

DECONOMI

“Renegociación del acuerdo homologado. Una cuarta vía?”

Algunos apuntes para pensar”

por Alfredo Alesio Eguiazu.¹

Palabras Clave: Procesos concursales. Acuerdo homologado. Re negociación. Tercera vía.

Key Words: Bankruptcy procedures. Settlement Agreement. New negotiation. Third way.

Sumario

Ante la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo homologado judicialmente, cabe preguntarse si existe la posibilidad legal de su renegociación en una suerte de “cuarta vía. Se abren otros interrogantes respecto de quienes podrían participar de esa negociación y en qué condiciones, la existencia impedimentos legales, el rol del Juez y los alcances del nuevo acuerdo.

Summary

When de debtor can't afford the Settlement Agreement, we should asked if is legaly possible to be negotiated again in a kind of “fourth way”. There come other questions about who can join that re negotiation and its requests, if there are legal obstacles, the judge roll and the effects of the new agreement.

I. Introducción

Hace apenas unos años estuvimos inmersos en una cuarentena con motivo del COVID 19. Durante aquel tiempo nos llevó como argentinos a estar sometidos a un régimen de encierro (el ASPO – aislamiento sanitario preventivo

¹ Ex Profesor Pro titular por designación de la Universidad Católica Argentina Sede Paraná (Derecho Bancario; Concursos y Quiebras, Títulos Valores (1999-2023) Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral) Juez titular de Primera Instancia en lo Civil y Comercial con competencia Laboral con asiento en la ciudad de Villaguay, Entre Ríos.



DECONOMI

obligatorio) que, como todo en nuestro país, parecería haber ocurrido hace décadas pero sólo han pasado tres años.

Entre los múltiples efectos, este aislamiento, prohibición de circulación libre por las calles, paralización de los factores de producción y demás limitaciones sociales y económicas, constituyeron factores que agudizaron la última crisis por la cual estamos atravesando, sin perjuicio de las opiniones de cada uno sobre los elementos que coadyuvaron a sus causas micro y macro económicas y la esperanza siempre renovada de su pronta salida, en un decenal *deja vu* por el que nos tiene acostumbrada nuestra querida Argentina.

Uno de los elementos positivos que trajo aquel aislamiento, lo constituyó la profusión de foros y conferencias por diversas plataformas virtuales que generaron debates, divulgación e información al alcance de todos aquellos que queríamos interactuar con colegas y maestros, en un salto tecnológico que permitió acceder con un click a información que antes nos llevaba kilómetros y días de viajes y nos acercó en la desesperación por interactuar con alguien fuera de nuestras casas, internet mediante.

Este estancamiento en los factores de producción e intercambio de bienes y servicios tuvo su reflejo en el derecho concursal.

Una de las características que siempre destaco del derecho comercial, es que constituye una de las ramas del derecho que más refleja los vaivenes de la vida económica cotidiana, en tanto es adecuado, no por modernidad, sino como propia de los movimientos del comercio, a diferencia de otras como el derecho civil, mucho más rígida. El derecho comercial camina a la par de la necesidad del giro diario a fin de regular o adaptar instituciones vigentes a la realidad constante en movimiento del intercambio de bienes y servicios.

Volviendo a este rápido análisis de la realidad que vivimos y sufrimos por aquellos cercanos años, esta crisis vaticinaba entre los entendidos y realistas analistas del derecho comercial, una avalancha de presentaciones preventivas y liquidativas, a la espera de una legislación de emergencia concursal que nunca vio la luz parlamentaria a diferencia de la crisis del 2001.

Sin embargo, el comerciante argentino pasó por una suerte de “moratoria social”, como resultado de la desesperanza compartida por la cual los



DECONOMI

factores económicos admitieron que aquella situación nacional superaba cualquier malaventuranza del más avezado comerciante y que procurar el cobro forzado en tal coyuntura no podía llegar a puerto seguro ante la omnicomprensión de las circunstancias. La decisión consensuada fue esperar a que la tormenta pasara ante el carácter excepcional del estancamiento por la que todos estábamos atravesando por aquellos eternos meses de congelamiento transaccional.

II. Los efectos en los procesos concursales

En concreto en el ámbito concursal judicializado, nos encontramos por entonces con procesos concursales en diversas situaciones procesales, algunos en períodos de negociación de acuerdos, otros en etapas de homologación y otros con acuerdos homologados en plazos de cumplimiento.

En cualquiera de estas situaciones, la condiciones que existieron pre cuarentena y su consecuente impacto económico y financiero, cambiaron los presupuestos que llevaron a dichos acuerdos negociales previos a prestar sus conformidades.

