

La doctrina de los vicios de la voluntad como causal de impugnación del concordato*

Sebastián Alberto Sirimarco

Introducción [\[arriba\]](#)

El presente estudio tiene el objeto limitado de aportar algunas ideas, con relación a la aplicación de la doctrina de los vicios de la voluntad, como causal de impugnación del acuerdo concursal.

A tal efecto, principiaremos con el intento de precisar la figura del concordato, analizando su naturaleza jurídica y procurando determinar su concepto.

Siguiendo esa línea de investigación, buscaremos profundizar su praxis y proceso de conformación, con el propósito de desagregar y estudiar más detalladamente los elementos que lo integran.

Sentado ello, nos abocaremos a una breve consideración sobre la doctrina de los vicios de la voluntad y la relevancia que el componente volitivo que tutela dicha teoría, posee en el acuerdo concursal.

Finalmente, luego de una sucinta referencia a los remedios procesales específicos previstos en el régimen concursal para cuestionar el concordato, evaluaremos si es posible valerse de la precitada doctrina a ese mismo designio.

Con esta meta, buscaremos el apoyo normativo, jurisprudencial y doctrinario propio de la materia concursal, así como de otras ramas del derecho público y privado, que consideramos conducentes a una probable respuesta a la encuesta planteada¹.

El concordato

I. Concepto [\[arriba\]](#)

1.1. Introito.

La Ley de Concursos² no nos aporta una definición del concordato, no obstante lo cual, profusa doctrina se ha pronunciado a su respecto con variada orientación según el juicio formado acerca de su naturaleza jurídica o bien remitiéndose a una descripción práctica en torno a la aplicación efectiva de los preceptos legales que reglan su conformación y efectos.

Armengol, al estudiar el alcance de la palabra “concordato”, hizo referencia al convenio suscripto entre la Santa Sede sobre puntos de disciplina eclesiástica, mencionando que su uso también se ha extendido, dentro del orden de las convenciones, a las que persiguen el acuerdo entre deudor y acreedores, para facilitar la extinción de obligaciones preexistentes³.

Nuestro Código de Comercio de 1859-62, en su artículo 1614 lo definió como “una convención entre el fallido y sus acreedores, por la cual se conceden al deudor, espera para el pago, o alguna remisión o quita en el importe de sus créditos”⁴.

Tal como enseña Quintana Ferreyra, hasta el dictado de la Ley N° 19.5515, el vocablo “concordato” fue la nomenclatura técnica utilizada para el instituto bajo análisis, siendo reemplazada por la de “acuerdo” en virtud de lo establecido en dicho cuerpo normativo⁶.

No obstante lo cual, el término “concordato” continúa siendo utilizado por la doctrina⁷, la jurisprudencia⁸ y la normativa vigente⁹, por lo que podemos afirmar que hoy en día dicha voz es sinónimo de “acuerdo”¹⁰, aunque a los fines de este trabajo, preferiremos utilizar las expresiones “concordato” y “acuerdo concursal”¹¹.

Cabe precisar también que, hasta la modificación del régimen concursal dispuesta por la Ley N° 24.522, encontrábamos dos tipos de concordato, el “preventivo”, por ser anterior a la quiebra y el “resolutorio” que, tras decretada la quiebra del deudor, permitía resolver esa situación¹².

En el régimen vigente, subsiste solamente la primera clase, no obstante la facultad del fallido de solicitar la conversión de su quiebra en concurso preventivo, de conformidad a lo normado por el artículo 90 LC.

Sentado lo expuesto, podemos decir, como aproximación al concepto, que el acuerdo concursal se presenta como la institución jurídica que permite dar solución al estado de impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones exigibles, evitando la declaración de su quiebra y el consecuente proceso de ejecución colectiva universal al que ésta da a lugar¹³.

Así, se verifica que cuando un sujeto concursable tiene que cesar en sus pagos por verse impedido de hacer frente a sus obligaciones, puede prevenir la declaración de quiebra solicitando al juez competente la convocatoria de sus acreedores, para notificarlos de su situación y proponerles un arreglo respecto a los porcentajes y plazos de pago¹⁴.

1.2. Doctrina Extranjera.

Dentro de la doctrina foránea y asumiendo una perspectiva que le confiere netamente una naturaleza jurídica de derecho procesal, por sobre la de derecho material, Schültze ha definido al concordato estrictamente como una sentencia que pone fin al proceso concursal, de conformidad a lo términos allí fijados¹⁵.

Por su parte, Rocco lo califica de contrato celebrado entre deudor y acreedores comunes, mediante el cual se hace cesar el estado de falencia del primero. Agrega también que es el instituto jurídico consistente en una liquidación privada y amigable de la liquidación judicial de la quiebra, a fin de suspender el procedimiento iniciado o evitar su apertura¹⁶.

