de contenido; por un lado, se ha dicho que las partes tienen real autonomía en pactar las condiciones de los acuerdos, con los límites de cualquier acto jurídico (arts. 21, 953, 1071, 1198, CCiv.)²²; por el otro, se estipuló que “tal libertad de contenido debe preservar cierta homogeneidad y equivalencia para lograr su imposición a los acreedores disidentes”²³.

Sentado lo expuesto, resulta útil hacer un repaso de los antecedentes jurisprudenciales que trataron el caso del abuso en los supuestos de acuerdo preventivo extrajudicial. En esta línea, ya desde el inicio fueron los tribunales intentando llenar los vacíos legislativos que presentaba la figura. Desde un primer momento, entonces, se procedió a extremar los recaudos para evitar maniobras fraudulentas en perjuicio de los acreedores.

Así, en el fallo “Modo SA de Transporte Automotor”²⁴, el ya citado Dr. Kölliker Frers consideró que los elementos aportados *inaudita parte* por el deudor eran de suyo insuficientes para otorgar certeza sobre la veracidad y exactitud de la información presentada, sobre cuya base se solicitaba la homologación del acuerdo celebrado por Modo (recordemos que, a diferencia del concurso preventivo, no existe en el acuerdo preventivo extrajudicial un procedimiento de verificación y contralor recíproco de las acreencias y, menos aún, un funcionario como el síndico). Ante este panorama, el juez designó a un veedor informativo para acreditar la real situación patrimonial del apista, con sustento en que resultaba imperioso que la información acompañada fuera verídica y consistente para evitar transformar a la herramienta preventiva en un abuso o fraude. Éste y otros precedentes²⁵ han merecido la crítica de Rivera²⁶ al lla-

²⁰ Dictamen de la Fiscalía de Cámara en “Romi”, con citas de ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras”, LL 2002-D-1055; TRUFFAT, Daniel E., *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 54.

²¹ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 547.

²² Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 7, “Lalor SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”.

²³ C. Nac. Com., sala D, 26/8/2004, “Servicios y Calidad SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 210-465.

²⁴ Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, firme, 18/5/2004, ED del 24/8/2004.

²⁵ Decisión de Favier Dubois (h) en el ya citado caso “Acindar”.

²⁶ RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

mar a esta postura como “activismo judicial” carente de apoyo legal —bien que aceptándole loables intenciones—.

Me permito disentir con tal crítica, puesto que el propio autor reconoce que la loable intención de esos tribunales ha tenido por objeto superar las omisiones de la regulación del acuerdo preventivo extrajudicial²⁷ mediante la exigencia de mayor información. Asimismo, es Rivera quien en el mismo artículo defiende la constitucionalidad del instituto, para lo cual propone, precisamente, echar mano al correcto ejercicio de las *atribuciones judiciales* para evitar el fraude y el abuso.

En consecuencia, si bien es cierto que aquellos primeros fallos hicieron uso de remedios no previstos expresamente en la ley positiva, también lo es que apelaron al buen criterio judicial para armonizar un instituto que daba sus primeros pasos y que, de no haber actuado como se hizo, otorgaba demasiadas posibilidades para tentar al abuso (por aquello de la extensión de efectos hacia los terceros no participantes del art. 76 en su versión actual²⁸). Es más, tal vez si aquellos magistrados no hubieran ordenado las medidas luego cuestionadas, es de presumir que hubieran tenido que terminar decretando, a instancias de algún acreedor omitido, la inconstitucionalidad, final no deseado por el propio Rivera en “En *defensa* del acuerdo preventivo extrajudicial”.

A mayor abundamiento, concuerdo con lo decidido en “Modo” por otra razón: allí se justificó el dictado de las medidas informativas a partir de “que el acuerdo preventivo extrajudicial es un régimen que vulnera la inoponibilidad contractual consagrada en los arts. 1195 *in fine* y 1199, CCiv., al imponer los efectos de un contrato a terceros que no participaron en su celebración”. Pues bien, tal afirmación ingresa en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial, adhiriendo a la tesis contractualista²⁹. Pero además, fue determinante para así decidir el hecho de que no exista en el acuerdo preventivo extrajudicial un sistema de convocatoria colectiva con las salvaguardias y controles que sí aparecen en el concurso preventivo. Ello, a más de diferenciarlo de la tesis concursalista, justifican el dictado de las medidas, puesto que, de lo contrario, bastaría a cualquier deudor solicitar la homologación de un acuerdo con pseudoacreedores que sólo él *dice* que son³⁰ y el juez, ¿debería quedarse de brazos cruzados? Entiendo que no y, por lo tanto, comparto la postura explicada.

²⁷ Tales omisiones se justifican en el propio trabajo de Rivera a partir de las presiones de los organismos internacionales de crédito y el apuro legislativo por complacerlos.

²⁸ “Regalo de la ley” llamó Maffía a este efecto.

²⁹ Ver un resumen sobre esta cuestión en MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 19/7/2006. Además, puede consultarse otro trabajo del mismo autor, “Acuerdo preventivo extrajudicial *in nuce* (ii). Sobre tesis, aserciones que se autoafirman y gerundios”, DSyC, DSyE 204-04-XVI-1319/1320.

³⁰ MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit. Cualquier semejanza con los fallos comentados a renglón seguido es pura coincidencia.

Sólo agregó que cierta doctrina coincide en la importancia de la labor judicial en el acuerdo preventivo extrajudicial y propicia la facultad instructoria del juez en los términos del art. 274, LC (que, obviamente, consideran aplicable al acuerdo preventivo extrajudicial) para que aquél se imponga de la *real* situación patrimonial del apista ³¹.

