

“La pandemia como evento imprevisible en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado”

por Facundo Peralta Mariscal¹

I. Introducción. Los nuevos desafíos del derecho concursal.

La pandemia de Covid-19 ha provocado una gran cantidad de consecuencias y transformaciones en diversos ámbitos a lo largo del mundo entero. Especialmente, en los aspectos social y económico, pues el encierro forzoso de la población -única medida eficaz que en los inicios de la pandemia los gobiernos tuvieron a su alcance para evitar la propagación del virus- ha generado cambios vertiginosos en el modo en que las personas se relacionaron entre sí, a la vez que trajo aparejado una enorme disminución de la actividad económica. Incluso, algunos sectores de la economía se vieron temporalmente forzados a un cierre prácticamente total, como lo fue, por ejemplo, el turismo.

El impacto de la pandemia en el ámbito económico se vio potenciado en nuestro país, además, por el precario estado de una economía nacional que venía de dos años negativos en los principales índices macroeconómicos. El 2020 -que no puede ser analizado sin la consideración de la pandemia- fue el tercer año consecutivo de caída económica de la Argentina, con cifras a la baja en consumo privado, inversión y exportaciones². La caída del Producto Bruto Interno nacional en el año 2020 fue del 9,9% respecto al año anterior, según datos del Banco Mundial³.

Naturalmente, esto ha derivado en la expansión del fenómeno de la insolvencia en los agentes económicos de nuestro país. Esto no es más que una

¹ Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires (2019). Auxiliar Letrado en el Juzgado Civil y Comercial n°13 de San Isidro. Ayudante de docencia en Concursos y Quiebras y Derechos Reales (UBA). Especializando en Derecho de Daños (UBA).

²Al respecto puede consultarse el informe efectuado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe para nuestro país en el año 2020, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46501/4/BP2020_Argentina_es.pdf.

³Información disponible en: <https://datos.bancomundial.org/>

consecuencia casi forzosa de la prácticamente inevitable interrupción de la cadena de pagos que generó el imprevisto y abrupto cierre de la actividad económica.

Como derivación de esa realidad que atravesamos, parece ineludible la propagación de nuevos procesos concursales, preventivos y liquidativos, con una fuerte influencia de la pandemia como causa generadora del estado de cesación de pagos.

Pero también se observa que existe un importante impacto de la cuarentena en los procesos concursales en trámite, iniciados con anterioridad a la propagación del virus, especialmente en los de corte preventivo. Piénsese que, en estos procedimientos, la empresa o el individuo que transitaba su concurso preventivo ya sufría dificultades económicas con anterioridad a la pandemia. En ese escenario de por sí comprometido, aquellas personas que o bien transitaban el camino tendiente a reestructurar sus deudas para evitar la quiebra, o se hallaban en el lapso temporal en el que debían cumplir con las prestaciones convenidas en un acuerdo homologado, se encontraron súbitamente con una paralización de muchos sectores de la economía y de la sociedad en general, la cual lógicamente pudo afectar el plan que consideraban para sanear sus realidades económicas. En algunos casos, dependiendo de la actividad desarrollada por la concursada, ello pudo haber tenido entidad para implicar lisa y llanamente la imposibilidad de generar recursos genuinos para afrontar sus obligaciones cotidianas (pago a proveedores, salarios, servicios, cargas sociales, etc.), o las asumidas en el marco de un acuerdo preventivo homologado con prestaciones pendientes de pago.

En función de lo dicho, el análisis de esta última problemática -la de los concursos preventivos en trámite- constituye, quizás, la cuestión más acuciante a abordar en estos tiempos desde la óptica del derecho concursal, por cuanto la urgencia y la necesidad de dar respuestas adecuadas a estas situaciones son evidentes: en caso de no lograrse arribar a un acuerdo, o de

incumplirse uno previamente homologado, la quiebra es jurídicamente inevitable⁴ (arts. 46 y 63 de la ley 24.522).

Este delicadísimo contexto pone en evidencia la fragilidad del sistema concursal actual. La deficiente regulación de la ley 24.522 se ve más clara en una crisis de estas magnitudes, que pone de manifiesto la insuficiencia de un sistema que desde su concepción teórica se mantiene indiferente respecto a las variables macroeconómicas que pueden influir en todo proyecto empresarial. Esta técnica legislativa no parece del todo adecuada en un país en el que las crisis son cíclicas y -lamentablemente- recurrentes.

Desde luego, una pandemia como la que actualmente se transita es un fenómeno ciertamente imprevisible, con dos connotaciones propias que la distinguen de crisis anteriores que ha transitado nuestro país: su generalización a nivel mundial y las medidas que el gobierno -en línea con los demás países- se vio obligado a adoptar para evitar la circulación del virus, provocando daños económicos colaterales de una magnitud cuyo alcance aún no es posible dimensionar precisamente.

Hoy, más de un año y medio después de la declaración de pandemia por la Organización Mundial de la Salud⁵, y no obstante la variedad de aportes doctrinarios que se han realizado y los distintos proyectos de ley que circularon en el ámbito del Congreso, la legislación concursal de nuestro país continúa exactamente igual que antes de este fenómeno que cambió radicalmente el estilo de vida de la comunidad internacional. Como lo han destacado diversos autores, ello es ciertamente reprochable⁶.

La crítica situación actual obliga no solo a poner sobre la mesa el debate acerca de posibles -y necesarias- reformas a nuestro sistema concursal, sino también -y esto es hoy quizás lo más urgente- a analizar de qué manera

⁴Queda a salvo de esta regla general el supuesto contemplado en el artículo 48 de la ley 24.522, aplicable únicamente a los “grandes concursos”.

⁵La Organización Mundial de la Salud calificó como “pandemia” al brote de Covid-19 el día 11/03/2020.

⁶Entre otros: Segal, Rubén “*La procrastinación de la legislación concursal en tiempos de pandemia*”, La Ley online: AR/DOC/723/2021.

pueden aplicarse los institutos y herramientas legales que actualmente existen para reconducir los procesos concursales en trámite que se vean atravesados críticamente por las consecuencias del fenómeno de la pandemia.

En este marco, surge para los operadores jurídicos la necesidad de enfocar creativamente el análisis de los institutos legales que hoy en día se hallan al alcance, de modo tal de tutelar de la mejor manera posible la multiplicidad de intereses que concurren en los procesos universales, especialmente en los de corte preventivo.

En el presente trabajo nos abocaremos concretamente a analizar, considerando la realidad actual derivada de la pandemia, si es factible dentro del régimen legal vigente la imposición de una postergación temporal en el pago de las cuotas concordatarias correspondientes a acuerdos homologados con anterioridad a la pandemia⁷, y si es posible la renegociación, entre el deudor y sus acreedores, de los términos de un acuerdo ya homologado.

II. El régimen jurídico del acuerdo homologado.

Un adecuado abordaje del tema amerita detallar primeramente algunos aspectos de la regulación de la cuestión que nos ocupa con abstracción de la emergencia sanitaria que actualmente vivimos, para comprender el funcionamiento de la etapa de cumplimiento del acuerdo desde la concepción del legislador.

1. Dos de los principales efectos de la homologación del acuerdo preventivo son la novación de todas las deudas del concursado de causa o título anterior comprendidas en él (art. 55 ley 24.522), y la imposición de sus términos a todos los acreedores incluidos en el concordato, incluso a aquellos que no hubieran dado su conformidad a la propuesta del concursado o no hubieran

⁷Nos centraremos en estos supuestos porque son aquellos en los que puede afirmarse sin margen de dudas que la pandemia ha sido un factor completamente imprevisible tanto a la época de negociación como al momento de la homologación del concordato. Si bien esto no implica excluir la posibilidad de aplicar los mismos conceptos, en ciertas circunstancias, a procesos con acuerdos homologados durante la pandemia, es claro que no se trata de situaciones equiparables en cuanto a la imprevisibilidad se refiere.

tenido la posibilidad de votar -v.gr., por haberse declarado inadmisibles su crédito en la oportunidad del artículo 36 de la ley 24.522- (art. 56 ley 24.522).

Luego de homologado el acuerdo, y una vez tomadas las medidas requeridas por el artículo 59 de la ley 24.522 y cumplidos con los recaudos que esa norma exige, se declara la conclusión del concurso preventivo, cesando entonces las restricciones que los artículos 15 y 16 de la ley 24.522 le imponen al concursado en materia de administración y disposición de su patrimonio, sin perjuicio de las limitaciones que el propio artículo 59 establece⁸.