Bonelli critica al precitado autor por cuanto estima que el fin del concordato es justamente evitar la liquidación.

Consecuentemente, define al concordato como cualquier acuerdo arribado entre un deudor insolvente y sus acreedores, acerca de sus relaciones de débito y crédito, con la finalidad de sortear la quiebra o hacerla cesar si hubiera sido declarada¹⁷.

Domínguez del Río expresa al respecto, que la suspensión de pagos es la oferta del convenio preventivo, formulada por un comerciante atrasado o en inminente atraso, a sus acreedores, para que, a través de recursos subjetivos y objetivos, pueda rescatar la empresa de la postración económica evidenciada por la interrupción de pagos¹⁸.

Alphonse Ryssen considera que el concordato es un tratado entre el deudor desgraciado y de buena fe con sus acreedores, representados por una mayoría bajo control, que con la homologación judicial faculta al deudor a suspender el pago de sus deudas a fin de prevenir la quiebra¹⁹.

Renzo Provinciali lo define como una excepción a la quiebra, otorgada en miras de un fin público, más que en el interés del propio deudor. Así expresa que, mientras que la quiebra es una medida extrema que acaba con la empresa, el concordato presupone una dificultad pasajera y subsanable, con el objeto de sanearla hasta conducirla al normal funcionamiento, eludiendo la ejecución colectiva, sin olvidar la satisfacción de los acreedores en orden a las posibilidades y sin la implicancia de sacrificios estériles²⁰.

Bonnecarre y Lacoste sintetizan el concepto del concordato en un arreglo entre el deudor y sus acreedores²¹.

En este sentido, Satta lo enseña como el acuerdo dado entre el deudor y sus acreedores, mediante el cual éstos aceptan el ofrecimiento del primero, destinado a concluir el procedimiento concursal, a través de un arreglo de sus relaciones consistente por lo general en la oferta de pago parcial de cada uno de los créditos²².

1.3. Doctrina nacional.

En el ámbito nacional, según indica Segovia, el concordato es un convenio de forma escrita y homologada, cercana a la transacción o a un modo de liquidación, resuelto por una mayoría establecida, que la minoría no ha consentido y debe aceptar conminatoriamente²³.

Armengol lo considera la institución jurídica a través de la cual la ley, tutelando el interés de la mayoría y en defensa de la suma de intereses comprometidos, torna obligatoria la decisión adoptada por ese mayor número, para todos los quirografarios, a fin de evitar la declaración de quiebra o procurar el cese de sus efectos²⁴.

Argeri precisa al concordato como un acto jurídico procesal, donde si bien el juez carece de facultades para modificarlo, debe conferirle aprobación judicial para tornarlo en un acuerdo procesal válido²⁵.

Williams, dice que es un contrato entre deudor y la masa de acreedores con el objeto de poner fin a la insolvencia y que requiere, para producir efectos jurídicos, de la homologación judicial²⁶.

En ese orden de ideas, Cámara fundamenta que se trata de un convenio entre deudor y la colectividad organizada de los acreedores, por el cual se sistematizan sus relaciones creditorias y extingue el estado de cesación de pagos, pero requiere de la sanción judicial para adquirir eficacia²⁷.

En su opinión, Quintana Ferreyra, siguiendo la línea de Yadarola, explica que el acuerdo concursal es el contrato solemne celebrado entre el deudor y la comunidad organizada de sus acreedores, con el objeto de sistematizar las relaciones jurídicas existentes entre ellos y evitar la declaración de la quiebra, donde la homologación judicial constituye uno de los elementos ad solemnitatem del contrato²⁸.

Desde otra perspectiva, Maffía lo conceptúa como un tipo negocial, expresado en un arreglo alcanzado en un proceso concursal, con intervención de acreedores y deudor, para superar la situación de insolvencia o de crisis²⁹.

Por su parte, expresa Kleidermacher que la solución concordataria implica la clausura del proceso falencial de manera distinta a la institucional del proceso mismo, ya que no se satisface proporcionalmente a los acreedores verificados, sino por acuerdo de partes homologado por el tribunal y destinado a desarrollar una eficacia satisfactoria en un tiempo sucesivo a la clausura. En esa inteligencia, define al concordato como un acuerdo compuesto, dirigido a concluir en forma pactada el proceso, con la garantía de un marco procesal y de la participación categórica de los órganos del proceso de quiebra³⁰.

Rouillon considera al concordato como un acto jurídico complejo, integrado por dos voluntades: la expresada por los acreedores a la propuesta del concursado, conforme a una mayoría legal, y la del órgano jurisdiccional que presta su homologación a dicho acuerdo de partes³¹.

Con este breve panorama conceptual, resulta menester adentrarnos en el estudio de la naturaleza jurídica del instituto de marras, a fin de intentar comprender el porqué de tan variadas perspectivas sobre un mismo material empírico bajo análisis.