Volviendo a los *pseudoacreedores* y demás situaciones abusivas, conviene recordar dos precedentes de ineludible consulta para entender a qué se ha denominado —acertadamente— abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial. Veamos:

En “Servicios y Calidad” ³² (Manuel Tienda León), se requirió la homologación del acuerdo celebrado entre el apista y algunos de sus acreedores (cuya suma de capital, en teoría, alcanzaba para reunir las mayorías legales), por medio del cual esta última se comprometería a pagar el 80% de los créditos en nueve cuotas. Ahora bien, el juez de primera instancia (en sentencia que la sala D de la cámara confirmaría) rechazó la homologación por considerar la propuesta abusiva en virtud de las siguientes razones:

(i) Se incurrió en omisiones en la determinación del pasivo y el activo; respecto de este último, principalmente por cuanto se expuso que una importante cantidad de rodados se encontraban libre de gravámenes, cuando resultó acreditado que existían prendas para garantizar una operación con una empresa extranjera (no alcanzada por la pesificación conforme lo establecido en el dec. 410/2002).

(ii) No se demostró la veracidad de cierto crédito de \$ 1.000.000 cuyo titular era una sociedad uruguaya (ante la oposición de ciertos acreedores, el apista no aportó pruebas para acreditar la capacidad crediticia del mutuante ni la debida transferencia internacional de fondos).

(iii) La razón fundamental, de su lado, fue que se contabilizó la acreencia del acreedor extranjero en pesos cuando, dijo la cámara con razón, correspondía hacerlo en dólares estadounidenses por efecto de no encontrarse alcanzado por la pesificación. Entonces, juzgó la cámara que “tanto la pretensora como los acreedores titulares de créditos en pesos ejercieron abusivamente sus derechos al acordar la pesificación de créditos en dólares estadounidenses de los cuales son titulares acreedores que no prestaron conformidad al acuerdo”. *Ergo*, se sostuvo que tal maniobra (consistente en que los acreedores en pesos voten una propuesta que, respecto de los acreedores en dólares, importe un sa-

³¹ ALLENDE, Lisandro - GRILLO CIOCCHINI, Pablo, *El juez del acuerdo preventivo extrajudicial*, citados por TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 27/9/2006.

³² C. Nac. Com., sala D, 26/8/2004, “Servicios y Calidad SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 210-465. Ver al respecto, BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT, E. Daniel, “Acuerdo preventivo extrajudicial: un reciente pronunciamiento de segunda instancia que impacta tanto por su calidad cuanto por los servicios que rinden para acercarse al instituto”, ED del 21/12/2004, nota a fallo.

crificio extra que sólo resulta operativa respecto de estos últimos —“doble quita”—, pero que en nada afecta a los pesificados participantes del acuerdo ³³) afectaba ilegítimamente los derechos de quienes no suscribieron el acuerdo, violando la libertad de razonabilidad que la sala expuso como limitación a la libertad de contenidos prevista por el art. 71, LC.

Para fundar el reproche de abusividad, el voto del Dr. Cuartero juzgó que resultaba aplicable en la especie el art. 52, LC, por tratarse el acuerdo preventivo extrajudicial de un “subtipo concursal” ³⁴ al que le son aplicables los diversos institutos concursales; entre ellos, la regla del art. 52, LC, que imperativamente dispone que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. De todos modos, como no era ajeno al debate en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del instituto, acertadamente dispuso que, aun cuando no fuera aplicable el mentado art. 52, se llegaría a igual conclusión por imperio de las reglas del Código Civil (arts. 953, 1071 y concs.). Sea como fuere, ya la doctrina era conteste en considerar que “las facultades judiciales para apreciar el carácter de abusivo o fraudulento de una propuesta (art. 52, inc. 4º, LCQ) están presentes en el caso del acuerdo preventivo extrajudicial” ³⁵. De esta situación daba cuenta también la modificación en la redacción del art. 75, LC, en tanto suponía que para dictar la homologación debían estar cumplidos “los requisitos legales” (anteriormente el texto se refería a requisitos “de forma y presentación”); ello significaba que debía el juez evaluar las pautas de todo el ordenamiento jurídico para decidir sobre la homologación (¿a qué otra cosa puede atribuirse el cambio del texto legal si no?).

Agrego un dato que no es menor en relación con el asunto: la cámara indicó que resultaba indiferente que el acreedor perjudicado (Volvo do Brasil) no hubiera deducido oposición al acuerdo y remarcó, en este sentido, que se trataba de una sociedad extranjera que no tuvo oportunidad de tomar conocimiento

³³ Si bien en un caso de concurso preventivo, éste es el supuesto acontecido en “Sociedad Comercial del Plata” y constituye una de las razones por las cuales la Fiscalía de Cámara ha deducido recurso extraordinario contra la sentencia de cámara que rechazó las impugnaciones y confirmó la homologación del concordato (además de denuncias en sede penal por la posible comisión de diversos delitos por parte de la concursada, sus abogados, los síndicos, ciertos acreedores y hasta la magistrada que intervino en primera instancia); de todos modos, el caso incluye varias maniobras adicionales que exceden el recurso aquí comentado.

³⁴ Se enroló así en la postura primeramente esbozada, a modo de *tesis*, por Truffat. Este aserto viene siendo reiteradamente negado por Maffía, quien sostiene que la jurisprudencia convirtió en dogma aquella primera tesis nunca confirmada. También Rivera se opone fervientemente a considerar el acuerdo preventivo extrajudicial un “subtipo concursal”. El tema es de innegable interés, ya que de allí derivan vastas consecuencias; sin embargo, como adelanté *supra* en la Introducción, el debate acerca de la naturaleza jurídica excede el ámbito del presente trabajo, sin perjuicio de que, en relación al análisis de la existencia de abuso, la calificación de la sala incide sobre la aplicabilidad —o no— del art. 52, LC.