Si bien aquella constituyó una situación extrema generalizada, la pandemia encuadraba en el caso fortuito, fuerza mayor o hecho del príncipe, tal como aquellos supuestos de imprevisibilidad que leíamos en los análisis del código de Vélez Sarfield y suponíamos con situaciones de laboratorio, forzando la imaginación y con cierto dejo de escepticismo ante la casi imposibilidad de su acaecimiento en la vida real.

Pasada la excepcionalidad, la emergencia sanitaria y económica global, algunos deudores imposibilitados de cumplir sus obligaciones novadas, han buscado la posibilidad de readecuación o renegociación de la propuesta homologada, en una suerte de nuevo acuerdo para ser homologado, a fin de de revertir una sentencia de quiebra indirecta inminente.

III. La factibilidad legal.



DECONOMI

Homologar es “confirmar el juez ciertos actos y convenios de las partes, para hacerlos más firmes y solemnes”, dice la Real Academia Española: esto es, otorgar plena autoridad a la voluntad expresada por los sujetos privados –deudor y acreedores a través de sus conformidades con los requisitos previsto por el art. 45 de la ley de Concursos y Quiebras, texto ordenado.

PORCELLI explica que "En el proceso concursal el Juez tiene un papel publicístico e inquisitorio preponderante, en desmedro del actuar del deudor y acreedores, mientras que en las cuestiones accesorias, el magistrado conserva su rol decisorio" ²

El actual art. 52, resultado de la reforma de la ley 25.589 le impone al magistrado las pautas homologatorias, no quedando reducidas a un mero control de mayorías, "solo contar porotos" como señalara MAFFIA, sino imponiendo en su cuarto inciso la prohibición de homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, como lo hacía la derogada 19.551, zanjando las discusiones que emergieron del texto original de la ley 24.522.

Analizando el texto de la ley concursal, dicha posibilidad, en sentido estricto, no sería posible, si nos apegamos a la letra de la normativa en una exégesis rígida y conservadora.

Mas si integramos, acariciamos la ley concursal a la luz de los principios generales del derecho y en especial del derecho concursal, la conclusión deviene más flexible.

En un primer análisis, la Constitución Nacional en su artículo 19 nos fija la posibilidad que todo lo que no está prohibido está permitido al decir “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En referencia a dicha norma EKMEKDJIAN comenta que “Las personas están facultadas a hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por una ley. Esto significa que la situación normal del individuo es la de libertad, y que esta libertad sólo puede ser restringida mediante un acto del

² PORCELLI, Luis A. "No homologación. Del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", La Ley 2004–D, p. 853.



DECONOMI

Congreso. El principio atributivo de facultades jurídicas a los particulares es el de la capacidad, esto es, que las personas pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido expresamente, ...”³

No existe una prohibición expresa de la ley concursal que así lo disponga, aunque tampoco una que lo permita.

La concursabilidad como principio interpretativo se ve reflejado a través del desarrollo del proceso y constituye no sólo una tendencia global sino que así es receptado en nuestra práctica tribunalicia como en la misma ley.

Desde el inicio del proceso preventivo se promueve la concursabilidad, así flexibilizando el cumplimiento de los requisitos del artículo 11.

La experiencia judicial ha traído diversas fórmulas frente a la omisión, resultando en diversos criterios según los tribunales revisores en pos de lograr la regularización formal que impone el texto legal y la finalidad del instituto y en definitiva permitir un acceso al saneamiento de la empresa como engranaje económico y fuente de trabajo.

El cumplimiento de los requisitos en la Alzada mientras se expresan agravios y tramita el recurso de apelación, resulta ajustado, sobre todo considerando que el rechazo implicaría para el deudor la inhibición para una nueva presentación por un año de conformidad al art. 31 LCQ, siempre y cuando no emerja un abuso de derecho del deudor conforme las características de cada caso concreto.

Reseña VITOLLO que “La interpretación de los requisitos formales no debe tornarse de tal modo exigente que llegue a conspirar contra el sentido del concursamiento como solución a una crisis extrema y de premiosa respuesta (art. 11 de la LC)”⁴.

El artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, reza “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes

³ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ediciones Depalma, 1994, Tomo 2, p 479.

⁴ CCCom. De Quilmas, sala I, 8-5-2008, “Bautista, Héctor Hugo s/concurso preventivo, JUBA, citado por Vítolo Daniel Roque, en “La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia”, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, T. I, pág. 67.



DECONOMI

análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” en lo que se ha dado conocer como el diálogo de fuentes para interpretar la ley.

Quienes ven la rigidez de la normativa, podrán apegarse al proceso concursal, concebido como “... procedimiento apuntado al fin de cumplir la función jurisdiccional”⁵ al decir del jurista uruguayo COUTURE, al referirse al proceso en general, y decir que los eslabones de la ley de quiebras no dan lugar a una renegociación, sino que el fracaso de un proceso concursal debe apegarse a las consecuencias que prevé dicho régimen y en el caso se deberá declarar la quiebra indirecta, salvo las excepciones previstas (salvataje, etc. según cada supuesto en especial).