II. Naturaleza jurídica [\[arriba\]](#)

Respetable doctrina ha renunciado a desarrollar el tema en el entendimiento de que se trata de una cuestión abstracta y no real, que produce la consecuencia de perturbar más que ilustrar. ³²

En este sentido, Carrió es contundente al afirmar:

“las afanosas pesquisas de los juristas, por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso, entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe.

Los juristas persiguen este imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que caen bajo un determinado conjunto de reglas y aspiran a hallar un último criterio que valga para todos los casos”³³.

Ante ello, podemos traer a colación el pensamiento de Belfer en el que sustenta su afán por encontrar la naturaleza jurídica del concordato:

“Yo creo que, en realidad, ninguna institución jurídica puede conocerse sin entender su naturaleza; y que, el derecho cuando no se basa inmediatamente en la naturaleza íntima de sus institutos, es sólo una colección de casos, es una recopilación, es un museo, pero no una ciencia, ni un sistema.

Los que profesan el derecho y no conocen las inquietudes del que quiere conocer en cada caso la naturaleza de las instituciones, me parece que son como los músicos, capaces de tocar de oído, lo que ya han escuchado, repitiéndolo según su memoria o habilidad...

En cambio el que conoce los fundamentos de la institución, es como el que conoce la teoría de la música, y que puede ejecutar cualquier pieza aunque no la haya oído nunca...

Alfabeto, notas, números, instrumento y clave maravillosa, sería para el manejo de la ley de quiebras, para sus reformas precisas y oportunas, para su interpretación completa y nítida, una hipótesis de la naturaleza jurídica del concordato”.³⁴

Maffía señala que hay en el hombre una idea profunda y primitiva que considera que para apropiarse o dominar algo, es necesario ponerle nombre. Así, ejemplifica que lo que más atemoriza a un enfermo, es no conocer su padecimiento y que, cuando se le informa su mal, la sensación de estar frente a algo conocido, “le devuelve el alma al cuerpo”³⁵.

Quién sabe, tal vez en la satisfacción de esa inquietud humana es que podemos encuadrar la esmerada indagación de la naturaleza jurídica del concordato.

Sentado lo expuesto, la inveterada doctrina que se aboca a tratar la cuestión es conteste en señalar que, en esencia, las diversas opiniones se entroncan en tres grandes teorías que intentan explicar la naturaleza del acuerdo preventivo, a saber: contractuales, procesales y de la obligación legal³⁶.

Otros autores agregan también una cuarta categoría calificada como teorías mixtas, por combinar nociones de las dos primeras³⁷.

Por una cuestión de orden y claridad expositiva, adoptaremos la clasificación tripartita clásica, asumiendo que, al referirnos a las teorías contractuales, estaremos tratando aquellas tesis que intentan postular puramente que el concordato es un contrato; mientras que al desarrollar las teorías procesales, encontraremos también las posiciones mixtas a las que se ha hecho referencia precedentemente, por cuanto consideramos que quedan subsumidas sustancialmente en dicho grupo que las comprende.

No obstante ello, agregaremos al desarrollo algunas posiciones personales de ciertos autores especializados en la materia que, por su importancia y entidad de sus fundamentos, en nuestra opinión merecen párrafo aparte.

II.1. Teorías contractuales

Tal como expresa su denominación, las doctrinas que aquí se inscriben afirman que el concordato es un contrato³⁸.

La disquisición en la que se desarrolla el debate doctrinario hizo reflexionar a Percerou si en la esencia el concordato es un contrato o un proceso judicial, para concluir que en lo sustancial es un contrato, pero de un género especial con la masa de acreedores³⁹.

En esta inteligencia, tal como hemos referenciado precedentemente Quintana Ferreyra pone de resalto que la ley ha reemplazado el término concordato por el de acuerdo, destacando de ese modo la reunión de voluntades entre deudor y sus acreedores, conteste con la noción del concurso como fenómeno de derecho sustancial y no simplemente procesal, de conformidad con lo reglado por el artículo 1137 del Código Civil⁴⁰.

Kleidermacher ubica a este instituto jurídico en el elemental esquema de un acuerdo entre deudor y acreedores, dirigido a sustituir la ejecución, con un comportamiento privatista y extraprocesal de las partes, todo ello consentido por la disponibilidad de los derechos patrimoniales en juego⁴¹.

Asimismo Rocco afirma: “El concordato, es un contrato.

Lo prueba su origen, su evolución histórica...

Siendo sus elementos constitutivos la oferta y su aceptación, el concordato existe cuando la oferta del deudor es aceptada, por lo que no cabe la revocación frente a esa coincidencia de voluntades. Tal irrevocabilidad prueba que se trata de un contrato. Por otra parte, y ello es propio de la materia contractual, los acreedores gozan del derecho de exigir su resolución en supuesto de incumplimiento”⁴².