³⁵ ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, RDPyC 2002-3-168. Por otra parte, el proyecto de reforma del que se da cuenta *infra* expresamente incluye esta previsión.

de la existencia del proceso, ya que la publicación de edictos sólo se había realizado en esta jurisdicción ³⁶.

Más allá de que la solución de “Servicios y Calidad” no puede sino compartirse, se verá a continuación que la cámara irá a fallar de modo diverso (lamentablemente, a mi entender) en un caso análogo como “Romi” ³⁷.

Como anticipé, el caso “Romi” es sustancialmente similar a “Servicios y Calidad” desde se intentó —con éxito— “disparar como proyectil” un acuerdo preventivo extrajudicial (Maffía *dixit*) contra el deudor en dólares no pesificables que no suscribió el acuerdo. El recurso fue similar al caso “Servicios y Calidad”, ya que dos sociedades uruguayas aparecen como acreedoras financieras a partir de supuestos mutuos celebrados en aquel país por la —nada despreciable— suma de U\$S 1.500.000 (tampoco se acreditó aquí, como era de esperar, que el dinero haya ingresado en las arcas del apista ni se otorgaron garantías para asegurar el recupero de la importante suma, todo lo cual hace sospechar al más cauto ³⁸) y “acordaron” con Romi la pesificación de sus acreencias (reduciendo su valor a un tercio) y el pago con quita y espera.

A su turno, el acreedor cuyo crédito no se encontraba pesificado impugnó el acuerdo en los términos del art. 75, LC. La Fiscalía de cámara entendió que debía revocarse la homologación de primera instancia, puesto que, en síntesis: (i) la sentencia que legitima el acuerdo es violatoria de garantías constitucionales (art. 18, CN); (ii) el acuerdo no establece un trato igualitario, porque contiene una cláusula de pesificación para acreedores en moneda extranjera ajenos a la pesificación que encubre una quita que no resulta aplicable al resto de los acreedores en moneda nacional; (iii) el cómputo para la votación no observó la pauta legal del art. 19, LC; (iv) ante la oposición, la deudora debió aportar alguna información que acreditara la legitimidad de los créditos de las sociedades *off shore*.

La sala B de la Cámara Comercial rechazó las impugnaciones por extemporáneas y negó virtualidad a otras cuestiones como la impugnación de la fiscalía con relación a la eficacia de los edictos como medio de notificación, máxime cuando —como en el caso— se había omitido denunciar al acreedor excluido de la pesificación y del acuerdo (*oh casualidad*, dijo Maffía). En cuanto al fondo, rechazó la impugnación porque el acreedor omitido (tardío impugnante) “no ofreció prueba para acreditar la improcedencia de los créditos impugnados”.

³⁶ El asunto de la escasa utilidad práctica —arma utilizada para perjudicar a algunos acreedores en varios casos— de la notificación por edictos ha sido también materia de impugnación constitucional por parte de la Fiscalía de Cámara en los casos, entre otros, “Romi” y “Sanatorio Quintana”.

³⁷ C. Nac. Com., sala B, “Romi SRL s/acuerdo preventivo extrajudicial”, *eDial Express* del 14/11/2005.

³⁸ NISSEN, Ricardo A., *Otra vez el triunfo de la trampa*, citado por MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

Esta última frase de la sentencia de segunda instancia amerita una objeción: lo primero que cabe preguntarse es ¿cómo se supone que un legítimo acreedor demuestre que los créditos de supuestos coacreedores de su deudor son ficticios en el exiguo plazo de diez días previsto por la LC y sin tener acceso a documentación alguna referida a tales créditos? (no es necesario reiterar que no existe en el acuerdo preventivo extrajudicial el proceso de verificación y conformación circunstanciada del pasivo con control del juez y auxilio del síndico). Además, ¿no resulta cuanto menos reprochable que el que se *dice* deudor no acompañe elementos que abonen la efectiva existencia de los créditos en el marco de un acuerdo que tiende a propagar los efectos hacia los demás acreedores por efecto del art. 76, LC? A todo evento, nótese que a igual solución se llegaría —si se quisiese llegar— por aplicación de principios procesales en materia de cargas dinámicas de la prueba.

Nótese que este fallo choca con los primeros precedentes en materia de acuerdo preventivo extrajudicial que, ante la falta de certeza acerca de la real configuración del activo o del pasivo del pretenso apista³⁹, mandaron a realizar ciertas medidas de investigación en miras de evitar situaciones abusivas o fraudulentas como las sucedidas en el caso comentado.

Como dijera en su momento, el caso ha sido objeto de una vehemente crítica por parte de Maffía en “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”. En especial, se detuvo el autor, una vez más, en la calificación que se hace de “subtipo concursal” y cómo esa expresión es utilizada para “cohonstar cuanto con venga al apista”. Según tal postura, en todos los casos en que se invocó el “subtipo” fue para favorecer al apista y nunca, por caso, se recurrió a él para imponer al deudor las —más gravosas— previsiones de los arts. 15, 16 o 17, LC (por ejemplo, separándolo de la administración si fuera necesario).