Sin ir más lejos, estos son los argumentos que sostuvieron la posibilidad de la llamada tercera vía⁶, más en esta situación bajo estudio no estamos en la excepcionalidad de la tercera vía ni en la misma etapa procesal para su procedencia.

IV. La tercera vía

La siempre elocuente y acertada profesora mendocina Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, en primer voto in rebus: "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 - Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas." expresaba que "el art. 52 de la ley 24.522 no era una isla, sino una norma que respeta la autonomía de la voluntad de los acreedores, pero la integra en un sistema que no tolera la flagrante violación al abuso del derecho ni al fraude; seguía campeando, pues, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público. Consecuentemente, pese a los categóricos términos del derogado art. 52 (No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días), el

5 COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Edit. Roque DePalma, 3ra Ed. (postuma) 1958, pp 8.

6 Denominación acuñada por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída: en autos "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas.", Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, Sala Primera.



DECONOMI

juez podía no homologar si el acuerdo votado contrariaba estos estándares (arts. 21, 953, 1071 del CC y normas concordantes)".

La tercera vía ya no es una posibilidad fustigada por la doctrina y como elaboración pretoriana es aceptada en aquellos casos excepcionales en que la conservación de la empresa, la fuente de trabajo, y de uno de los engranajes del circuito comercial de la comunidad reclaman que el deudor en estado de cesación de pagos complete su propuesta o readecue a los fines de permitir la homologación de las mismas aun cuando haya conseguido las mayorías necesarias pero se encuentre en situación en la que el juez del proceso considera que no debe homologar el mismo en razón de sus facultades y limitaciones fundadas en resguardo del orden público y contra el fraude a la ley.

CASADIO MARTÍNEZ al comentar el fallo de la Cámara nacional Comercia Sala F del 24/4/2012 “Talleres Reunidos Ítalo Argentino S.A. s/concurso preventivo” dijo que “Certeramente señalan los jueces que en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ, si bien reconocen que en la práctica se ha recurrido también a otra solución: la denominada tercera vía. - Expresan como reiteradamente viene haciendo la jurisprudencia, que ésta “vía” consiste en facultar al magistrado a: *i* reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b. del ordenamiento concursal, o *ii* fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad”⁷.

En “Línea Vanguard S.A.” la Sala C de la Cámara Nacional Comercial dijo que “Corresponde frente al rechazo de la homologación de un acuerdo preventivo por considerar abusiva la propuesta efectuada por el deudor instar a que se acuerde a la concursada, sea mediante un nuevo periodo de exclusividad u otro procedimiento, la posibilidad de proponer una reformulación de aquélla a

⁷ Casadio Martinez, Claudio A. “Tercera vía, cramdown, sociedades off shore y trabajadores accionistas”, La Ley del 11/6/12- 2012 C, 499 Cita:TR LALEY AR/DOC/2443/2012.



fin de hacerla compatible con los principios de orden público y finalidades del proceso concursal.⁸

Por su parte el Címero nacional en el voto minoritario en “Arcángel Maggio S.A. s/ Concurso Preventivo 15/3/07 Fallos 330-834 juzgó “.... Por tal razón, de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema. En ese fallo los Dres. Petracchi, Maqueda y Zaffaroni en su voto en disidencia propiciaron la tercera vía haciendo referencia –también- a los fines que persigue el concurso preventivo.⁹

V. Presupuestos necesarios. El acuerdo homologado

Hablamos de la readecuación o modificación de un acuerdo homologado en un proceso de concurso preventivo jurisdiccional.

Frente a un cambio de condiciones que llevaron al deudor a formular propuestas, no ya las de la excepcionalidad del COVID mas, condiciones de mercado ya sea de materias primas, logística, condiciones laborales, o lo que fuera, y que no estuvieron en miras oportunamente, previsibles o no, pueden devenir en la imposibilidad actual o futura de no poder cumplir con dichas obligaciones concordatarias que, según la norma concursal, tiene como consecuencia la declaración de la quiebra indirecta con su consecuente liquidación de la empresa.

En este caso, como en muchos otros, es bueno recurrir a la naturaleza jurídica de dicha institución.

Al hablar de naturaleza jurídica recuerdo por los años 80 los fatídicos programas de las materias de la carrera de grado y sufrir tener que recordar al

⁸ CNCom. Sala C. “Línea Vanguard S.A. S/ Concurso Preventivo” fallo del 4/9/2001, LL 2002 –A 394

⁹ CSJN, Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev. 15/03/2007, LA LEY 2007-C, 38 - Fallos Corte: 330:834..