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha señalado:

“El acuerdo preventivo constituye un contrato sinalagmático, sujeto a rescisión para el caso de incumplimiento.

Los acreedores han prestado su consentimiento frente al remedio propuesto por el concursado, por lo que, ante la falta de cumplimiento, poseen la acción rescisoria, recuperando los derechos que han renunciado como consecuencia de la celebración del concordato”⁴³.

Al abordar el tema, Maffía describe el iter formativo del concordato destacando la oferta del deudor, que no puede pagar todo lo que debe y solicita una espera o quita, y el rol de los acreedores, quienes analizan la propuesta y se pronuncian a su respecto aceptando o rechazándola⁴⁴.

Ello así, en lo que exhibe de contractual la figura en análisis, hallamos oferta, aceptación y composición de intereses, con lo que cabe colegir que el sinalagma genético del concordato no podría ser más evidente⁴⁵.

Siguiendo esa tesis, Junyent Bas afirma que la relación contractual surge clara y, la necesaria aceptación de cada acreedor, deviene imprescindible⁴⁶.

En esta línea de pensamiento se enrola Vaiser al referir que la figura encuadraría acabadamente en la previsión legal del artículo 1137 del Código Civil, en cuanto expresa: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”⁴⁷.

Por su parte, Richard rechaza la idea de asimilar el concordato al contrato, si ello implica que las aceptaciones al ofrecimiento del concursado, deban obtenerse mediante negociaciones particulares del deudor con cada uno de los acreedores, ya que esto conculcaría la igualdad que se manifiesta a través de la formulación pública de la propuesta⁴⁸.

Agrega también que dicha noción resulta inaplicable a la cuestión, en atención al efecto relativo que cabe asignarle a los contratos, de conformidad con lo normado por los artículos 1195, 1199 y concordantes del Código Civil.

Sentado ello, se inclina a favor de emparentar la figura del concordato con la del acuerdo, entendido éste como la coincidencia en la declaración de voluntades, con relación a un mismo objeto, que se verifica por la expresión mayoritaria de los sujetos legitimados a manifestarse y resulta creadora de normas jurídicas generales que pueden afectar a terceros⁴⁹.

En tal virtud, cabe determinar cómo se perfecciona ese arreglo entre el deudor y sus acreedores, ya que algunos consideran la existencia de una comunidad que se expresa colectivamente, en tanto otros destacan que la conformidad debe ser prestada en forma individual por cada uno de ellos.

De modo tal que, dentro de esta posición doctrinaria que atribuye naturaleza contractual al acuerdo concursal, encontramos una división en dos grandes grupos: los que ven al concordato como un conjunto de contratos individuales y los que lo tienen como un contrato único⁵⁰.

Otra cuestión a dilucidar reside en establecer cómo se explica la extensión de los efectos de ese acuerdo a los acreedores ausentes, disidentes y desconocidos, en atención al consagrado efecto relativo de los contratos⁵¹.

Ante ello, encontramos las diversas expresiones del pensamiento que en apretada síntesis a cuestión se esbozan.

II.1.A. Contratos plurilaterales.

Tal como reseñáramos precedentemente, enseña también Argeri⁵² que dentro de las teorías contractuales encontramos dos subclases, en las que se enrolan quienes consideran que el mentado arreglo entre deudor y acreedores se perfecciona mediante contratos plurilaterales y, por otro costado, quienes sostienen que se trataría de un contrato único.

En este primer subgrupo encontramos los siguientes planteos.

II.1.A.i. Teoría de la voluntad forzada.

Mediante esta postura se sostiene que tanto los ausentes como los disidentes quedan obligados en función de la decisión de la mayoría⁵³.

Así, la voluntad contractual de esa minoría que no prestó su adhesión a la propuesta, quedaría suplida por la de la restante mayoría de acreedores que votaron por la afirmativa⁵⁴.

Se le critica en particular a esta posición que el contrato debe ser producto de una voluntad contractual genuina, siendo que una voluntad forzada no puede considerarse como tal en su verdadero sentido⁵⁵.

También se le objeta la falta de explicación de los fundamentos de esa obligación⁵⁶.

Finalmente, Matienzo ha sido categórico al afirmar que este postulado es una contradicción y un absurdo jurídico⁵⁷.

II.1.A.ii. Teoría de la voluntad presunta.

Con origen en el código de Baviera, el cual no admitía la aprobación del acuerdo ante alguna disidencia, considera que los ausentes manifiestan su asentimiento en virtud de un mandato presunto⁵⁸.

De este modo, se asume que los ausentes dan una conformidad tácita a lo que disponga la mayoría. Empero, esta teoría no explica el supuesto de los acreedores disidentes, respecto de los cuales es imposible presumir manda alguna en sentido contrario a su expresa y auténtica oposición a la propuesta efectuada por el deudor⁵⁹.

II.1.A.iii. Teoría de la representación legal.