También se critica que en el fallo se haga referencia a la —supuesta— finalidad del instituto del acuerdo preventivo extrajudicial en tanto “herramienta para dotar al mercado de un medio ágil para superar las crisis empresarias” y “cuya vocación consistiría en superar el estado de insolvencia o dificultad económica del apista”. Me sumo aquí a la crítica del autor citado, dado que esa enunciación de principios que no surge de la ley (aunque podría coincidir en su postulado) debería generar alguna consecuencia, o al menos una valoración,

³⁹ Tal es la importancia que tiene la veracidad y exactitud de la información que últimamente se han rechazado presentaciones judiciales para la homologación de varios acuerdos preventivos extrajudiciales por carecer los deudores de una contabilidad confiable —aunque más no sea mínima y rudimentaria—. Ver sobre el particular, Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 7, firme, 26/5/2005, “Guzmán de Larralde, Inés Nélica s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 214-313, con comentario de TRUFFAT, Daniel E., “Nuevamente sobre el deudor que recurre al acuerdo preventivo extrajudicial sin contabilidad confiable”. Ver por JUNYENT BAS, Francisco, “La habilitación del acuerdo preventivo extrajudicial requiere de una contabilidad que transparente la realidad económica financiera”, ponencia ante el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, ps. 383/398.

en la resolución que se expidiera sobre la homologación —o no— del acuerdo. Es que, de lo contrario, no sería más que una afirmación dogmática carente de toda virtualidad, porque, como dice Maffía, si los fines son tan tenidos en cuenta por los jueces, es de esperar que a la hora del art. 75 se evalúe si la superación de la crisis se alcanzó en el caso concreto o es previsible que así sea. Anoto un comentario adicional: evidentemente, en “Romí” no se dijo nada sobre este aspecto, pero esta situación no es uniforme en tanto ha recibido tratamiento relevante en otros casos cuya decisión le correspondió al ya nombrado juez —por entonces— del Juzgado Comercial n. 9 de la Capital (en el caso, entre otros, de “Acindar”).

Finalmente, y en lo que respecta a la inconstitucionalidad impetrada por la Fiscalía de cámara, soy de opinión que los serios reproches que merece la figura en su actual redacción pueden ser subsanados con las facultades judiciales que permiten, sin dudas, la no homologación en supuestos de abuso o fraude. Ello es así, independientemente del origen normativo de tales facultades; es decir, la solución se impone, a mi entender, sea por aplicación del art. 52, LC, sea por los principios surgidos del resto del ordenamiento jurídico; todo ello, sin perjuicio de la necesidad de una reforma legislativa que tenga en cuenta las críticas y los problemas que se han presentado en la experiencia de los tribunales.

III. CÓMPUTO DE MAYORÍAS. EXCLUSIÓN DE VOTO EN GENERAL

Como primera aproximación al tema, debe recordarse que la nota de universalidad propia de los sistemas concursales (a mi juicio, el acuerdo preventivo extrajudicial está incluido entre éstos más allá de ciertas características propias) tiene como correlato que todos los acreedores concurren en pie de igualdad frente al patrimonio de su deudor común.

Sin embargo, esta regla genérica admite ciertas excepciones; entre éstas, y en relación con el asunto abordado en este capítulo, se destacan las previsiones del art. 45, LC, que excluyen del cómputo para evaluar la conformación de las mayorías a los créditos de ciertos acreedores cuyos lazos de afinidad con el deudor son presumidos por la ley como falta de independencia o condescendencia favorable al concursado (agrego: apista).

Ahora bien, se ha discutido en doctrina acerca del carácter con que debía interpretarse la enumeración de la norma: si bien existen posiciones encontradas (tanto al nivel de los autores cuanto en el campo de la doctrina judicial), me inclino a sostener que la enunciación es meramente enunciativa, lo que no obsta a que los casos concretos deban apreciarse con criterio restrictivo ⁴⁰.

⁴⁰ En honor a la brevedad, me remito —y adhiero— a las conclusiones expuestas en la ponencia de MEIJIDE CASTRO, Marina - RECIO, Juan I., “Supuestos ¿taxativos? de exclusión de voto en la ley 24.522. Particular situación del acreedor competidor de la concursada”, ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, t. I, ps. 485/490.

Por lo demás, agrego que la interpretación moderna del instituto de la exclusión de voto tiende a una hermenéutica *finalista* de la norma. Así, se ha sostenido: “Interpretamos que la finalidad de la prohibición puede expresarse en forma similar a la que venimos analizando, en el sentido de que no debe reconocerse el derecho de voto a aquel que tenga un interés relativo a su vinculación con el deudor que pueda influenciar en su voto de manera decisiva, constriñendo su libertad o la del deudor para decidir la formulación, la aceptación o el rechazo de una propuesta”⁴¹.

Sentado lo expuesto, trataré los supuestos de exclusión que considero de mayor relevancia.

1. Exclusión del capital computable correspondiente a los tenedores de obligaciones negociables (“ON”) ausentes o silentes

En principio, aclaro que se vinculan con el tema (en rigor, son previos a este análisis) varios aspectos sumamente controvertidos con relación a (i) la forma en que deben ser *oídos* los obligacionistas; (ii) ¿qué recaudos se requieren para su participación en el proceso concursal?; (iii) aplicación —o no— del art. 45 bis, LC; (iv) necesidad de unanimidad en las decisiones que modifiquen aspectos sustanciales de la emisión⁴² y (v) demás cuestiones de indudable interés teórico⁴³.

Dicho lo anterior, resalto que la jurisprudencia es pacífica en considerar que únicamente debe computarse, a los fines de evaluar la existencia de las mayorías legales, el capital de aquellos tenedores de ON que (i) hubieran asistido a la asamblea designada a tal fin por el fiduciario o por el juez, según el caso (excluyendo, así a los ausentes); y (ii) se hubieran *expresado* afirmativa o negativamente respecto de la propuesta efectuada por la emisora en crisis (dejando de lado a los *silentes*). Ésta es la postura adoptada en los casos “Multicanal”, “Sociedad Comercial del Plata”⁴⁴, “Editorial Perfil”, “Cablevisión”, “Alpar-

⁴¹ ALEGRIA, Héctor, “La relación fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo), y sus citas”, LL 2002-E-649/660. En contra, RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

⁴² Sobre esta discusión, ver ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, t. V, ps. 204 y ss.