A partir de allí, comienza la etapa de cumplimiento del acuerdo, durante la cual el deudor debe pagar ineludiblemente todas las obligaciones que asumió en el marco del acuerdo y dentro de los términos convenidos, cumpliendo cabalmente con todos los requisitos propios del pago válido respecto a los créditos de cada uno de los acreedores (art. 867 CCyC). Ello bajo apercibimiento de declararse la quiebra a instancias de algún acreedor interesado o del encargado del control del cumplimiento del acuerdo (art. 63 de la ley 24.522).

2. Sentado lo anterior, debe recordarse que en el concurso preventivo la homologación del acuerdo es la resolución por medio de la cual el juez le da su aprobación al acto jurídico complejo que constituye el acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores, convalidando así la producción de sus efectos característicos. Esa necesaria aprobación judicial -ineludible en el curso del procedimiento para el avance hacia la siguiente etapa-, sumada a la ponderación de los particulares efectos que el acuerdo preventivo surte respecto al deudor y todos sus acreedores -incluso los que se negaron a dar su conformidad-, justifica plenamente que una vez superado el control formal y sustancial que el magistrado ejerce por imperio legal sobre el acuerdo al que arribó el deudor con sus acreedores (art. 52 ley 24.522), solamente quede por delante el estricto cumplimiento del convenio y que no sea posible retrotraer el cauce del proceso concursal. La peculiar naturaleza del acuerdo preventivo homologado, que expresa la voluntad conjunta del deudor y los acreedores que aceptaron la

⁸El artículo 59 de la ley concursal dispone, como regla general, que la inhibición general de bienes debe mantenerse durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, a menos que exista conformidad expresa de los acreedores, que otra cosa surja de las previsiones del acuerdo, o las facultades que al respecto pudiera tener el comité de acreedores como controlador del acuerdo.

propuesta con vocación de universalidad (en el sentido de que los efectos están destinados a irradiarse hacia *todos* los acreedores concursales) bajo ciertas circunstancias determinadas, exige -al menos en situaciones ordinarias- clausurar la posibilidad de que una vez firme la homologación se le permita al deudor modificar los términos de la propuesta ya aceptada.

De igual manera, tampoco parece apropiado desde esta perspectiva que el juez autorice al deudor a cumplir las prestaciones pactadas de un modo distinto al convenido con sustento en fundamentos ajenos a lo que es la estricta interpretación del acuerdo, más allá de las razones de hecho que se invoquen al efectuar la petición.

No debe perderse de vista que subyace a la finalidad del concurso preventivo el propósito de lograr una reestructuración patrimonial del concursado por medio de un ofrecimiento a sus acreedores -propuesta de acuerdo- que naturalmente debe contemplar la capacidad que tendrá de generar con su actividad los recursos suficientes para cumplir el pago de las prestaciones a las que se compromete⁹, afrontando de igual manera los riesgos de no poder hacerlo. Todo ello debiera ser ponderado por los acreedores a la hora de aceptar -o no- la propuesta, y de antemano se sabe que la consecuencia del incumplimiento es la quiebra. De ahí que el acto complejo del acuerdo preventivo consolide una unión de voluntades -reunida en base a un sistema de mayorías de ley- que en teoría contempla las expectativas económicas del desarrollo de la actividad del concursado.

De todo lo dicho se desprende que no resulta admisible, por vía de principio, la modificación de los términos del acuerdo con posterioridad a la homologación, con prescindencia de los motivos que invoque el deudor y aun cuando la consecuencia de la aplicación de este temperamento sea la quiebra.

Esa respuesta tiene asidero, además, en que una vez firme la sentencia homologatoria, operan los efectos propios de la cosa juzgada a su

⁹Si bien se ha admitido la tramitación de concursos preventivos en casos en los que no exista empresa en funcionamiento o actividad profesional o laboral alguna -cuestión sobre la que hay interesantes discusiones doctrinarias-, en la amplísima mayoría de los casos los recursos con los que el concursado pretende afrontar el cumplimiento de la propuesta provienen del desarrollo de su empresa o actividad.

respecto, de alcances más amplios que la recaída en un proceso ordinario, pues tiene eficacia *erga omnes*, siendo sus atributos principales la inmutabilidad y la coercibilidad¹⁰.

3. Así lo ha entendido la jurisprudencia en diversos antecedentes compilados en la obra de Pablo Heredia citada precedentemente. Así como no le es dado al deudor incumplir el acuerdo sin evitar la quiebra si ella fuera peticionada, tampoco le es permitido modificar la propuesta de concordato una vez que ha sido homologada¹¹. Aceptar lo contrario implicaría desvirtuar el carácter de acto unitario que tiene el concordato homologado, a la par que violentar la voluntad conjunta de los acreedores exteriorizada al aprobarlo de conformidad con el régimen de mayorías impuesto legalmente¹². En este sentido, quien obtuvo la homologación del acuerdo preventivo no puede pretender la aplicación de la teoría de la imprevisión para obtener la transformación de la deuda en moneda extranjera a moneda argentina¹³, lograr una quita que no fue solicitada oportunamente¹⁴, o intentar una reducción cuantitativa de las cuotas concordatarias, por cuanto ello constituye una invocación extraña al trámite concursal¹⁵.

A modo de conclusión, podemos no solo afirmar que de una interpretación exegética del ordenamiento concursal se extrae el principio de la

¹⁰Conf. Cámara, H. *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 1187, n°98 y Maffía, O., *Efectos del concordato*, RDCO, 1986, p. 700, cits. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 242.

¹¹CNCom., Sala D, 30/03/1990, “Sánchez, Ángela O. s/ concurso civil”, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

¹²CNCom., Sala C, 27/11/1987, “Oligon S.A.”, LL, t. 1989-B, p. 385, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

¹³CNCom. Sala A, 19/10/1983, “Noel y Cía. S.A. s/ conc. s/ incidente de verificación por IBM Argentina S.A.”, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

¹⁴CNCom. Sala A, 19/04/1983, “Kestner S.A. s/ conc. s/ incidente por la concursada al crédito de International Petroleum Serv. Inc. y James A. Lewis Engineering”, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

¹⁵CNCom. Sala D, 5/06/1984 “Morfrut S.C.A. s/quiebra”, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

inmutabilidad de los términos del acuerdo homologado, sino también que con anterioridad a la pandemia existía cierto consenso doctrinario y jurisprudencial en esa misma dirección.

O sea que el deudor debía cumplir al pie de la letra el acuerdo homologado, sin posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión o de obtener de parte del juez quitas o esperas no pactadas oportunamente¹⁶.

III. El análisis del problema en el contexto de la emergencia sanitaria.

1. La realidad que se vive a raíz de la pandemia pone en crisis el rígido criterio expuesto como nunca antes había sucedido, aun cuando sus fundamentos son sólidos y han sido sostenidos de manera informe por la jurisprudencia.

Anticipamos previamente que -quizás erróneamente- nuestra legislación concursal está prevista para épocas de estabilidad. Prescinde de la ponderación de factores de crisis inesperados o extraordinarios. Con lo cual, carece de disposiciones expresas que permitan al juez, a partir de una apreciación de las circunstancias del caso, autorizar una prórroga en el cumplimiento del concordato o modificar sus términos.

Si se toma como premisa la necesidad de paliar de algún modo las nefastas consecuencias que la pandemia ha producido en las empresas concursadas (o al menos en un sector importante de ellas), es evidente que lo ideal para la consecución de ese objetivo sería la sanción de una ley de

¹⁶Ver en este sentido: Grispo, Jorge Daniel “*Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, Tomo II, p. 360/361.

emergencia orientada en tal sentido, emanada del Congreso (art. 75 y ss. CN)¹⁷
18.

Empero, como sabemos, eso no ha sucedido. Lo que debemos preguntarnos, en consecuencia, es si la ausencia de esa regulación legal de emergencia que la doctrina en general ha reclamado¹⁹ constituye un impedimento insalvable para dar soluciones prácticas útiles; o si, por el contrario, puede acudir a interpretaciones armónicas del ordenamiento jurídico en su conjunto para arribar a soluciones sostenibles desde un punto de vista jurídico, y que no le den la espalda a la crítica realidad que se atraviesa.