Estima que la mayoría contrata también por ausentes y disidentes por imperio de la ley⁶⁰.

La tesis expuesta, choca asimismo con la posición de los disidentes, por lo que se la ha reputado que esta teoría es contractual solo en apariencia⁶¹.

En este sentido, Armengol afirma: “las palabras representación legal acusan el imperio de la ley, y en donde hay un mandato imperativo no puede existir contrato...”⁶².

II.1.B. Contrato único.

En su concepción genérica, adhieren a esta corriente reconocidos autores como Castillo⁶³, Martín y Herrera⁶⁴, Matienzo⁶⁵ y García Martínez⁶⁶.

Así, veremos seguidamente las distintas vertientes alineadas en este subgrupo, en el cual como nota común exhiben la concepción que el concordato es un contrato

singular celebrado entre 2 partes, el deudor concursado y los acreedores agrupados en una colectividad.

II.1.B.i. Teoría de Rocco.

El reconocido autor italiano argumenta que, en virtud de la apertura del proceso concursal, resulta modificada la condición jurídica de los acreedores, al pasar a constituir ellos una especie de comunidad calificada⁶⁷.

En este sentido, explica que la especial naturaleza de esa comunión calificada, está dada en virtud de que los acreedores sólo pueden ejercer sus derechos en forma colectiva, luego de la deliberación de su mayoría con la que constituyen una voluntad concurrente, para la cual tienen órgano ejecutivo, consultivo y deliberativo, estando asimismo obligados a sujetarse a dicho proceso hasta su conclusión⁶⁸.

Agrega que la irrevocabilidad, tanto de la oferta como de la aceptación, así como el derecho de las partes a exigir la resolución del concordato, acreditan la existencia del contrato⁶⁹.

Algunas de las críticas sostienen que el egregio autor no explica por qué, si el concordato es un contrato, esa decisión de la mayoría no resulta vinculante para el juez, quien puede rechazar su homologación⁷⁰.

También se le cuestiona la idea de la constitución de una comunidad de acreedores como consecuencia de la apertura del concurso, por cuanto se contrapone con la circunstancia que el acreedor sigue siendo titular exclusivo de su crédito y, por lo tanto, lo insinúa si es que así lo desea y si no lo hace, no hay ninguna comunidad que lo suplante en su desidia⁷¹.

Observa también Londoño que en el caso de un contrato civil o comercial, ante el incumplimiento del acuerdo, el cocontratante puede, en principio, optar entre exigir la resolución o bien su cumplimiento forzoso con más los daños y perjuicios padecidos, hipótesis que no se verifica en el concordato⁷².

II.1.B.ii. Teoría de Bonelli.

El mentado doctrinario sostiene que los acreedores concurrentes constituyen la masa, la cual conforma una colectividad organizada que a través de sus órganos, expresa la voluntad colectiva comprensiva de todas las voluntades individuales orgánicamente concertadas.

Colige así que el contrato es celebrado por el deudor con la masa, y la aceptación de la propuesta comporta un acto único de voluntad de aquella comunidad organizada⁷³.

Agrega que ello importa una dependencia recíproca entre los acreedores para la correspondiente eficacia legal, así como la identidad de contenido, unidad de forma contractual y unidad de sujeto contrayente.

Finalmente afirma que el objeto del contrato no es la elusión de la quiebra o su clausura, sino la sistematización de la relación obligatoria con los diversos

acreedores, de cuya sistematización, la extinción de la quiebra es el fin pretendido y el efecto alcanzado⁷⁴.

II.1.B.iii. Teoría de la masa como persona jurídica.

Esta posición jurídica desarrollada por Thaller considera que, por el hecho de la quiebra, el conjunto de los acreedores se encuentra reunido en una masa como una persona de existencia ideal que obliga a disidentes y ausentes, por decisión de la mayoría⁷⁵.

Por su parte, Belfer cree que solo se puede hablar de sociedad entre deudor y acreedores, si se trata de una sociedad en comandita. En su entendimiento, esta posición explicaría la situación del deudor que arriesga todo su patrimonio y la de los acreedores que ponen en juego solo su aporte a ese negocio; que el administrador no sea designado por ellos; el pago preferente de los acreedores privilegiados, por ser éstos, acreedores de la sociedad en comandita; y por qué las cláusulas del concordato, son obligatorias para la minoría⁷⁶.

Sajón al criticar esta doctrina, pone de resalto que la sociedad no puede constituirse si los socios no hacen aportes que constituyan un capital. Añade también que la masa carece de autonomía, patrimonio y domicilio, configurando en todo caso un consorcio de intereses, mas no una persona jurídica⁷⁷.

II.1.B.iv. Teoría de la masa como sociedad legal accidental

Quienes avalan esta postura estiman, como presupuesto para la conformación del concordato, la constitución de una sociedad legal accidental, cuyo capital social es el activo del deudor, sus socios los acreedores comunes por el valor de sus créditos y la administración se hace de acuerdo a las resoluciones de la mayoría⁷⁸.