DECONOMI

naturaleza jurídica de instituciones sin haber recibido en oportunidad alguna de la razón de ello. Es muy sencillo y hubiera sido de provecho haberlo sabido por entonces. Conocer la naturaleza jurídica nos permite conocer la esencia de un instituto, su nacimiento, funcionamiento y tratamiento legal en todas sus etapas y así identificarlo como tal y también en aquellos casos que no resulta tan claro, cuál es la esencia de una situación legal pero que a la luz de identificar su “alma” o naturaleza, permite al juzgador o analista, buscar los elementos distintivos y característicos de cada uno y así resolver los problemas que se pueden presentar en un conflicto jurisdiccional que necesita el dictado de una solución por el magistrado interviniente o un dictamen certero.

Volviendo al acuerdo homologado, el mismo constituye un acuerdo de voluntades.

No podemos decir que es simplemente un contrato. No es un acuerdo entre dos o más partes en la que asumen obligaciones en un equilibrio sinalagmático.

En el acuerdo homologado, por una parte está el deudor, que ha hecho sus propuestas, unificadas o por categorías, y aún diversas en cada una de ellas, y por la otra se encuentran los acreedores que deben prestar su consentimiento.

Tanto el deudor como los acreedores deben cumplir con ciertas formalidades que le establece la norma concursal para que su consentimiento sea válido en los términos del proceso.

Por su parte el deudor sólo puede hacerla durante el período de exclusividad, que comienza con la notificación ministerio legis de la resolución de categorización y finaliza en el plazo perentorio de 90 días, en principio, que fija el juez en dicha resolución. Amén de ello, debe ser presentada en el expediente veinte días antes de la expiración del período de exclusividad so pena de declaración de quiebra indirecta y puede cambiarla hasta la fecha de la audiencia informativa. Éste es el límite temporal.

En cuanto a su contenido, el único valladar que le fija la ley consiste en que las propuestas guarden el tamiz de la razonabilidad y por supuesto no



DECONOMI

pueden soslayar los principios generales del abuso de derecho y fraude a la ley. Estos son los límites en cuanto a su contenido.

El juez no puede expedirse sobre su mérito, conveniencia ni posibilidad de éxito, siendo una facultad reservada a la voluntad negocial, más allá de la hoy en boga inclusión de un plan de empresa, a lo que no me voy a referir en el presente trabajo.

Por parte de los acreedores, sólo pueden manifestar su voluntad negocial aquellos que están en las condiciones que establece la ley. Deben haber sido declarados acreedores verificados o admitidos y no estar entre los sujetos excluidos expresamente por la ley en modo excepcional ya sea por el art. 45 o para el caso de concursos en caso de agrupamiento para los miembros de grupo concursado.

Delimitados quiénes pueden otorgar su consentimiento, se deben seguir las formalidades que establece la ley. Debe ser en modo expreso, con firmas certificadas e individualizando la propuesta concreta en su caso correspondiente a la categoría en la cual ha sido incluido el acreedor y posterior a la última modificación de la propuesta acreditada en el proceso.

Llegado a este punto, la sola adhesión del acreedor no basta, sino que debe llegar a conformar una doble mayoría, absoluta de cantidad de acreedores que representen dos tercios del pasivo verificado o admitido. Recién ahí es que se perfecciona el consentimiento multipartes que establece nuestro régimen concursal y que al ser homologado resulta vinculante no sólo a los acreedores disidentes sino también a todos los de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo aunque no hubieran concurrido al proceso.

Entonces no podemos decir que es simplemente un contrato. Sí podemos decir que es un acuerdo multipartes en la cual deudor y acreedores llegan a una composición de intereses, siguiendo los requisitos que establece la normativa concursal, con sus alcances y límites legales.

Reunidos estos requisitos, el juez podrá homologar el acuerdo a través del dictado de una sentencia, si no fuera abusivo o en fraude a la ley, y recién ahí será oponible a todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo en trámite como fuera señalado.



DECONOMI

Llegados a este punto, entonces este acuerdo tendrá la validez que le otorga la ley concursal.

VI. Su modificación o renegociación. ¿Una cuarta vía?

Ahora, este acuerdo multipartes y formal puede ser modificado? En su caso, por quienes? Y la sentencia homologatoria? No tiene fuerza de cosa juzgada? Y si es cosa juzgada, no debería promoverse una acción de lesividad o revisión de cosa juzgada?

Como mencioné mas arriba, ninguna norma prohíbe expresamente que pueda ser modificado y no estando prohibido expresamente, bien podría estar permitido.

En estos casos siempre es bueno recurrir a los principios generales del derecho y también a aquellos principios y directrices que invisten al derecho concursal, que son los mismos que abrieron la puerta a la tercera vía.