2. Para alcanzar esto último, es clave abordar el análisis considerando que nos encontramos ante una situación extraordinaria e imprevisible, extremo que tiene mucha implicancia en la práctica.

El carácter extraordinario e imprevisible de las circunstancias de hecho que rodean a las relaciones jurídicas es, en variadas hipótesis, un factor que da lugar a soluciones a su vez extraordinarias o especiales. Esto se ve claramente en la regulación del Código Civil y Comercial, fuente principal del derecho privado argentino. A modo referencial, podemos mencionar que: toda obligación se extingue sin responsabilidad si media una imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de cumplir la prestación producida por

¹⁷No sería la primera vez que una norma de emergencia impacte de esa manera en nuestro derecho concursal. La ley 25.563, sancionada en el contexto de la crisis de fines del 2001 y principios del 2002, dispuso en su artículo 10 que “*En los casos de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la Ley 24.522, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor [...] se ampliará por un (1) año a contar desde que las obligaciones homologadas en el concordato sean exigibles*”.

¹⁸Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales en tratar la temática rechazó un pedido de suspensión del vencimiento de las cuotas concordatarias formuladas por una sociedad concursada, haciendo hincapié en que “la suspensión de vencimiento de las cuotas concordatarias que hubiera operado contra los concursados tendrá que ser decidida no en el contexto de un juicio como el *sub lite*, sino por una ley del Congreso o Decreto Presidencial (con posterior ratificación) de *alcance general*” (Juzgado Nacional en lo Comercial n°18, 1.06.2020, “*Multiacero S.A. s/ concurso preventivo*”).

¹⁹Entre otros: Barreiro, Marcelo G. “*La pandemia y el intento de regular la crisis. Una utopía necesaria*” La Ley online: AR/DOC/1701/2020; Gerbaudo, Germán E. “*Pensar el derecho concursal frente a la pandemia de COVID-19*”, La Ley online: AR/DOC/1731/2020.

caso fortuito o fuerza mayor²⁰ (art. 955); en materia contractual, si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa debido a una *“alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”*, puede demandarse su resolución o pedirse el reajuste del convenio (art. 1091); en el ámbito de la responsabilidad civil, el caso fortuito exime de responsabilidad por los daños causados, excepto disposición legal en contrario (art. 1731); y diversas normas aplicables a ciertos contratos en particular consagran soluciones específicas en caso de que concurran situaciones imprevistas, o se produzcan hechos calificables como casos fortuitos (entre otros: arts. 1268 -locación de obra-, 1371 -depósito- y 1536 -comodato-).

Lo dicho demuestra que, ya sea de manera genérica o concreta para cierto tipo de relaciones jurídicas, el ordenamiento reacciona de un modo especial cuando se presentan hechos o situaciones fuera de lo ordinario, que exorbitan aquello que los interesados razonablemente pudieron haber previsto al celebrar actos jurídicos que regulan sus derechos y obligaciones.

Claro está que las normas citadas no están insertas en la ley 24.522, cuyas disposiciones sustanciales y procesales son de orden público y se aplican en los procesos concursales de manera preferente respecto a la demás normativa del derecho privado, y excluyente en cuanto ésta fuera incompatible.

No obstante, corresponde tener presente que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la legislación concursal no es una isla o un compartimento estanco, independiente del derecho común, sino que forma parte de éste²¹. Es decir que, si bien el derecho concursal desplaza a las normas sustanciales ordinarias en lo que es el objeto de regulación específica, existe una necesaria integración entre ambas.

²⁰Según el artículo 1730 del Código Civil y Comercial, se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

²¹CNCom. Sala A, 10/05/2016, “Urretavizcaya Analía s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/41081/2016.

La normativa concursal es insuficiente para dar respuesta por sí sola, y con total abstracción del resto del ordenamiento, al complejo fenómeno de la insolvencia y a las diversas realidades que se presentan. De ahí que se complemente con varias disposiciones del derecho común, así como con las demás fuentes del derecho. Claro ejemplo de esto es la aplicabilidad de las normas de derecho común sobre el pago a la hora de evaluar, durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor en su concurso preventivo.

Se sigue de lo expuesto que el ordenamiento concursal debe ser aplicado respetando los principios generales del derecho, y considerando el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor²².

Al amparo de estos conceptos, es propicio encontrar un punto de contacto entre la rígida normativa concursal en materia de cumplimiento del acuerdo y la ponderación de las consecuencias de un evento tan imprevisible como lo fue la pandemia en sus inicios, en base a las directivas que brinda al respecto el código de fondo.

En tal sentido, cabe enfatizar en la influencia que tienen los principios jurídicos y los valores en nuestro orden jurídico (art. 2 CCyC), que sirven no solo como guía o pauta interpretativa del derecho positivo, sino también como normas de integración y de control axiológico²³.

Así entonces, en este escenario resulta viable flexibilizar la aplicación del criterio tradicional en materia de cumplimiento del acuerdo introduciendo la variable del caso fortuito como factor imprevisible, de manera tal de otorgar vigencia y eficacia práctica a los principios elementales del concurso preventivo, entre los que se destaca la conservación de la empresa; y de buscar soluciones justas y no meramente formalistas, que se compadezcan con los estándares que

²²CNCom. Sala F, 24/04/2012, “Talleres Reunidos Ítalo Argentino S.A. s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/12698/2012.

²³Así lo ha expresado la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

brindan la buena fe y la equidad como principios orientadores del sistema normativo.

No se puede ignorar que en nuestra hipótesis de estudio el acuerdo preventivo homologado tuvo una base económica diferente a la del contexto de pandemia y, en consecuencia, es probable que pueda ser de difícil cumplimiento, colocando al concursado al borde de la quiebra²⁴. Desconocer esa realidad sin adecuar las respuestas jurisdiccionales implicaría soslayar el principio de mantención del equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*), latente en nuestro ordenamiento jurídico (arg. art. 1091 CCyC)²⁵.

En estas condiciones, la ponderación del carácter extraordinario de las circunstancias en base a una visión íntegra del derecho se perfila como un factor fundamental para hallar soluciones que se compadezcan con el estándar de justicia.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no deben prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma. El juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su consideración, lo que solo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten²⁶.

3. Desde otro vértice, y siguiendo el mismo hilo conductor, es conveniente que, frente a situaciones de índole extraordinaria, el juez ejercite con mayor énfasis las facultades que detenta como director del proceso concursal, aun en la etapa de cumplimiento del acuerdo (art. 274 LCQ).

²⁴Gerbaudo, Germán E. “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia de COVID-19”, La Ley online: AR/DOC/1731/2020.

²⁵Conf. Rivera, Julio César y Crovi, Luis Daniel “Derecho Civil Parte General”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 81; López Mesa, Marcelo J. “Acerca de los principios rectores de nuestro derecho civil”, eIDial: DC1A41.

²⁶CSJN, fallos 305:1163.

Ello con el objeto de reconducir un proceso que se ha visto seriamente desvirtuado por la irrupción de un fenómeno imprevisible, con riesgo de derivar en un escenario de falencia altamente inconveniente para la mayoría de los sujetos intervinientes y para la sociedad en general.

El papel del juez en los concursos es de por sí más trascendente que en otro tipo de procesos. La multiplicidad de intereses involucrados en estos juicios universales justifica el rol más activo que detenta el magistrado. Tal como lo ha ido perfilando la doctrina y la jurisprudencia, el juez concursal tiene amplias potestades para actuar de oficio, investigando todo aquello conducente para el desarrollo de la causa y resolviendo las más diversas cuestiones atinentes al procedimiento y a la empresa concursada, ya sean procesales -incluyendo medidas cautelares- o sustanciales.

En este orden de ideas, se ha sostenido que las medidas cautelares concursales, a diferencia de las comunes, pueden ser dictadas de oficio, y que, como regla, carecen de contracautela e, incluso, la evaluación de la eventual afectación de los derechos de terceros es realizada, en ocasiones, con un criterio más amplio en función del orden público ínsito en todo proceso universal²⁷.

Bajo este enfoque, es adecuado reconocer que, dada la sustancial alteración de la realidad prevista por el deudor y sus acreedores para la etapa de cumplimiento -sucedida en razón de la imprevisible pandemia-, el juez como director del proceso tendrá amplias facultades decisorias para readecuar el trámite del juicio en dicha etapa. A tal fin, el magistrado deberá acudir a una interpretación armónica del complejo sistema de fuentes que integra el derecho concursal junto con el resto del ordenamiento, priorizando la consecución de los objetivos del proceso preventivo y siguiendo los principios que lo orientan.