Esta teoría fue propuesta por la Comisión del Senado en su informe del año 1902 sobre la reforma de la ley de quiebras que luego que dio origen a la ley 4.156.

Las críticas a esta concepción radican en que no puede calificarse de sociedad un vínculo que une a los acreedores por mandato legal, carente de todo tipo de *affectio societatis*.

En este sentido, Maffía denuncia: “rara comunidad donde cada uno tira para su lado y el único fin en que coinciden finca en cobrar lo suyo”⁷⁹.

Opina Junyent Bas al respecto que, si bien la sentencia de apertura del concurso convoca a todos los acreedores por causa o título anterior a verificar sus créditos, esa colectividad no implica personalidad⁸⁰.

II.1.C. Críticas a las teorías contractuales

Más allá de las refutaciones particulares que se desarrollaron en cada una de las descripciones que preceden y damos aquí por reproducidas en honor a la brevedad, Argeri⁸¹ sintetiza las críticas a estas teorías en dos grandes objeciones.

La primera, reside en la ausencia de un elemento esencial de los contratos, cual es la voluntad para el caso de los acreedores disidentes, ya que el acuerdo homologado es obligatorio para todos los acreedores, conocidos o desconocidos⁸².

La segunda, radica en la imposibilidad de comprender qué especie de contrato constituye el concordato, cuando aun ante la concurrencia unánime de voluntades afirmativas del deudor y sus acreedores, el juez se encuentra en condiciones de negarle validez al acuerdo.

En ese orden, agrega Londoño que, si al concordato se lo pretende equiparar al contrato, es necesario que coincidan todos sus elementos distintivos. Sentado ello, destaca como elemento constitutivo del contrato al acuerdo de voluntades entre las personas que concurren a celebrarlo y que, justamente, ese acuerdo produzca obligaciones, acentuando que: “si no nace la obligación, tampoco nace el contrato”⁸³.

Así, considerando que hasta su homologación judicial, no se torna obligatorio el cumplimiento de las cláusulas del concordato⁸⁴, es que resulta inadmisibles reducir su naturaleza jurídica a la de un contrato. La doctrina también ha resaltado que no se trata de una base contractual pura, en términos de un contrato del derecho civil, atento las situaciones jurídicas que ostenta el acuerdo concursal⁸⁵.

En efecto, el concordato no libera a los coobligados ni a los fiadores, cual remisión netamente contractual, y deja subsistente la obligación natural por el porcentaje de esa deuda remitida.

Además, no puede ser votado⁸⁶ por el cónyuge ni por los parientes del deudor hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni por sus respectivos cesionarios y adjudicatarios ⁸⁷.

Maffía destaca que uno de los inconvenientes que se presentan a la caracterización contractual del concordato, radica en que los intereses ventilados en el concurso exceden a los de los acreedores y deudor, únicos disponibles por contrato entre ellos⁸⁸.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado: “En cuanto a su naturaleza el concordato es un acuerdo de voluntades, pero contrariamente a los contratos que de ordinario tenemos a la vista, el acuerdo entre el deudor y los acreedores no es lo único que está en juego, en tanto dicho acuerdo se encuentra restringido en sus posibilidades por la ley y el órgano jurisdiccional que homologa aquél”⁸⁹.

A lo expuesto desde nuestra óptica podemos adicionar que en el concordato se observan otras limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, característica propia que informa los contratos, que dan por tierra con estas teorías precedentemente expuestas.

En efecto no hay libertad para elegir a cocontratantes.

Vale decir, la legitimación para ser parte⁹⁰ en ese acuerdo emanará, por un lado, de la sentencia que declare la apertura del concurso, luego de comprobar los presupuestos de hecho y de derecho de los que debe estar investido el deudor y, por el otro, del pronunciamiento que declare verificados los créditos insinuados⁹¹.

En este sentido se ha señalado que la sentencia del artículo 36 de la ley falencial define la base concordataria, de conformidad al artículo 45 de dicho cuerpo legal, con los acreedores verificados y admisibles y los privilegiados que renuncien al privilegio⁹².

Asimismo, el objeto sobre el que versará el arreglo, estará restringido a los créditos de causa o título anterior a la apertura del concurso.

En cuanto a la oferta efectuada por el deudor, si bien no puede ser modificada por el magistrado a cargo del proceso falencial, puede ser observada en torno a sus facultades homologatorias, restando al acuerdo toda validez y truncando sus efectos, aún entre aquellas partes que expresaran voluntades coincidentes.