Si lo vemos de esta manera, ésta constituye también otra tercera vía o cuarta si se quiere.

Ante la imposibilidad de cumplimiento en pos de la conservación de la empresa como motor social y como fuente de trabajo, es justificable permitir el uso de herramientas para salvar la empresa tal como es plausible la posibilidad de readecuar la propuesta, vencido el plazo de exclusividad, con el fin de obtener la homologación del juez competente, guardando los requisitos que han perfilado los precedentes jurisprudenciales a los cuales me remito *brevitatis causae*.

Ariel DASSO reflexiona que "... el objetivo del derecho concursal ha mutado: el bien jurídico tutelado, focalizado hasta ayer, y desde dos siglos, en el interés de los acreedores, queda instalado en el derecho concursal de hoy, en el salvataje de la empresa. El concurso tiene ahora por objetivo que la empresa perdure, en tanto y cuanto tenga valores rescatables. Esta organización de capital y trabajo no debe morir"¹⁰.

¹⁰ DASSO, Ariel A. "El Derecho Concursal hoy" Rev. LL, T 2009-B. P. 921..



DECONOMI

Entonces, si es consensuada la viabilidad de la tercera vía sin estar prevista legalmente y teniendo como consecuencia su negativa la declaración de quiebra indirecta en caso de no homologación, ante similar situación, frente a la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo homologado, en lugar de la declaración de la quiebra indirecta, no estando prohibido en ambos supuestos, sería legalmente posible la renegociación del acuerdo homologado a fin de evitar la quiebra del deudor en esta suerte de cuarta vía.

VII. Legitimados

Ahora, quienes podrían renegociar este acuerdo homologado?

Atento a la naturaleza jurídica esbozada líneas más arriba, siendo un acuerdo multipartes, quienes estarían en condiciones de renegociar o modificar este acuerdo sólo podrían ser quienes otorgaron su consentimiento a los fines de obtener las mayorías necesarias para su aprobación en los términos y con los alcances que la ley concursal otorga.

En cuanto a la judicatura, si bien el juez usualmente puede morigerar intereses, instar a readecuar la propuesta, prolongar plazos procesales cuando las circunstancias particulares lo amerite. Cuando realiza acciones de esta naturaleza, lo hace en ejercicio de sus facultades y limitaciones que le otorga la propia ley, esto es en observancia de ausencia de abuso de derecho o fraude a la ley.

Instar de oficio una renegociación del acuerdo homologado estaría interviniendo en la voluntad negocial que llevó a deudor y acreedores a coincidir en sus adhesiones a las propuestas y estaría de tal manera extralimitando sus potestades.

Es decir el Juez no tiene facultades para apreciar la conveniencia del acuerdo siempre dentro de sus facultades homologatorias y proponer una modificación post homologación no encuadra en sus límites legales, so pena de arbitrariedad.

El juez no ha sido parte en la negociación, sino que con su actuar homologó ese acuerdo otorgándole los efectos legales.



DECONOMI

Entonces, a instancias de quién se puede renegociar?

Bien podrían hacerlo tanto el deudor como los acreedores. Resultaría extraño que fueran los acreedores quienes pidieran una renegociación.

En primer lugar, no porque el acuerdo les pudiera ser perjudicial, sino porque de serlo, el deudor raramente mejoraría en su perjuicio las prestaciones asumidas. También en busca de evitar que su deudor novado cayera en quiebra indirecta y en lugar de la propuesta aceptada recibiera su pago en moneda de quiebra, perjudicándose sus intereses directos.

Si hubieran cambiado las condiciones y quisieran una readecuación del acuerdo, bien podrían interesarlo, necesitarían el acuerdo del deudor para mejorarlo. En este caso resulta poco probable que el deudor convalidara un cambio en el acuerdo novatorio en beneficio de los acreedores y en consecuente perjuicio de sus intereses.

Si los acreedores percibieran el incumplimiento inminente o efectivo del deudor, la posibilidad de concursamiento está circunscripto en nuestro régimen legal al deudor, quien debe tener la voluntad de hacerlo y no puede ser suplido.

Sin embargo parece más probable que sea el deudor el que interese una renegociación del acuerdo en su beneficio frente a la imposibilidad o probabilidad de no cumplimiento.

Es sencillo obtener su voluntad y exteriorizarlo en forma válida, en tanto estemos frente a un deudor, ya sea persona humana o persona jurídica o siendo un sujeto colectivo en caso de concurso en agrupamiento.

Respecto de los acreedores, si bien es muy probable que la adhesión a las propuestas no hubiera sido unánime, sino que bastó la doble mayoría, absoluta de acreedores que representaron las dos terceras partes de pasivo computable, a los fines del voto de la readecuación, serían necesarias las mismas mayorías que lo fueron para la homologación, no debiendo ser los mismo acreedores sino que serían necesarias las conformidades que sumen el doble cómputo con las mismas particularidades que lo fueron para el acuerdo homologado hoy en crisis.