Propiciando esta amplia atribución de facultades al juez del concurso, Eduardo Favier Dubois ha expuesto que en el derecho concursal posmoderno el magistrado puede dictar resoluciones, aún de oficio, tendientes a cumplir las finalidades del concordato. En cuanto aquí nos interesa, el autor citado reconoce

²⁷CNCom. Sala B, 30/09/2014, “Argenova S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 CPCCN”; CNCom. Sala A, 29/05/2018, “Arca Distribuciones S.A. s/ concurso preventivo”.

la potestad del juez de readecuar el acuerdo homologado en base a nuevas circunstancias y de extender los plazos para el pago de cuotas del concordato²⁸.

4. Desde luego, corresponderá un minucioso análisis de cada caso en particular por parte del magistrado de la causa para determinar si procederá o no la aplicación de un remedio extraordinario, y su eventual alcance.

Para admitir soluciones atípicas en el marco de un proceso estructurado como el concurso preventivo, es imprescindible arribar a la conclusión de que la pandemia y las medidas gubernamentales adoptadas realmente hubieran significado un evento disruptivo en la economía de la empresa, disminuyendo considerablemente el volumen de su actividad.

Nótese que, así como el concursado puede atravesar dificultades económicas con motivo de la pandemia, también es factible que sus acreedores sufran en igual o incluso en mayor medida la crisis generalizada -lo cual constituye una cuestión casuística que debe ser evaluada por el juez en cada supuesto en particular-, por lo que posiblemente se presenten delicados conflictos de intereses que planteen complejas encrucijadas para la decisión judicial que se deba adoptar.

Naturalmente, correrá por cuenta del concursado la prueba de la entidad de la afectación de su giro empresarial durante el período que rigieron las restricciones a la circulación, dado que él es quien perseguirá la aplicación de una solución excepcional en su propio beneficio, alterando el curso regular del concurso.

IV. Soluciones posibles.

Enmarcados en las razones que justifican analizar la posibilidad de franquear, en el contexto actual, el estricto criterio de la inalterabilidad de los términos del acuerdo homologado expuesto en el punto II, debemos evaluar qué soluciones podrían proponerse, y si resultan jurídicamente viables.

²⁸Favier Dubois, Eduardo: "Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad", ponencia para el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bahía Blanca, 2021, disponible en: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/concursos-y-quiebras/atribuciones-del-juez-concursal-en-la-posmodernidad>.

En principio, y sin perjuicio de las variaciones que puedan hacerse sobre ellas mismas, las respuestas posibles, que se han mencionado en la doctrina recientemente, son dos: prorrogar el vencimiento de los plazos de pago de las cuotas concordatarias; o renegociar los términos del acuerdo ya homologado.

A primera vista, podría pensarse que la primera de las respuestas señaladas no es más que una de las posibles variables de la segunda, dado que una renegociación tranquilamente podría derivar en una prórroga del vencimiento de las cuotas concordatarias oportunamente convenidas. No obstante ello, ambas opciones merecen un análisis diferenciado en virtud de que una prórroga podría tener no solo origen convencional -resultando de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores-, sino también judicial, es decir, ser impuesta por el juez a pedido del concursado y sin que necesariamente medie conformidad de los acreedores; lo cual cabe descartar, en principio, en materia de imposición de quitas o modificaciones de los términos y condiciones del acuerdo, dado que se verificaría una acentuada afectación al derecho de propiedad de los acreedores (art. 17 CN), vulnerando los límites que impone la normativa concursal.

1. Prórroga en el vencimiento de las cuotas concordatarias.

(a) Por lo general, los acuerdos preventivos contienen esperas, y suele convenirse que el pago de la nueva obligación emanada del acuerdo se fraccione en cuotas con vencimientos periódicos, muchas veces extendiendo durante varios años el cumplimiento del concordato. También es habitual que, si se prevé el pago en una única cuota, se otorgue un tiempo prudencial para su cancelación.

Si durante la etapa de cumplimiento de un acuerdo de tales características, la pandemia afectó considerablemente el desarrollo de la actividad productiva del concursado, es posible que ante la inminencia del vencimiento de las cuotas el deudor solicite algún tipo de prórroga para evitar la quiebra.

No debemos perder de vista que el plazo para el cumplimiento de tales obligaciones es de índole sustancial (arts. 350 a 353 del CCyC), y frente a la ya

criticada falta de sanción de normativa concursal de emergencia, forzoso es concluir en que esos plazos continuaron su curso ordinariamente.

Ahora bien, con apoyo en la concepción integradora del orden jurídico que hemos referido más arriba, nada impide que, de hallarse debidamente probada por el concursado la caída en el flujo de ingresos que venía teniendo en épocas de normalidad, se lo considere un supuesto de mora inimputable por imposibilidad de cumplimiento oportuno (no absoluta), en tanto aparece nítida la influencia causal en el incumplimiento (ya sea este actual o futuro) de un hecho externo e imprevisible con virtualidad para eximir al deudor de las consecuencias propias de la mora (art. 888 CCyC).

Al respecto, más allá del análisis acerca del factor de atribución que corresponda aplicar en virtud del tipo de obligación que se deba pagar, la doctrina ha señalado que la acreditación de una causa ajena, entre las que incluye el caso fortuito, es eximente válido para considerar inimputable la mora al deudor²⁹.

Si se acepta tal solución, la evaluación acerca de la efectiva configuración de esa situación -mora inimputable- no debe ser necesariamente postergada para una vez acaecido el incumplimiento, pues para ese entonces el deudor puede ya estar enfrentándose a un pedido de declaración de quiebra en los términos del artículo 63 de la LCQ.

Tal situación perjudicial es indeseable, por lo que aquí cabe dimensionar la operatividad de la prevención del daño (arts. 1710 y ss. CCyC) como un instituto capaz de brindar, en la órbita concursal, una respuesta eficaz a un futuro -pero cierto- incumplimiento inimputable en el pago de las obligaciones derivadas del acuerdo preventivo.

No olvidemos que la prevención del daño tiene lugar tanto en el ámbito extracontractual como en el contractual, y a los efectos de su efectiva materialización, han sido establecidas las “pretensiones preventivas” (arts. 1711 a 1713 CCyC) tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese.

²⁹Ver en este sentido: Calvo Costa, Carlos A. en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1° ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo V, p. 394/395.

Así, es dable conjeturar que pueden ser ejercidas de modo provisorio o definitivo, ya fuera de manera principal o accesoria -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc.-³⁰.

En tanto no se observa ningún impedimento concreto, de lo expuesto se extrae que la prevención del daño puede operar en el ámbito concursal de modo provisorio o cautelar en conjunción con la inimputabilidad de la mora para evitar la producción de las consecuencias propias de un incumplimiento en esta etapa del trámite del concurso (art. 63 LCQ). Máxime si se pondera, paralelamente, el principio de conservación de la empresa que impregna el ordenamiento concursal, el cual está en sí mismo direccionado a salvaguardar las fuentes de trabajo y el desarrollo de la actividad empresarial.

De seguirse este razonamiento, la decisión del juez de conceder una prórroga a pedido del concursado en un contexto como el descrito, previa vista a los controladores del acuerdo, resultará ni más ni menos que la forma concreta de readecuar el trámite de un proceso atravesado por circunstancias imprevisibles que alteraron el plan prestacional nacido con la homologación del acuerdo que, precisamente, constituye la causa fuente de las obligaciones concordatarias. Y es indudable, en este punto, que el juez concursal, en ejercicio de sus facultades como director del proceso (art. 274 LCQ), tiene potestad para resolver dentro del mismo juicio toda incidencia que se pudiera plantear al respecto.