En ese orden se ha señalado que el concordato es consecuencia de su homologación, ya que es el órgano jurisdiccional el que hace posible el carácter definitorio de sus efectos, no tanto porque ejercita su control sobre el consenso de los acreedores, sino porque concluye una serie de actos que perfeccionan el tipo⁹³.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de los acreedores de expresar su voluntad libre y válidamente para la formación de ese consentimiento contractual requerido, en particular a lo que hace al derecho a que sea reconocido su rechazo, encontramos otra limitación que exorbita al régimen contractual, cual es la posibilidad de que el órgano jurisdiccional desplace del cómputo de las mayorías a integrar, a dicha negativa, por reputar “hostil” a su autor⁹⁴.

Maffía dice también que, si el concordato fuera tan solo un contrato, las partes tendrían derecho a promover su revocación, su revisión o su resolución, aunque la ley falencial parecería solo permitir su agresión mediante las causales previstas en la LC para la impugnación del acuerdo preventivo⁹⁵.

Asimismo cabe agregar que, si bien la conformidad tendiente a la formación del acuerdo concursal, una vez otorgada al deudor, no puede ser retractada por el acreedor -solución que se corresponde con la prevista por el art. 1155

Código Civil, para el régimen de los contratos-, el concursado puede modificar la oferta hasta la celebración de la audiencia informativa, aunque la aceptación ya le haya sido comunicada y ni siquiera constituya una mejora, sin que tal decisión faculte al acreedor a reclamar incumplimiento contractual alguno.

En ese caso, bastará con que la oferta sobreviviente sea correspondida por la respectiva y nueva aceptación, para que quede sin efecto, ipso iure, la conformidad prestada a la propuesta anterior.

En esta inteligencia, la jurisprudencia también ha puesto de manifiesto sus críticas a estas teorías al señalar que, la presunta naturaleza contractual del concordato, no satisface plenamente una adecuada interpretación del instituto⁹⁶.

II.2. Teorías procesales.

Estas doctrinas están edificadas sobre la base que el concordato es un proceso⁹⁷.

En efecto, apoyándose en la intervención judicial en el trámite del concurso, en particular respecto de la homologación y rechazo del concordato, se considera a dicho acuerdo como una institución jurídica de naturaleza procesal, ajena al derecho material de las obligaciones⁹⁸.

En su desarrollo del tema, Argeri destaca que no puede hablarse de contrato cuando es el tribunal interviniente quien confiere obligatoriedad al concordato⁹⁹.

De ese modo, los autores que se enrolan en esta corriente relativizan el valor y la eficacia de la decisión de la mayoría que acepta la propuesta del deudor¹⁰⁰.

En opinión de Junyent Bas, las tesis procesalistas consideran que la opción contrato-proceso, no constituye una insuperable oposición de conceptos, toda vez que el concordato judicial tramita en un proceso integrado de una serie de actos ordenados a comprobar la legitimación de los acreedores y la legalidad de las aceptaciones, de modo que no solo la decisión de la mayoría es la que vincula a la minoría, sino su especial estructuración procesal¹⁰¹.

II.2.A. Tipos de proceso.

Partiendo de la base de que el acuerdo concursal es un proceso, cabe precisar este concepto y establecer su significación en concreto, habida cuenta la diversidad de procesos judiciales que coexisten en la actividad jurisdiccional. Ante ello, Maffía nos ilustra respecto de las diferentes posturas en las que han departido los autores de esta doctrina, en particular respecto en qué tipos de procedimientos han encuadrado al concordato¹⁰².

Así cita a Provinciali, quien describe al concordato como un proceso dominado por la oficiosidad hasta la sentencia homologatoria, a partir de la cual dicho carácter se hace excluyente; concursal porque presupone la concurrencia del patrimonio y todos los acreedores del deudor; y ejecutivo, porque procura el cobro de los créditos adeudados¹⁰³.

Desde otro costado, Bonfanti y Garrone expresan acerca del concordato: “Es un proceso caracterizado por la actuación decisiva de la voluntad de los acreedores sobrevalorada en los términos de la actual L.C.Q. y con cierto acotamiento de las facultades del juez, en cuanto a homologación del acuerdo se refiere”¹⁰⁴.

Así concluyen que este proceso, como el de quiebra, tiene naturaleza contenciosa. Siendo sus partes, por un lado, el sujeto deudor y, por el otro, el concurso de acreedores que acepta o se opone a las denuncias del deudor sobre sus deudas o arreglo¹⁰⁵.

Sentado ello, distinguen al proceso de quiebra donde se liquida y distribuye el patrimonio del deudor en satisfacción de los acreedores, del concordato preventivo, donde se tiene una atribución convencional de valor del patrimonio mismo¹⁰⁶.

Maffía también repasa la tesis que sostiene que el concordato resulta un proceso de cognición, donde en la sentencia que pone fin al trámite judicial, operaría una especie de ajuste entre la pretensión de los acreedores, que quieren cobrar lo

suyo, y la del deudor que persigue una solución a su estado de cesación de pagos¹⁰⁷.