DECONOMI

En este caso se debería circunscribir al pasivo computable y no nuevos acreedores post concursales, ya que de ser así estaríamos alterando el universo patrimonial y no estaríamos en una renegociación sino en un nuevo concurso preventivo y eso desvirtúa el instituto bajo análisis.

VIII. Facultades del juez

Otro interrogante es si el juez tiene facultades para apartarse de esta manera de la letra de la ley en el sentido propuesto o si queremos darle esta interpretación tendiente a mantener vivo el patrimonio de la concursada.

Adelanto mi opinión afirmativa.

El juez como director del proceso tiene facultades ordenatorias, sin llegar a analizar las homologatorias, la cual excede el presente trabajo, sí lo constituye las primeras.

MAFFIA comenta que “Cuando la ley de concursos habla de 'facultades' del juez, ello no puede entenderse como actos que el juez puede tanto realizar como omitir (lo cual sería la cabal definición de una facultad en el campo de la lógica deóntica). El juez debe, por ejemplo, pronunciar sentencia, y a tal punto se trata de un deber, que si lo omite hasta el Código Penal se acuerda de él. Mal podríamos, por tanto, juzgarlo una facultad.”¹¹

La LCQ otorga facultades-deberes al magistrado atinentes a la marcha del proceso, de carácter ordenatorio en cuanto al matiz inquisitorio referido a su impulso y desarrollo, para de alguna manera corresponde distinguirlas de las facultades decisorias sobre la materia de fondo que hacen a la suerte del fin conservatorio o liquidatorio de la empresa.

Estas facultades ordenatorias, las dicta a fin de salvaguardar el impulso procesal.

En este marco, la ley le permite adecuar los pasos de conformidad a la práctica forense.

¹¹ Maffia, Osvaldo J.”Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes' Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 200, 668 Fecha: 23-01-2003 Cita Digital: ED-DCCLXIV-808



DECONOMI

COUTURE decía que “La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca la duda interpretativa. Ese texto no es, normalmente, otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal. Interpretar el texto es, pues, determinar la medida de vigencia del principio frente a cada caso particular. ... Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley. ... Pero como a su vez, el derecho procesal no es un reino independiente del derecho y las leyes procesales son tan leyes como las leyes no procesales, todo acto de interpretación jurídica constituye una operación de inserción del texto interpretado en el inmenso ámbito del derecho. La obra del intérprete se caracteriza, pues, por esta unidad de visión del enorme campo al cual el texto interpretado pertenece.”¹²

El artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, reza “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Como sostienen GARAGUSO y MORIONDO, se pueden diferenciar tres aspectos particulares del proceso, 1) Uno de ellos empírico (“la coordinación de los actos”), 2) otro funcional (“conjunto de actos que se realiza ante el órgano de jurisdicción”) y 3) un tercero teleológico (“la sentencia que resuelve la litis”). Mas allá de las divergencias que la doctrina ha apuntado sobre el proceso común y el concursal, cabe señalar que “... tanto el proceso concursal como el proceso común son “procesos en sentido estricto”¹³.

El procedimiento falencial es principalmente inquisitivo y limitadamente dispositivo.

¹² COUTURE, Eduardo J. “Estudios De Derecho Procesal Civil” Ediar Soc Anon, Editores 1948 tomo 3 pp 63-64

¹³ GARAGUSO, Horacio Pablo; MORIONDO, Alberto Angel “El proceso concursal: el concurso como proceso”, Editorial AD HOC, tomo 1 1999, pp 39.



DECONOMI

La instancia del proceso principal resulta en cabeza del órgano jurisdiccional y no librado a la voluntad de las partes, pudiendo catalogarse como primordialmente inquisitivo o inquisitorio, sin llegar al mismo tenor que el proceso penal.

La Ley de Concursos y Quiebras es ley de orden público, no solamente porque así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional¹⁴ lo cual obsta a que las partes puedan apartarse del procedimiento o dejarse de lado por acuerdo de partes, siendo ajenas a la disposición de los litigantes.

De acuerdo a las previsiones del art. 274 LCQ, el impulso del proceso se encuentra en cabeza del juez que entiende en el universal, de oficio sin instancia de interesados, debiendo dictar todas las medidas necesarias para su prosecución hasta su finalización, de conformidad a los plazos que dicta la propia ley.

En consecuencia, el juzgador no sólo puede sino que debe llevar el proceso estrictamente apegado a las disposiciones de la ley específica y sustituyendo la actitud dispositiva por la inquisitiva¹⁵, cuando ello permita arribar a la mejor solución para el interés del concurso.