A esta altura del análisis, es preciso señalar que adoptar una decisión con el alcance desarrollado no implicaría violentar el carácter de cosa juzgada que reviste la sentencia homologatoria del acuerdo, por cuanto de esta manera no se altera el contenido material de las prestaciones pactadas, ni se reniega de las calidades de acreedor y deudor de las partes. Antes bien, se trata de reconducir, en el marco de un proceso judicial especial, el modo de cumplir las

³⁰Conf. Bestani, Adriana, en comentario al art. 1711, en “Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado”, (dirs. Garrido Cordobera, Lida M. R. - Borda, Alejandro- Alferillo, Pascual E.), Bs. As., Astrea, 2015; cit. en CNCom. Sala F, 9/04/2019, “América TV S.A. c/ Practiplus S.A. s/ ordinario” y Cám. Civ. y Com. San Isidro Sala III, 28/10/2020, “Boulevard Pilar S.A. c/ Desmavas S.A. s/ acción de reajuste”).

obligaciones que nacen del acuerdo, las que como tales están sujetas al régimen jurídico del código de fondo (arts. 724 y ss. CCyC).

(b) La jurisprudencia ha resuelto ciertas peticiones de estas características, suscitadas en procesos concursales en trámite.

Entre los más destacados, debemos resaltar el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial recaído en los autos “Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo”, de fecha 30/06/2020³¹. Allí, las juezas intervinientes admitieron una pretensión cautelar tendiente a diferir los plazos de vencimiento de los pagos de las cuotas concordatarias hasta el levantamiento del estado de cuarentena dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. Como fundamento, las magistradas explicaron que nada obsta a que los jueces como directores del proceso concursal implementen medidas en pos de alcanzar una solución para la coyuntura extraordinaria que se atraviesa. Sostuvieron también que la medida en cuestión, lejos de modificar la sentencia homologatoria, se convierte en un instrumento para su cumplimiento -bien que diferido en el tiempo- pues intenta evitar un posible decreto de falencia. Añadieron que la prórroga dispuesta se implementa como un modo de permitir la concreción del acuerdo adaptado a la situación imperante, que claramente excede de toda imaginación y posibilidad de previsión, dejando sentado que la solución era temporal y que podría ser revisada frente a cualquier cambio que sobrevenga en cuanto a la cuarentena.

Por su parte, la Sala A del mismo tribunal resolvió en igual sentido en planteos similares³². Los camaristas sostuvieron que no puede soslayarse que ante una situación de emergencia sin precedentes a nivel mundial se requieren soluciones excepcionales, y que si bien en la actualidad no hay norma que regule concretamente las consecuencias de esa emergencia en el ámbito concursal, ello no puede implicar desconocer la manifiesta realidad circundante y las

³¹CNCom. Sala B, 30/06/2020, “Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo”. La Ley online: AR/JUR/21262/2020.

³²CNCom. Sala A, 17/11/2020 “Ancers S.A. s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/61073/2020; CNCom. Sala A, 16/07/2021, “Kim. S.A. (hoy Arosa Rosario S.A.) s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/105813/20210.

dificultades por las que atraviesan los distintos actores socioeconómicos, ni impedir que se intente buscar soluciones que permitan una razonable reformulación de las relaciones de la concursada y sus acreedores en esta particular coyuntura. Por ello, entendió la Sala mencionada que resultaba necesario implementar un remedio extraordinario acorde a las circunstancias fácticas que exhibe el momento, máxime teniendo en cuenta que la concursada mantenía su intención de afrontar sus compromisos.

En un interesante voto en disidencia en uno de los fallos de la Sala A citados precedentemente, el Dr. Kölliker Frers aborda una de las cuestiones que hemos aludido precedentemente, esto es, la carga del concursado de acreditar que la imposibilidad de cumplimiento se debe a la pandemia y no a otras causas ajenas a tal acontecimiento³³. Según dicho magistrado, el pedido de prórroga para el cumplimiento de cierto acuerdo concordatario debía rechazarse, ya que la razón por la cual la concursada se encontraría imposibilitada de cumplir con el pago de la primera cuota concordataria no tiene por antecedente la crisis económica provocada por la pandemia, sino la total inactividad o la falta de actividad de la sociedad en razón de haber perdido la posesión del inmueble en el que funcionaba la planta de la deudora con todos sus demás activos, hecho acaecido con anterioridad al comienzo de la cuarentena.

Como contrapartida al criterio favorable a la recepción de este tipo de solicitudes, se ha rechazado un pedido cautelar innovativo tendiente a que suspenda el vencimiento de las cuotas concordatarias, con fundamento en la naturaleza restrictiva de las medidas innovativas y en que una suspensión de tales características no puede ser decidida en el contexto de un proceso concursal, sino por medio de una ley del Congreso o decreto presidencial de alcance general, dado que de lo contrario se estaría legislando dentro de un expediente³⁴.

Sin desmerecer los fundamentos que sostienen el rechazo de pedidos de estas características, que por cierto tienen razonable sustento en la normativa

³³CNCom. Sala A, 16/07/2021, “Kim. S.A. (hoy Arosa Rosario S.A.) s/ concurso preventivo”, voto en disidencia del Dr. Kölliker Frers, La Ley online: AR/JUR/105813/20210.

³⁴JNCom. N°18, 1/06/2020, “Multiacero S.A. s/ concurso preventivo”.

concurzal y en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, en base a lo que hemos desarrollado creemos acertadas y ajustadas a derecho las decisiones que han optado por diferir en el tiempo el pago de obligaciones concordatarias en casos como los descriptos.

2. Renegociación de los términos del acuerdo.

La cuestión es distinta, y más compleja, si lo que se intenta es proceder a una renegociación de un acuerdo preventivo ya homologado.

(a) Por lo pronto, cuadra señalar que resulta inconcebible que el juez modifique el contenido material de las obligaciones que emanen de un acuerdo preventivo homologado a partir del solo pedido del concursado.

Disponer un mero diferimiento del vencimiento del plazo otorgado para el pago, en virtud de causas de fuerza mayor, es una cosa; alterar sin consenso de los acreedores el contenido del plan prestacional consensuado entre el concursado y aquellos en el marco del proceso universal es otra bien distinta. Esto último implicaría una inaceptable desnaturalización del concurso preventivo como instituto del derecho concurzal, pues es inherente a este tipo de procesos buscar la recuperación de la empresa mediante un consenso entre el deudor y sus acreedores -cuya voluntad se expresa por medio del sistema de mayorías-, y no por imposición de uno sobre otros. Por consiguiente, así como el juez no puede homologar un acuerdo que no sea alcanzado con las mayorías de ley, ni evitar la quiebra en contra de la voluntad de los acreedores si el deudor no presenta propuesta alguna durante el período de exclusividad³⁵; tampoco podría -ya sea de oficio o a pedido del concursado- modificar el contenido de las prestaciones integrantes del acuerdo. Ello atentaría, además, contra la cosa juzgada que detenta la resolución de homologación del concordato.

De este modo, a diferencia de lo expuesto respecto a la variante anterior, una hipotética alteración del acuerdo exigiría la unión de la voluntad del deudor con la de sus acreedores en sentido unívoco. Además, de aceptarse su viabilidad, sería también necesaria una posterior aprobación judicial análoga al

³⁵Esta situación podría darse en el caso de trabajadores en relación de dependencia frente a la quiebra de su empleador.

acto de homologación del acuerdo. Es que no hay alternativa posible si se tiene en cuenta que, como se dijo, el auto homologatorio tiene los efectos de la cosa juzgada; ergo, la única posibilidad de modificar el contenido de las prestaciones allí previstas es por medio de una decisión judicial de iguales características.

(b) Antes de abordar el tópico, es conveniente puntualizar que en toda relación jurídica patrimonial, en tanto se hallen en juego derechos disponibles, la regla general consiste en que las partes son libres para convenir el alcance de sus derechos y obligaciones.

De ahí que en el ámbito contractual impere el principio de prevalencia de la autonomía privada -dentro de ciertos límites impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres- (art. 958 CCyC; art. 19 CN), el cual opera no solo a la hora de celebrar contratos, sino también al determinar su contenido y durante su ejecución.

Por ende, nada impide que las partes de un contrato bilateral de ejecución diferida en el tiempo readecuen sus términos y condiciones de mutuo acuerdo, por las razones que fueran (arts. 956, 961 y cc. CCyC); o que, sencillamente, lo rescindan de cara al futuro (art. 1076 CCyC). Ello no es más que una manifestación empírica del principio de libertad de contratación.

Siguiendo esos lineamientos, frente a la pandemia, las partes de los contratos en curso de ejecución -v. gr., una locación comercial- han podido acudir a esa potestad de readecuar extrajudicialmente sus relaciones jurídicas patrimoniales de forma consensuada, distribuyendo del modo que juzguen conveniente los efectos de la paralización de la actividad económica.