⁴³ Sobre el particular, ver en especial el trabajo de WETZLER MALBRÁN, Germán, “Las obligaciones negociables y los procesos concursales”, LL del 11/8/2004, donde se hace referencia a muchas de las aristas que presenta el asunto, con profundos comentarios sobre los casos más resonantes de la justicia comercial.

⁴⁴ En este *leading case*, sin embargo, pese a que uno de los *fundamentos* dados por la jueza de primera instancia para justificar la solución es cuanto menos sorprendentes: dijo allí que “una solución contraria podría llevar al fracaso del concurso preventivo, por el solo hecho de que muchos de los bonistas involucrados residan en otros países y no tengan siquiera noticia del procedimiento que aquí se desenvuelve”. Esto es tanto como admitir el problema y disponer su eliminación en vez de intentar una

gatas”, dictamen de la Procuración General de la Nación en el caso “Supercanal Holding”⁴⁵ y otros.

En apoyo de esa postura se esgrimen razones de interpretación literal de la ley que establece, en lo pertinente: “1) Se reunirán en asamblea convocada por el juzgador o por el juez en su caso. 2) En ella los participantes expresarán su conformidad o rechazo de la propuesta de acuerdo preventivo que les corresponda; y manifestarán a qué alternativa adhieren para el caso que la propuesta fuera aprobada...”. Entonces, siempre según esta línea de pensamiento —compartida por la mayoría de la doctrina—, al decir *se reunirán*, la ley sería clara en descartar a quienes no hubieran participado; a la vez que la frase *expresarán su conformidad o rechazo* implicaría que aquellos que se abstuvieran de manifestarse estarían excluidos.

Adelanto que no comparto la conclusión mayoritaria por las siguientes razones: (i) la interpretación exclusivamente literal de la ley ha sido objeto de cuestionamientos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema; (ii) asimismo, entiendo que la interpretación imperante es forzada, ya que las locuciones que le sirven de base no necesariamente implican las consecuencias que se pregonan (nada más y nada menos que excluir a ciertos créditos —por lo general, se trata de cuantiosas sumas, ya que las ON no suelen ser emitidas por montos, digamos, insignificantes— del cómputo de las mayorías, lo que podría implicar la restricción a un derecho básico del acreedor); al menos, no se advierte un procedimiento lógico de adecuación entre premisas y conclusión; (iii) por su parte, el instituto, como dije, debe ser apreciado restrictivamente: la excepción no puede convertirse en regla. (iv) Por lo demás, debe tenerse en cuenta que en muchos de los casos comentados, la decisión de no participar de la asamblea no fue voluntaria, ya que requería afrontar ingentes gastos que no todo inversor puede sufragar (gastos de traslado, gastos de representación, etc.)⁴⁶.

Por lo tanto, soy de opinión que deben computarse a los fines del cómputo de las mayorías los créditos de los bonistas que hubiesen rechazado la propuesta, se hubiesen abstenido o no hubieran participado del acto por el cual se colectó sus voluntades⁴⁷.

Sin perjuicio de lo expuesto, resalto la existencia de una “tercera vía” propuesta en la publicación anotada de Wetzler Malbrán (con base en algún precedente allí citado), en virtud de la cual podrían aventarse hipotéticos perjui-

solución. Ver argumentos de la objeción en WETZLER MALBRÁN, Germán, “Las obligaciones negociables...”, cit.

⁴⁵ Para mayor información, ver VILLOLDO, Juan M., “El voto de los bonistas en el acuerdo preventivo extrajudicial: régimen de mayorías y exclusión de los ausentes y silentes en el cómputo de las mismas”, ED del 8/7/2005.

⁴⁶ Dictamen de la Fiscalía de Cámara en autos “Sociedad Comercial del Plata”.

⁴⁷ Se enrolan en esta línea Luchinsky y Vítolo, citados en VILLOLDO, Juan M., “El voto de los bonistas...”, cit., ps. 206/207.

cios a los bonistas si en la resolución que dispone la forma en que deberán éstos manifestarse, se establece con claridad cuáles serán las reglas que regirán la cuestión (entre las cuales cabrá consignar las consecuencias que se generarán a raíz de la ausencia, del silencio o del rechazo con relación a la incidencia del cómputo de cada crédito en la conformación de las mayorías legales).

2. Exclusión del capital computable del crédito de la AFIP

Este supuesto es, tal vez, el más paradigmático de los casos de exclusión. La jurisprudencia viene expidiéndose al respecto en forma más o menos concordante por la procedencia de la exclusión del crédito de la AFIP del cómputo de las mayorías.

La situación consiste, de un lado, en que la AFIP, por la clase de acreedor de que se trata, ha dictado cierta normativa que rige el desempeño de su actuación en el ámbito concursal. Así, sendas resoluciones generales fueron sucediéndose a lo largo del tiempo; y la regla vigente establece, entre otras cosas, un plan especial —no sujeto a negociación— para contribuyentes concursados, quienes deberán cancelar la totalidad del pasivo quirografario de este acreedor en la forma allí establecida. Resalto, porque esto es crucial para entender el asunto, que la propia normativa impide a la AFIP la aceptación de quitas o propuestas que no se conciliaran con aquélla.

De otro lado, el concurso (o el acuerdo preventivo extrajudicial) importan necesariamente una situación de crisis económica que descarta, en la mayoría de los casos, la posibilidad de afrontar la totalidad del pasivo verificado (es claro que el deudor, de otra forma, no hubiera tenido necesidad de acudir a los remedios de recuperación previstos en la LC). Aquí se produce, consecuentemente, un evidente conflicto que generó que los deudores comenzaran a solicitar que, en tanto existe un mecanismo especial para la percepción de ese crédito, se excluyera dicho monto del capital computable para la obtención de las mayorías so pena de incrementarse en forma inadmisibles las mayorías previstas por el art. 45, LC.