No resulta pues que toda la ley sea de orden público, sino aquellas normas que tienden a garantizar su eficacia y en resguardo del interés general que protege por sobre la autonomía de la voluntad individual.

Cuando en el año 2002 se dictó la ley de emergencia 25.563, el legislador expresamente consignó en su letra el carácter de orden público en razón de la crisis financiera y económica nacional a los fines de remarcar las restricciones que imponía respecto a ejecuciones y nuevos pedidos de quiebra, suspensión y extensión de plazos en procura de mitigar los efectos mencionados¹⁶.

¹⁴ C.S.J.N., “Piñero, Marcelo F. c. Tomar S.A. y otros”, L.L. 1998-B-54 – D.J. 1998-11055; “Collón Curá S.A. s/quiebra s/incidente de revisión por el Banco de Hurlingham S.A.”, L.L. 2003-C-732

¹⁵ CApel.Civ.Com. y Lab. Venado Tuerto, “Banco Integrado Departamental s/quiebra”, LLLitoral 1998-2-476

¹⁶ Ley 25.563 fijó: Ampliación de los plazos del período de exclusividad (art. 2), prórroga del vencimiento del plazo del período de exclusividad en los concursos en trámite (art. 8), suspensión por el término de 180 días de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, inclusive las de garantías reales (art. 9) suspensión de los pedidos de quiebra por el término de 180 días (art. 11).



DECONOMI

Explica CAMARA que “Las amplísimas atribuciones del tribunal en la dirección y administración del procedimiento están plasmadas en múltiples textos” citando verbigracia normas de la ley 19951 y agrega “Como coronación, el art. 279, ordena que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resultan necesarias....” y que “Todas las normas tienen carácter *cogente*, siendo estructurado el proceso concursal sobre el principio de la inderogabilidad de sus disposiciones”¹⁷.

No podemos concebir a esta rama como incluida dentro del derecho procesal, porque el Derecho Concursal, no es sólo eso, sino que es un mix de proceso y derecho de fondo.

MAFFIA comenta que “Cuando la ley de concursos habla de 'facultades' del juez, ello no puede entenderse como actos que el juez puede tanto realizar como omitir (lo cual sería la cabal definición de una facultad en el campo de la lógica deóntica). El juez debe, por ejemplo, pronunciar sentencia, y a tal punto se trata de un deber, que si lo omite hasta el Código Penal se acuerda de él. Mal podríamos, por tanto, juzgarlo una facultad.”¹⁸

La LCQ otorga facultades-deberes al magistrado atinentes a la marcha del proceso, de carácter ordenatorio en cuanto al matiz inquisitorio referido a su impulso y desarrollo, para de alguna manera corresponde distinguir las de las facultades decisorias sobre la materia de fondo que hacen a la suerte del fin conservatorio o liquidatorio de la empresa.

Estas facultades ordenatorias, las dicta a fin de salvaguardar el impulso procesal.

Señala PRONO¹⁹ que “No obstante y sin desconocer la existencia y razonabilidad de la norma legal que analizamos pues se funda en el principio de celeridad concursal que tiene su razón de ser en el presupuesto de un patrimonio insolvente o en grave crisis y que exige por ello rapidez en los trámites

¹⁷ CAMARA Op. Cit. Pp 101.

¹⁸ Maffia, Osvaldo J.”Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes' Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 200, 668 Fecha: 23-01-2003 Cita Digital: ED-DCCLXIV-808

¹⁹ PRONO, Ricardo Severo Edgar, “Derecho procesal Concursal” Thomsom Reuters La Ley, 1° Ed. pp 535.



DECONOMI

procesales, la propia norma admite la excepción a la regla que enuncia al decir que la responsabilidad y eventual sanción del juez estriban en la injustificada prolongación del trámite”.

Y agrega mi maestro santanfesino “..., que los plazos concursales sean perentorios no significa que además sean improrrogables, es decir que no puedan ser extendidos. La perentoriedad expresa solamente la pérdida del derecho que se ha dejado de usar por fenecimiento del plazo, sin necesidad de declaración judicial ni petición de parte”.

Concluye su razonamiento diciendo que “De modo que el propio legislador ha previsto, argumento *a contrariis*, que el juez puede prolongar o prorrogar el procedimiento justificadamente”.

De tal manera el juez, si el deudor no acompañó con su petición las conformidades necesarias de los acreedores, podrá, previa vista a la Sindicatura, abrir un período breve y excepcional, como en la tercera vía, para acreditar, las conformidades necesarias para su nueva homologación, manteniendo las mismas categorías de acreedores, como asimismo, disponer medidas cautelares tendientes a mantener el *statu quo ante*, mientras dure este breve período, que en caso de no alcanzarse, implicará el incumplimiento del acuerdo homologado y devendrá, salvo supuestos del art. 48, en la declaración de quiebra indirecta.