Empero, la situación difiere en el concurso preventivo, pues las relaciones jurídicas patrimoniales del concursado se hallan sometidas a los efectos del proceso judicial universal, cuyas disposiciones propias prevalecen sobre aquellas del derecho común en cuanto fueren incompatibles.

(c) Efectuadas esas apreciaciones, se advierte que existen ciertos inconvenientes teóricos y prácticos para poner en práctica la renegociación del acuerdo, aun en el contexto de emergencia extraordinario.

La estructura del proceso concursal impide retrotraer su curso a la etapa de negociación una vez logradas las mayorías necesarias y homologado el acuerdo, pues a partir de allí solo queda por delante la etapa de cumplimiento. No se trata solo de una preclusión procesal, sino de cosa juzgada material, por cuanto la sentencia homologatoria firme tiene como efecto el nacimiento de nuevas obligaciones en cabeza del concursado, definiendo con carácter irreversible e inmutable el alcance que tendrán los derechos de los acreedores - sin perjuicio de que exista la posibilidad de plantearse la nulidad del acuerdo en los términos de los artículos 60 a 62 de la LCQ- (arts. 55 y 56 LCQ).

Ello podría reputarse de argumento suficiente para descartar la apertura de una renegociación del acuerdo. En esta línea se expresó la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el precedente que hemos citado más arriba³⁶. Expuso el citado tribunal que el extremo de que la sentencia que homologó el acuerdo formulado por la concursada con sus acreedores se encuentre firme y pasada en autoridad de cosa juzgada impide por sí solo examinar la pretensión referida a modificar sus términos o los efectos que proyecta en el universo concursal. Destacó también la Sala que no desconocía la coyuntura y emergencia que se atravesaba -en alusión a la pandemia-, pero que es también ante ese panorama que deben reafirmarse los principios que sustentan la seguridad jurídica, de la cual la inmutabilidad inherente a los fallos firmes es uno de los pilares básicos.

Ahora, si queremos ir más allá de esa respuesta o profundizar sus argumentos, el interrogante que se presenta es en qué medida puede la situación de emergencia extraordinaria influir para revertir un criterio tan sólidamente arraigado en las bases del concurso preventivo y en el valor de la seguridad jurídica, como lo es el sustentado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo apuntado.

(d) Como hemos aludido anteriormente, la normativa concursal se integra con el resto del derecho común, de manera tal que no debe ser aplicada aisladamente, sino en armonía con las demás reglas jurídicas del ordenamiento.

³⁶CNCom. Sala B, 30/06/2020, “Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo”. La Ley online: AR/JUR/21262/2020.

Partiendo de las bases señaladas, y del interés en flexibilizar de cierto modo las reglas ordinarias del trámite del concurso para evitar las nefastas consecuencias de la pandemia, podría pensarse en aplicar al ámbito concursal, por vía analógica, el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, adaptándolo a las características del juicio universal.

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

Ahora bien: debe prevenirse que el acuerdo preventivo no reviste naturaleza contractual, más allá de que pueda compartir ciertas características con los contratos -especialmente en cuanto requiere una unión de ciertas voluntades, asimilable al consentimiento contractual-.

El acuerdo preventivo es un instituto de índole concursal que, a nuestro juicio, no puede considerarse de naturaleza contractual desde el momento en que es pasible de surtir ciertos efectos respecto a terceros ajenos al proceso de formación de la voluntad. Resulta decisiva para arribar a tal conclusión la ponderación del alcance de esos efectos, pues no son menores, ni constituyen únicamente nuevos derechos o beneficios que puedan ser invocados por los terceros involucrados, al estilo de los contratos con estipulación en favor de terceros (art. 1.027 y cc CCyC). Por el contrario, aquellos acreedores concurrentes que no hubieran votado favorablemente la propuesta y queden sometidos imperativamente a los efectos del concordato homologado (art. 56 LCQ), sufren la extinción de sus acreencias preconcursales por efecto de la novación, y de ahí en adelante su crédito pasa a ser determinado por lo

convenido entre el deudor y los acreedores que hayan conformado la mayoría exigida por la ley.

Se ve allí una importante objeción para la aplicación del artículo 1091 al acuerdo preventivo homologado judicialmente: el ámbito de operatividad de esa norma es bien específico y delimitado, pues se ciñe a la órbita contractual; carácter que por sus particularidades no tiene el concordato preventivo. Nótese que el precepto en examen le otorga a la parte afectada por las circunstancias imprevistas la posibilidad de pedir la resolución parcial o total del contrato además de su adecuación (disyuntivamente entre ambas opciones, claro está), variable -la ineficacia sobreviniente por resolución- que deviene claramente incompatible con el concordato preventivo en función de los principios y reglas generales que lo rigen.

Esa diferencia sustancial se enlaza con lo señalado previamente en cuanto al carácter de cosa juzgada que reviste la sentencia homologatoria respecto a las relaciones jurídicas preconcursales entre el concursado y los acreedores alcanzados por la propuesta. En principio, lo aprobado por el juez resulta inmutable, a la par que los derechos que de allí nacen para las partes se incorporan definitivamente a sus patrimonios. Así, si para la apertura de una instancia de revisión o reajuste forzada de los términos de un contrato es necesaria una norma que expresamente lo autorice e identifique las circunstancias que pueden justificarla -como lo es el artículo 1091 del CCyC en materia contractual-, con mayor razón es dable exigir una norma general que de algún modo lo permita cuando se trata de alterar los efectos de un acuerdo con eficacia de cosa juzgada *erga omnes* recaído en el marco de un proceso legalmente estructurado y regido por principios de orden público.

Es cierto que podría postularse, como lo ha hecho destacada jurisprudencia, que la cosa juzgada no es un principio absoluto, sino que cede en casos excepcionales, cuando el ordenamiento, visto en su totalidad, no puede aceptar una solución irracional, ilógica, que choca contra hechos indiscutidos y principios jurídicos mayoritariamente aceptados (arts. 17, 18 y 28 CN)³⁷. Sin

³⁷Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 5/09/2012 “C.M.R. Argentina. c/ Morales Maldonado, Jorge Daniel p/ cobro de pesos”.

embargo, el rechazo de la aplicación en la esfera concursal de un reajuste en los términos del artículo 1091 del Código Civil y Comercial lejos está de resultar un temperamento irracional o contrario a principios jurídicos aceptados; antes bien, se trata de reconocer que aun en contextos excepcionales, existen ciertas bases elementales del orden jurídico, y más concretamente del derecho concursal, que hacen al sostenimiento de la seguridad jurídica y que por ende no pueden ser completamente obviadas.

Por todo ello es que, en el contexto normativo vigente en la actualidad, no luce jurídicamente sostenible la posibilidad de abrir una renegociación del acuerdo preventivo con posterioridad a su homologación, dado que ello implicaría desvirtuar profundamente las bases del sistema sin ningún tipo de apoyo legal, otorgándole al juez potestades exorbitantes de las que carece, en desmedro de principios tales como la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

(e) Asentado el criterio esbozado, debemos mencionar que desde otra concepción analítica más flexible, los operadores podrían ampararse fuertemente en el principio cardinal de la buena fe como pauta rectora en el ejercicio de los derechos (art. 9 CCyC) para fundar jurídicamente la existencia de una suerte de deber implícito en cabeza de los acreedores concursales de, frente a las excepcionales circunstancias derivadas de la pandemia, acceder a negociar un reajuste del acuerdo homologado, suspendiéndose en el interín la obligación del concursado de cumplirlo.

No obstante, debemos remarcar que a nuestro criterio ello implicaría forzar los límites del instituto de la buena fe y sobredimensionar su influencia como pauta orientadora del sistema jurídico. Sin desconocer la trascendencia práctica y la importancia que tiene la buena fe en ese sentido, su aplicación no debe ser llevada al extremo de erigirse en una válvula abierta para imponer cualquier tipo de obligaciones donde el ordenamiento no las prevé.