En algunos casos, se denegó la exclusión por una cuestión formal relacionada con la extemporaneidad de los planteos que la requerían, cuando ya había quedado firme la decisión judicial sobre la categorización de los acreedores⁴⁸. Sin embargo, en el fallo⁴⁹ que motivara el citado comentario del profesor Alegria, se resolvió expresamente —en posición que comparto— que la no categorización oportuna del crédito fiscal en una categoría separada no importa un gravamen material para el Fisco desde que su crédito será percibido conforme a la resolución que rige a su respecto.

⁴⁸ C. Nac. Com., sala D, 31/10/2000, “Dirección Asistida SA s/concurso s/incidente de apelación art. 250, citado por ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

⁴⁹ C. Nac. Com., sala D, 3/5/2002, “Inflight SA s/concurso preventivo”.

En relación con el fondo del asunto, una interpretación finalista del art. 45 lleva necesariamente a coincidir con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, habida cuenta de que no puede seriamente sostenerse que la AFIP se encuentre en las mismas condiciones que el resto de los acreedores desde que su propia regulación legal le impide aceptar propuestas que no contengan cláusulas de pago del 100% de los créditos. En palabras de la sala D: “Corresponde excluir al Fisco del cómputo del capital para la determinación de las mayorías necesarias para obtener la homologación del acuerdo que se propone a los acreedores, si el concursado se acogió —a los efectos del pago del crédito verificado— a un plan de facilidades de pago, pues lo contrario implicaría incluir a aquellos que de antemano están imposibilitados de analizar sin condicionamientos las diversas propuestas, contraviniendo todo el sistema”⁵⁰.

Un último comentario a modo de interrogante: estimo que tal vez resultaría necesario el dictado de un plenario que resolviera la cuestión para evitar sentencias contradictorias que generan incertidumbre, o bien, probablemente debería la AFIP rever su reglamentación ante los resultados que en la práctica obtiene su postura.

3. Exclusión del capital computable del crédito del competidor hostil

En relación con este supuesto, se ha generado un interesante debate sobre la postura que se concilia más armónicamente con la letra y el espíritu de la Ley de Concursos. Por un lado, se encuentran los autores que, como Rivera, mantienen la regla general, postulando el derecho de todos los acreedores a participar con su crédito del cómputo para la obtención de las mayorías: “Tampoco me parece razonable el criterio de muchos autores y tribunales que propician la exclusión de acreedores quirografarios del cómputo de las mayorías por ser hostiles; hemos señalado antes de ahora que el *prius* del concurso es que todos los acreedores puedan manifestarse libremente; y que sólo circunstancias excepcionalísimas pueden justificar que un acreedor quirografario independiente sea excluido del cómputo”⁵¹.

Adelanto opinión en el sentido de que tal aserto adolece de dos inexactitudes por cuanto se refiere a cierta *libertad* en la manifestación, de un lado, y a acreedor *independiente*, del otro. Tengo para mí que tales notan no se encuentran en el caso del acreedor competidor del concursado (o apista), ya que no puede considerarse como *independiente* a quien concurre en el segmento del mercado de su deudor y tiene evidentes intenciones de “ganar terreno” sobre la participación del otro; es decir, no es un tercero ajeno a la situación del giro comercial del deudor en crisis. Por otro lado, es cuanto menos opinable que pueda

⁵⁰ C. Nac. Com., sala D, 3/5/2002, “Inflight SA s/concurso preventivo”.

⁵¹ RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

hablarse de *libertad* —en sentido jurídico— en la decisión de quien se sitúa en una posición de colisión de intereses con el concursado que constituye “un condicionante de la voluntad en sentido negativo”⁵².

Si bien la doctrina ha propiciado la apertura del elenco de exclusiones a casos análogos⁵³, recientemente se ha pronunciado la justicia de primera instancia en un caso de resonancia, admitiendo la exclusión de voto del competidor hostil, mas sujetándola a ciertos condicionamientos que refuerzan el carácter restrictivo con que cabe analizar a la figura⁵⁴. En esta inteligencia, destacó el juez que (i) “si bien no pareciera que la conducta observada por el grupo demandado pudiera llegar a encuadrar en el rótulo de conducta desleal a los fines de la aplicación de los mecanismos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia (...) sí es susceptible de ser calificada de salvaje y hostil con aptitud suficiente para servir de antecedente al ejercicio disfuncional del derecho de desaprobación de la oferta de pago presentada por las deudoras en los términos del art. 1071, CCiv.”; (ii) adicionalmente, señaló como recaudo de admisibilidad de la pretensión de exclusión, la necesidad de que se presente, como en el caso, un perjuicio a los restantes acreedores que masivamente apoyaron la propuesta de la concursada, al decir que “la decisión de frustrar la obtención del acuerdo como medio para obtener una ventaja particular en el plano comercial, que en principio puede ser considerada legítima, puede pasar a ser ilegítima o irregular cuando causa daños a terceros ajenos a esa actividad, como son los restantes acreedores (...) los trabajadores de la empresa y la comunidad en general que se vería privada de los beneficios generales que emanan de la existencia de una unidad económica productiva como lo es —hoy por hoy— la concursada”.

Debe ponderarse que la decisión encontró fundamento normativo en el principio del abuso del derecho, vedado expresamente por el Código Civil; y me parece que es adecuado que así se haya resuelto, ya que el juez no podría amparar el ejercicio abusivo del derecho al *voto* por la sola razón de no encontrarse previsto el supuesto en la LC (aunque sí surgiría, de todos modos, de la finalidad de la norma, tal como *supra* se explicó).