IX. La sentencia homologatoria del concurso renegociado

Si ya tenemos que el deudor, ante la imposibilidad de actual o futura de cumplir con las obligaciones novadas por el acuerdo homologado, propone su renegociación y obtiene la conformidad de los acreedores, en los mismos requisitos que lo fueron antes, se va a encontrar con otro valladar: la sentencia homologatoria.

Esta sentencia puede ser dejada sin efecto? En su caso, puede serlo por el mismo juez que la dictó o debe ser la Alzada quien revoque dicha sentencia dictada por un juez de primera instancia?

En derecho de quiebras tenemos un supuesto en el cual el juez que dictó una sentencia, la deja sin efecto otra diametralmente opuesta.



DECONOMI

Es el caso de la conversión de la quiebra. El juez, frente al pedido del deudor, reuniendo los requisitos previstos para solicitar su concurso preventivo, puede dictar una nueva sentencia dejando sin efecto la sentencia falencial dictada por él mismo y disponer la apertura del concurso preventivo por una posterior del mismo tenor y efecto.

La sentencia de quiebra, una vez firme, adquiere fuerza de cosa juzgada y puede ser dejada sin efecto por el mismo magistrado que la dictó, ya sea por abrir la instancia concursal vía conversión de la quiebra, todo ello sin recurrir a la Alzada a través de recurso alguno, como serían los medios procesales ordinarios de derecho común para ello.

También puede ser dejada sin efecto por el mismo magistrado que la dictó en caso de hacer lugar al recurso de reposición contra la misma, ya sea con o sin sustanciación, o cuando recepta el pedido de nulidad o impugnación del acuerdo siguiendo el proceso adjetivo previsto.

Es más, siguiendo el minucioso análisis del profesor MAFFIA, aun después de la conclusión del concurso, el juez continúa con un gran número de funciones jurisdiccionales respecto del mismo proceso inconcluso²⁰ por lo cual la resolución que dicta la conclusión si bien tiene autoridad de cosa juzgada permite una permeabilidad de actos procesales previstos por la ley en cabeza del juzgador sin perder la *juris dictio*.

Volviendo a los principios generales, dicha posibilidad no está prohibida, aunque es cierto no está expresamente prevista. En consecuencia, no estando en crisis el abuso del derecho o fraude a la ley, no existiría impedimento alguno para ello.

En este estado, consideramos que es posible jurídicamente la renegociación, que el deudor la insta y obtiene las conformidades de sus acreedores, es decir que puede renegociar. Si no se dan las conformidades no puede cambiar unilateralmente la voluntad negocial de los acreedores sin su consentimiento mayoritario y todo ello previa aprobación por el juez del concurso.

²⁰ Maffía, Osvaldo J. "Conclusión (inconclusa) del concurso" LA LEY1997-B, 1424 Cita: TR LALEY AR/DOC/16149/2001



DECONOMI

Pero, en caso de no alcanzar tales mayorías, cabe preguntarnos si podría recurrir el juez a la homologación forzada del art. 52 inc. b LCQ en esta nueva oportunidad.

Podría hacerlo en el supuesto de cumplimiento de las condiciones que indica dicha norma, es decir si se dieron los requisitos en esta nueva “votación” o reunión de conformidades, o sea que se hubiera aprobado al menos en una de las categorías de quirografarios, conformidad de tres cuartas partes de pasivo quirografario compatible, no discriminación de disidentes, que el pago no fuera menor al de moneda de quiebra y la limitación del abuso de derecho y fraude a la ley.

X. A modo de conclusiones.

Recordemos que el presente análisis excede el que fuera hecho en época de post pandemia, en que el incumplimiento del deudor tuvo por causa la situación excepcionalísima y generalizada provocada por el ASPO, la pandemia, la crisis macro económica, recurriendo a las instituciones de la normativa contractual general como la imprevisión del art 1011 y 1091 del CCCN.

En este esbozo se analiza la posibilidad que, aunadas las voluntades de deudor y acreedores mayoritarios, sea factible reemplazar el acuerdo homologado por uno posterior, con la finalidad de la conservación de la empresa como factor económico y fuente de trabajo.

Otras legislaciones comparadas lo prevén, variando sus requisitos y circunstancias, mientras que la nuestra guarda silencio a la espera de reformas que tardan en llegar.

De *lege lata*, en tanto y en cuanto no se den situaciones de abuso de derecho o fraude a la ley, la renegociación es posible, en tanto deudor y acreedores presten sus conformidades en los términos que fije el juez.

Tal supuesto no es contrario a la letra, espíritu y principios de nuestra legislación concursal en una suerte de “cuarta vía”.



DECONOMI