Sin perjuicio de todo ello, cabe reparar en que la declaración de quiebra por incumplimiento del acuerdo procede a petición de acreedor interesado, de los controladores del acuerdo o frente a la manifestación del propio concursado acerca de la imposibilidad de cumplirlo (art. 62 LCQ). A su vez, una interpretación *a contrario sensu* del tercer párrafo del artículo 56 de la

LCQ -según el cual son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan lo previsto para su categoría en el acuerdo-, lleva a pensar que no cabe descartar la admisibilidad de que algún acreedor renuncie - aunque sea parcialmente- a los derechos o condiciones que emanen del acuerdo homologado, pues en definitiva se trata de derechos patrimoniales disponibles (art. 944 CCyC). Así, puede concluirse en que no hay obstáculo para que el concursado, ante la crisis de la pandemia, convenga extrajudicialmente algún tipo de quita o espera adicional con cada uno de sus acreedores, de suerte tal que el apartamiento de las condiciones originalmente convenidas no resulte en un pedido de declaración de quiebra por incumplimiento del acuerdo.

(f) A fin de agotar las posibilidades de análisis del tema, cuadra advertir que, de admitirse la viabilidad de la renegociación en los términos indicados, se presentarán algunas cuestiones que deben ser adecuadamente resueltas.

En caso de que el juez considere procedente, a partir del pedido del deudor, la apertura de una instancia de renegociación para lograr una modificación del acuerdo homologado, el paso siguiente es establecer cómo habrá de instrumentarse ese procedimiento y dilucidar qué efectos podría tener respecto al curso del proceso y a los plazos fijados para el cumplimiento del acuerdo.

i) En primer lugar, lo más conveniente para la eficacia de las negociaciones sería que se desarrollaran de manera extrajudicial, semejante a lo que ocurre durante el período de exclusividad.

De lo contrario, sería necesario la celebración de una o más audiencias ante el juez, lo cual podría resultar engorroso y de difícil implementación en los concursos con una gran cantidad de acreedores. Y si se optara por procedimientos escritos (v.gr: presentación de una propuesta y sustanciación con los acreedores para que se expidan), el trámite sería sumamente lento e ineficiente.

Además, acudiendo análogamente a las reglas del período de exclusividad puede encontrarse una razonable solución a otra de las cuestiones que el juez debería resolver en este escenario: la duración del período durante

el cual se permitirá al concursado reunir las conformidades necesarias para arribar a un acuerdo orientado a modificar los términos del concordato preventivo. A ese fin, noventa días, prorrogable por otros treinta (art. 43 LCQ), parece un plazo suficientemente apto para el logro de su finalidad, al menos para la generalidad de los casos.

Lo mismo cabe predicar respecto a las formas necesarias para acreditar las conformidades, esto es, por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en el caso de entes públicos nacionales, provinciales o municipales (art. 44 LCQ).

ii) Otras de las cuestiones a determinar son: a) las bases para el cómputo de las mayorías; y b) qué acreedores tendrán derecho a votar en este nuevo acuerdo.

Rápidamente, podríamos pensar que lo lógico es utilizar las mismas bases tenidas en cuenta al votar la primera propuesta, teniendo en cuenta el monto de los créditos oportunamente insinuados por los acreedores. Empero, la respuesta no es tan sencilla si se repara detenidamente en que uno de los principales efectos de la homologación del acuerdo es la novación de las obligaciones. Por tanto, frente a la necesidad de encarar una nueva negociación y de obtener nuevas mayorías, ¿por qué no considerar el capital de las obligaciones novadas, que son las que se intenta readecuar, en lugar del capital originalmente insinuado en el concurso, correspondiente a obligaciones actualmente extinguidas por efecto de la novación?

Acá se ve claramente la inconveniencia de aventurarse por procedimientos con múltiples variables que no tienen regulación alguna en la ley concursal, pues en definitiva quedará a criterio de cada juez definir del modo que considere más justo la base para el cómputo de las mayorías, y el alcance de los votos de cada acreedor.

A fin de mantener la igualdad entre los acreedores y no perjudicar a aquellos que hubieran aceptado quitas mayores que otros (por ejemplo, para cobrar en menor tiempo o cantidad de cuotas), lo más coherente con la finalidad del régimen concursal es reconocer que más allá de los efectos de la novación, si se pretende revisar una propuesta concordataria aprobada en base a ciertos

parámetros, se tengan en cuenta estos mismos en la renegociación, de suerte tal de no distorsionar el proceso en perjuicio de ciertos acreedores.

Siguiendo el hilo de esta cuestión, se presenta el interrogante de qué acreedores estarían habilitados para votar en el nuevo acuerdo. No hay duda en cuanto a que aquellos cuyos créditos fueron declarados verificados en la oportunidad del artículo 36 de la LCQ podrán votar. Lo mismo puede predicarse en relación a quienes se les hubiera declarado admisible su crédito, y lo decidido no haya sido recurrido por incidente de revisión, e incluso respecto a quienes tengan incidente de revisión en contra en trámite, aplicando la regla que emana del artículo 36 de la LCQ. Ahora, ¿qué sucedería con los acreedores titulares de créditos declarados inadmisibles que no votaron la primera propuesta, pero que hubieran obtenido sentencia favorable en un incidente de revisión, reconociéndoles así el carácter de acreedores? No parece de una hermenéutica razonable negarles la posibilidad de votar sí, a la fecha de la apertura del procedimiento, su carácter de acreedores ya se encuentra consolidado, dado que el deudor ya conocería de antemano esa situación y sería consciente de que tendrá que negociar también con él³⁸. De otro lado, tampoco luce conveniente permitir que acreedores que votaron en la primera oportunidad, pero cuyos créditos a la postre fueron rechazados por vía de incidentes de revisión con sentencia firme, puedan ahora votar en una renegociación en la que no tienen ningún tipo de interés.

DECONOMI

³⁸El artículo 36 de la LCQ establece que la resolución que recaiga en la oportunidad de expedirse respecto a los créditos insinuados es definitiva respecto al cómputo de las mayorías, lo cual implica que ninguna influencia tiene en la etapa de votación ordinaria el eventual resultado del incidente de revisión. Esto se explica por la necesidad de cristalizar las bases a considerar en el trámite de las negociaciones, de manera tal que el deudor pueda afrontarlas conociendo exactamente qué mayorías requiere para lograr arribar al acuerdo.

Es prácticamente imposible que antes de abrirse el período de exclusividad un incidente de revisión obtenga una sentencia firme, con lo cual se ve claramente la necesidad de una norma como la del artículo 36 *in fine* de la LCQ, para favorecer la instancia de negociaciones.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo en un caso como el que aquí analizamos, puesto que pueden haber pasado años desde la homologación del acuerdo cuya revisión se pretende, lapso en el cual muchos acreedores pueden haber obtenido sentencia en los incidentes de revisión.

Como se ve, la regulación que la ley concursal brinda al período de exclusividad y al régimen de mayorías para la homologación del acuerdo no se adapta con facilidad a un supuesto como el que aquí analizamos. Muchos de los fundamentos que inspiran aquella no se trasladan fácilmente, porque fueron concebidos en función del desarrollo de un proceso en trámite y con particularidades propias (v. gr.: la rápida transición de la etapa de verificación a la de negociación) que no se dan cuando lo que se persigue es reabrir, posteriormente y sin límite temporal, una renegociación de un acuerdo ya arribado.

iii) Una vez delimitado el universo de acreedores con derecho a participar en el acuerdo y el monto de sus créditos, corresponde establecer el sistema de mayorías en sí mismo.

En este asunto en particular, es del todo razonable aplicar por vía analógica la solución que brinda el ordenamiento concursal durante el trámite regular del concurso preventivo. O sea, la doble mayoría, establecida en dos tercios del capital computable dentro de cada categoría y la mayoría absoluta de acreedores que conformen la base del cálculo, también dentro de cada una de las categorías (art. 45 LCQ).

Primeramente, porque se trata de una pauta que se muestra compatible con el trámite de renegociación, con lo que no se observan obstáculos para su aplicación (arg. art. 2 CCyC). Desde otro ángulo, por cuanto si lo que se busca es la modificación de un acuerdo homologado, se aprecia procedente mantener el régimen previsto para la consumación de aquel, sosteniendo los mismos parámetros para lograr una nueva y eficaz unión de voluntades entre acreedores y el deudor. Y además, porque librar la cuestión a la discrecionalidad del magistrado de la causa generaría cierta inseguridad jurídica, siendo que resultaría del todo indeseable que una cuestión tan trascendente sea decidida de manera diversa dependiendo del juez interviniente.