⁵² Dictamen de la Fiscalía de Cámara en autos “Supercanal Holding”, citado en el voto en disidencia del Dr. Monti en autos “Equipos y Controles SA s/concurso s/incidente de apelación”, C. Nac. Com., sala C, 27/12/2002. Aclaro que, de todos modos, la mayoría revocó el fallo del juez de primera instancia que había admitido la exclusión del crédito del competidor por su actividad hostil hacia la concursada.

⁵³ Para un resumen de las posturas existentes, ver MELIJE CASTRO, Marina - RECIO, Juan I., “Supuestos ¿taxativos?...”, cit.

⁵⁴ Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, Sec. n. 32, 7/3/2006, “Telearte SA s/concurso s/incidente de exclusión de acreedores integrantes del llamado Grupo Telefónica” (sentencia no firme).

IV. PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA. CRÍTICA

El 8 de septiembre del corriente se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de modificación al régimen del acuerdo preventivo extrajudicial. Previa a todo, debo señalar que parece cuanto menos apresurado que se intente una modificación parcial de la incansablemente criticada —y modificada *de a patches*— Ley de Concursos. A su vez, resulta llamativo que no se tengan en cuenta los proyectos presentados en su momento para completar una figura que nació de la mano de la provisoriedad propia del apuro legislativo que implicó su sanción ⁵⁵.

En cuanto al proyecto en sí, contiene algunas modificaciones que vale la pena destacar. Así, se pretende:

(i) El único deudor legitimado para obtener la celebración ⁵⁶ de un acuerdo preventivo extrajudicial sea aquel que se encuentre en estado de cesación de pagos, eliminando a aquellos que se encuentren en “dificultades económicas o financieras de carácter general”.

(ii) En relación con el criticado sistema de suspensión de acciones ⁵⁷, propone la iniciativa que sea el juez quien *pueda* disponer la suspensión de las *medidas de ejecución* contra el patrimonio del deudor (y no ya la suspensión de *todas las acciones de contenido patrimonial* como hasta ahora). En este punto estoy de acuerdo con la modificación apuntada, habida cuenta de que resulta peligrosa la actual redacción legal ⁵⁸, la cual a la vez ofrece serios reparos constitucionales.

(iii) Respecto de las mayorías requeridas para la aprobación del acuerdo, dispone el proyecto que el cómputo deberá realizarse sobre los acreedores denunciados por el deudor más los que concurrieren “requiriendo ser parte, acuerdo con anterioridad a la homologación” (*sic*). Sobre el particular, debo advertir que no queda claro a qué se refieren los legisladores con esta previsión, ya que es claro que no existe una vía para que los acreedores omitidos por el deudor puedan “ser parte, acuerdo”; recuérdese que no se ha previsto un mecanismo si-

⁵⁵ RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

⁵⁶ A mi modo de ver, debería decir “homologación judicial” de un acuerdo preventivo extrajudicial. Ello, a la luz de la feroz crítica que ensayó Maffía sobre las expresiones como las que se proyectan convertir en ley, ya que, en criterio que comparto —independientemente de la postura sobre la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial—, es claro que el deudor no celebra un acuerdo preventivo extrajudicial sino, en todo caso, un contrato con uno, varios o todos sus acreedores que, eventualmente, podrá ser sometido a homologación judicial para terminar el *iter* que lo convierta en un acuerdo preventivo extrajudicial propiamente dicho.

⁵⁷ Truffat lo tildó de “brutal efecto” y Maffía lo llamó un disparate mayúsculo en TRUFFAT, Daniel E., “Ley Clara *versus* Buenas Razones”, ED del 17/5/2005.

⁵⁸ En la publicación citada en la nota anterior, Maffía critica acertadamente un fallo —convertido en criterio— que dispone que la suspensión de acciones sólo tendrá efectos a partir de la publicación de edictos. Para así considerarlo, nos recuerda que la ley no dice eso, sino que, mal que nos pese, dicha suspensión opera ministerio *legis* a partir de la *presentación* del pedido de homologación.

milar al de la verificación tradicional que conocemos ⁵⁹, por lo que no se entiende cuál ha sido la intención propuesta ⁶⁰.

(iv) En cuanto a la publicidad, se prevé que, en adición a las reglas existentes, deberá el deudor notificar por cualquier medio fehaciente a los acreedores que denuncie como tales; es evidente que esta propuesta no otorgaría mayor transparencia al acto desde que con el simple expediente de omitir denunciar a los acreedores, podrá el deudor haber cumplido con la norma, sin que ninguna ventaja se vislumbre en términos de transparencia (entiendo que ése debió haber sido el fin de esta reforma).

(v) Se contempla la ampliación del plazo a veinte días para presentar oposiciones en una buena medida que venía siendo requerida por la doctrina. Asimismo, se deja sentado expresamente la facultad de los jueces de no homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Si bien no había dudas al respecto ⁶¹, no está de más que figure en el texto de la norma.

(vi) Por su parte, el proyecto propicia que los acreedores que no hubiesen suscripto el acuerdo ni hubiesen sido denunciados o notificados conserven sus acciones individuales y no estén sometidos a los efectos del acuerdo, salvo que expresen su voluntad de adherir dentro de los ciento ochenta días posteriores a la última publicación de edictos.

Me detendré en este punto para señalar que probablemente pueda coincidir con la postura pregonada, si se parte de una posición contractualista, dado lo que dispone al respecto el art. 1195, CCiv. (*res inter alio*); a la vez que resultaría equitativo a la luz de los ya citados casos en que se incurrió en notorios abusos en contra de los no participantes. Sin embargo, parece un retroceso que desalentará sin dudas el empleo de esta exitosa herramienta ⁶². Amén de que la experiencia de la ley 24.522 así lo demuestra (con relación a la imposibilidad de extender los efectos conforme al actual art. 76, LCQ, sumado a las mayorías

⁵⁹ RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

⁶⁰ MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit., echa luz sobre la cuestión al refutar ciertas apreciaciones de la Cámara Comercial en el fallo “Romi” acerca de la supuesta —no explicada— posibilidad de que los acreedores omitidos puedan algo así como formar parte del pasivo. En realidad, explica con lucidez que la única opción prevista en la ley vigente es que aquéllos demuestren sumariamente ser acreedores para —únicamente— habilitarlos a impugnar el acuerdo; cosa bien distinta, claro, a formar parte del “pasivo”. Se puede ver también para ampliar la cuestión, otro trabajo del mismo autor: “Acuerdo preventivo extrajudicial: ¿la confesión a favor es *se contra pronuntiatio*?”, ED del 23/8/2004. Adicionalmente, TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 27/9/2006, dice que la mentada impugnación implica un procedimiento sumario con tal alcance y, a la vez, la verificación del crédito. Insisto en que no se explica a partir de qué norma puede inferirse tal cosa.

⁶¹ Esta posición era unánime de todos modos; ver ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

⁶² Truffat ha señalado que el acuerdo preventivo extrajudicial ha servido para reestructurar deuda del sector privado por la suma de \$ 10.000.000.000. Ver TRUFFAT, Daniel E., “Nuevamente sobre el deudor...”, cit.

agravadas que impedirían cualquier rehabilitación preventiva), lo cierto es que, en mi opinión, no puede legislarse *en rechazo* a los abusos cometidos por ciertos individuos; antes bien, existen mecanismos idóneos que la jurisprudencia y la doctrina han ido elaborando para *salvar*⁶³ la figura del acuerdo preventivo extrajudicial.

(vii) Para finalizar, el proyecto incorpora el art. 76 bis, por el cual se establece que las normas que regulan el concurso preventivo y la quiebra serán de aplicación supletoria al acuerdo preventivo extrajudicial en tanto no contradigan lo dispuesto en el capítulo relativo a este último.

V. CONCLUSIONES

A la luz del desarrollo de los puntos tratados, concluyo, en primer lugar, que no puede atribuirse a ninguno de los sistemas de rehabilitación previstos en la LC carácter abusivo en sí; es que más allá de que se hayan presentado casos que podrían catalogarse como tales —y, desafortunadamente, los ha habido muchos—, no puede extenderse esa característica excepcional a los muchos otros que han servido de utilidad para la reactivación de muchas empresas luego de una de las mayores crisis⁶⁴ de la historia económica de nuestro país.

En relación con el acuerdo preventivo extrajudicial, estimo que han actuado con buen criterio los jueces ante el desconcierto que habían generado las lagunas que la doctrina especializada advertía en la legislación (sobre todo teniendo en cuenta el contexto en que fueron sancionadas las leyes 25.563 y 25.589). Como expuse a lo largo del presente trabajo, no comparto las críticas que se hicieron respecto de las previsiones requeridas por la Magistratura *más allá* de la letra expresa de la ley, en tanto parten de una concepción excesivamente rigurosa que no se concilia con la totalidad de los intereses en juego. Así, considero que, salvo en los casos apuntados (y en algunos otros que aquí no fueron comentados), el acuerdo preventivo extrajudicial ha cumplido su misión al permitir reestructurar una magnitud considerable de deuda privada.

Sin embargo, me sumo a aquellos que reclaman por la necesidad de una reforma legislativa que abarque el problema en forma integral; en particular, la norma debería considerar especialmente los derechos de los acreedores no denunciados por el deudor para permitirles un ejercicio pleno de su derecho de defensa. De tal suerte, podrá superarse la tacha de inconstitucionalidad que muy seriamente ha planteado nada menos que la Fiscalía General ante la Cámara de

⁶³ Me he permitido tomar prestada la expresión del título del trabajo de TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit. —aun cuando no comparto muchas de las aseveraciones que allí se vuelcan—.

⁶⁴ Así la catalogan muchos de los economistas más prestigiosos y, sobre todo, las personas que han padecido las —cíclicas— crisis anteriores.

Apelaciones en lo Comercial de esta ciudad. Ello, no obstante que, según mi visión, existen mecanismos en manos de la Magistratura para evitar tener que echar mano a la *ultima ratio* de nuestro orden jurídico.

En relación con el asunto de la *exclusión de voto*, adhiero a las opiniones que enfocan la cuestión desde una interpretación finalista del art. 45, LC, que dispone, a mi entender en forma enunciativa, los supuestos en que debe procederse a la exclusión de determinados créditos del capital computable a fines de obtener las mayorías legales. Esta situación no implica que deba ampliarse el elenco de sujetos excluidos de manera indiscriminada ni, menos aún, que no deba evaluarse cada caso particular con criterio restrictivo, en tanto está en juego unos de los principales derechos de los acreedores y, en el fondo, el principio cardinal que inspira a los institutos de la insolvencia, esto es, el tratamiento igualitario de los acreedores.

Véase que sostener la aplicación taxativa del art. 45, LC, so pretexto de que una limitación de tal calibre no puede sino ser taxativa, llevaría en muchos de los casos a tolerar abusos en la forma de disponer del voto por parte de los acreedores, situación que el derecho vigente no tolera (arg. arts. 953 y 1071, CCiv.). Adicionalmente, el sistema de mayorías previsto desde antaño por la legislación concursal podría entrar en crisis por la falta de adecuación de la legislación a los tiempos que corren.