Cerrando esta arista del análisis, vale destacar que por iguales fundamentos podría el juez acudir al instituto de la imposición del acuerdo (comúnmente denominado *cramdown power*) si se dan los presupuestos y recaudos contenidos en el artículo 52 de la LCQ.

iv) Por otro lado, debe resolverse qué sucederá, durante la sustanciación de la etapa de renegociación, con los vencimientos de los plazos pactados para el cumplimiento del acuerdo homologado.

El juez tendrá que decidir si mantiene los efectos del acuerdo original mientras le brinda la posibilidad al concursado de reunir las conformidades necesarias para modificar sus términos, o si suspende provisoriamente la obligación de cumplir con el pago de las cuotas concordatarias.

Una suspensión como esa podría ser dictada a título cautelar, como manera instrumental de otorgar eficacia a la finalidad que subyace al procedimiento de renegociación del acuerdo. Ello teniendo en cuenta el perfil amplio que ostentan las medidas cautelares en materia de derecho concursal, las que, como regla, pueden ser dictadas por el juez en su carácter de director del proceso incluso de oficio³⁹.

Parecería que lo más coincidente con el propósito del procedimiento es suspender la obligación del concursado de cumplir con el pago de las cuotas que venzan durante la renegociación, ya que en nuestra hipótesis de trabajo éste atraviesa dificultades económicas que complican sus posibilidades de cumplimiento, a la par que justifican una solución tan extraordinaria como excepcional; de lo contrario, podría suceder que en plena etapa de negociaciones se decrete la quiebra del concursado a pedido de algún acreedor (art. 63 LCQ).

Paralelamente, cabe pensar que, si la renegociación va acompañada de una suspensión de los derechos de los acreedores de tal alcance, debe adoptarse un criterio sumamente estricto a la hora de evaluar eventuales pedidos de prórroga del lapso para acreditar las conformidades en el expediente, so riesgo de afectar severamente los derechos de los acreedores - quienes también podrían atravesar dificultades financieras-.

v) Por último, si se adopta esta solución, es conveniente adelantarse al análisis de un eventual fracaso del procedimiento de renegociación; es decir,

³⁹Conf. CNCom. Sala A, 29/05/2018, "Arca Distribuciones S.A. s/ concurso preventivo", entre otros.

al supuesto en que, abierto el procedimiento, el concursado no reúna las mayorías necesarias para modificar los términos del acuerdo homologado.

Evidentemente, el proceso de algún modo debe continuar, por lo que surgen dos opciones posibles: decretar la quiebra del deudor, o mantener los efectos del acuerdo anteriormente homologado.

La falencia no es una salida deseable por múltiples y conocidas razones sobre las que no cabe abundar aquí. Ello así, la opción más adecuada al tipo de proceso es reafirmar la vigencia y validez del acuerdo tal como fue homologado en la oportunidad del artículo 52 de la LCQ.

Además, también se presenta como la variante jurídicamente correcta, toda vez que, en definitiva, y a diferencia de lo que ocurre cuando no se reúnen las mayorías durante el período de exclusividad, aquí ya tenemos un acuerdo homologado que mantiene sus efectos, respecto al cual corresponde transitar la etapa de cumplimiento, independientemente de si se pretendió modificarlo o no. No hay razón válida para privarlo de sus consecuencias naturales por el solo hecho de haber intentado el concursado una -fallida- readecuación de sus términos.

Si se acepta esto último, corresponde tener en cuenta que si se hubiera decidido suspender cautelarmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del concordato que vencían durante el transcurso de las negociaciones, habrá de establecerse un modo de pagarlas. Véase que en tal caso el acuerdo homologado recupera plena vigencia, por lo que el fundamento que inspiraba la suspensión habrá desaparecido.

En esas condiciones, lo ideal sería que el juez fijara un plazo prudencial para permitir al concursado ponerse al día con las obligaciones vencidas pendientes de cumplimiento, compaginando la estructura del proceso con el resultado fallido de un procedimiento atípico que perseguía precisamente refinanciar las deudas concursales. Aunque, claro está, ese plazo será fatal, y si una vez agotado el deudor no cumplió, ya nada podrá impedir la declaración de la quiebra si un acreedor legitimado o el representante del comité de control la solicitara.

Desde luego, nada cabría resolver si no se hubiera admitido cautelarmente la suspensión aludida, puesto que el concursado habrá tenido que pagar puntualmente sus obligaciones, so riesgo de que le pidan la quiebra (art. 63 LCQ).

vi) Finalmente, tal como lo hemos anticipado, en caso de que el procedimiento resultare exitoso y el concursado obtuviera las conformidades necesarias para readecuar los términos del acuerdo, será necesario un pronunciamiento judicial que homologue este nuevo concordato.

La cosa juzgada que emana de la sentencia que homologa el acuerdo solo podría ser válidamente modificada mediante una resolución judicial debidamente fundada, que en estos casos estará ineludiblemente precedida de la reunión de las conformidades que reúnan la mayoría exigible.

Además, considerando los efectos *erga omnes* que produciría -de homologarse- el acuerdo alcanzado en este procedimiento de renegociación, deberá abrirse una etapa de impugnación semejante a la establecida en el artículo 50 de la LCQ, de manera tal que todos los interesados puedan ejercer el contralor pertinente sobre un acto jurídico con potencialidad para afectar seriamente sus intereses.

Para expedirse respecto a la homologación, indudablemente el juez de la causa tendrá las potestades de control del acuerdo que están previstas en el artículo 52 de la ley concursal. Corresponde al magistrado, entonces, no solo un control de carácter formal acerca de la reunión de las mayorías exigibles, sino también el análisis sustancial del contenido del nuevo convenio celebrado entre el deudor y sus acreedores, pues en ningún caso podrá homologar un acuerdo (en este caso, readecuando uno anterior) que resulte abusivo o en fraude a la ley.

Sobre este tópico, deviene plenamente aplicable la profusa jurisprudencia que se ha desarrollado alrededor de las nociones de propuestas abusivas o fraudulentas⁴⁰.

(g) Concluyendo el estudio de esta variable, reafirmamos que resultaría complicado admitir, desde la perspectiva de la fundamentación jurídica, la implementación de una renegociación de los términos de un acuerdo preventivo homologado.

Corroborar esa conclusión el análisis realizado precedentemente acerca de cuestiones que deberían tenerse en consideración en caso de que se imponga un procedimiento de esas características. Es que, por los motivos explicitados, las normas que rigen en el período de exclusividad no son fácilmente trasladables a una renegociación que sucedería en un contexto completamente distinto, en una etapa mucho más avanzada del proceso.

Empero, no cabe descartar que en la práctica judicial se verifique algún caso en el que se admita un procedimiento de renegociación del acuerdo, en cuyo caso seguramente habrán de ponderarse las aristas enunciadas en el apartado anterior.

V. Conclusión.

En el recorrido de este trabajo hemos intentado abordar la problemática objeto de estudio desde un punto de vista jurídico y objetivo, con el propósito de analizar críticamente las posibilidades que brinda el sistema concursal actual para encauzar los procesos concursales en trámite con acuerdo homologado, afectados por la inesperada crisis de la pandemia.

Indudablemente, lo óptimo hubiera sido la sanción de leyes por parte del Congreso que de algún modo impongan pautas de corte general a un problema de semejante envergadura.

Pero ello no quita que los operadores jurídicos, tanto abogados en ejercicio de la profesión como quienes desempeñan la magistratura, busquen la

⁴⁰Entre otros precedentes destacados: CSJN, 15.03.2007 “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”; íd., 20.10.2009, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y ots.”.

DECONOMI

AÑO IV – NÚMERO 14

forma de conciliar los diversos intereses en juego acudiendo a todas las herramientas disponibles y ampliando los horizontes de la interpretación jurídica mediante un método sistemático.

Bajo esta concepción hermenéutica, y con la prevención de que siempre se presentarán dificultades prácticas que deberán ser sorteadas, es posible arribar a una razonable reestructuración de los procesos mediante la postergación del cumplimiento de las obligaciones surgidas del acuerdo homologado, lo cual se presenta como una respuesta jurídica armonizadora de los intereses en juego, y a la vez razonablemente fundada desde una perspectiva jurídica crítica.

El paso del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia dirá si las herramientas referidas serán eficaces para brindar algún tipo de alivio a las empresas concursadas en un contexto tan desfavorable como el presente.



DECONOMI