Continúa su exposición del tema con la postura que entiende al concordato como un procedimiento cautelar, vale decir, orientado a la preservación del patrimonio del deudor con miras a la futura sentencia de homologación y al interés general, entendido como el bien de la economía¹⁰⁸.

Habla también de la corriente de pensamiento, sustentada por Azzolina, por la cual se encuadra al acuerdo concursal en un típico caso de proceso voluntario, donde la intervención judicial busca como fin principal, regular la actividad jurídica de los sujetos involucrados que participan en la conformación del negocio jurídico denominado concordato¹⁰⁹.

Vale decir, la función del órgano jurisdiccional se limitaría a evaluar los requisitos legales para que el deudor pueda presentarse en concurso, luego a ordenar el trámite que canalice las manifestaciones de voluntad que conformarán la base del acuerdo, para decidir finalmente la quiebra o el perfeccionamiento del acto jurídico mediante su homologación, según el resultado al que accedan las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad¹¹⁰.

Desde esa perspectiva concluye que, salvo ante la hipótesis en la que el juez declara la quiebra del deudor, todos los actos llevados a cabo por los órganos concursales, no tienden a resolver un conflicto de derechos subjetivos controvertidos, sino a supervisar el proceso donde las partes voluntariamente convienen un arreglo¹¹¹. Finalmente trae a colación una teoría procesalista más, desarrollada por Micheli, quien propone la tesis de la jurisdicción objetiva o sin acción. Es decir, un proceso que puede iniciarse y proseguir aun en contra de la voluntad de quienes se encuentran por él alcanzados¹¹².

Kleidermacher opina que el acuerdo concursal es ante todo un proceso, entendido como un conjunto de actividades de partes públicas y privadas, dirigidas a la realización de un derecho, ante la ausencia del cumplimiento espontáneo de sus obligaciones. Así, lo califica como proceso de tipo ejecutivo, de privados contra un privado, pero animado de una complementariedad publicista¹¹³.

En esa inteligencia, el precitado autor justifica precisamente la inserción del concordato en el proceso de quiebra, donde la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra más limitada con relación a un acuerdo extrajudicial y se diferencia de cualquier ejecutivo ordinario (impulso de oficio, presencia de la justicia distributiva de la par condicio creditorum, recomposición patrimonial del deudor, etc.), justamente en la garantía que los fines del proceso ejecutivo sean asegurados, legitimando asimismo que dicho proceso concluya de un modo no exclusivamente procesal, sino mixto¹¹⁴.

II.2.B. Teoría de la decisión judicial.

Entre los fundamentos que sostienen las diversas variantes de esta postura encontramos a quienes proponen que, no siendo justo que la intransigencia de algunos acreedores perjudique los intereses comunes a todos, el magistrado corrige la deficiente voluntad de esa minoría, obligándola a consentir la oferta de pago contenida en la convención. De ese modo, el juez condena a algunos

acreedores a consentir los términos del acuerdo, tornándolo obligatorio simplemente por imperio jurisdiccional, aun para ausentes y disidentes¹¹⁵.

En este caso, la fuerza obligatoria del concordato para acreedores ausentes y disidentes emana de la sentencia judicial, no como creadora directamente de esa obligatoriedad, sino como constitutiva de la deficiente voluntad de la minoría¹¹⁶.

Desde otro costado, también se ha dicho que el concordato es estrictamente una sentencia que pone fin al proceso concursal, de conformidad a los términos allí establecidos¹¹⁷.

Para así definirlo, se parte del supuesto que no puede hablarse de contrato donde hay consentimiento forzado¹¹⁸.

En ese orden, la demanda es la propuesta del deudor, mientras que la conformidad de la mayoría de los acreedores es tan solo un trámite importante, pero no decisivo en el juicio¹¹⁹, y el pronunciamiento judicial no constituye la homologación de una transacción inexistente, sino el imperio del Estado, a través del cual se crea un derecho y no se ratifica uno creado¹²⁰.

Así, la sentencia es fuente de obligaciones, aún contra la opinión de la mayoría de acreedores¹²¹. En términos similares, se encuentra planteado al acuerdo concursal, no como una cuestión contenciosa a decidir, sino como un pronunciamiento judicial que faculta al deudor a cumplir con sus obligaciones de conformidad a lo establecido en el concordato¹²².

Por su parte, Pollak entiende que el concordato es un acto jurídico único conformado por la oferta del concursado, la aceptación de los acreedores y la aprobación judicial, donde los dos primeros momentos son algo así como la demanda y la contestación en un juicio, hasta que la sentencia absorbe estos dos elementos, tornando eficaz y válido el acuerdo¹²³.

Ello por cuanto, hasta tanto el juez no resuelva la homologación del acuerdo, carece de valor lo resuelto entre el deudor y los acreedores aceptantes¹²⁴.

Se le critica a estas expresiones la asignación de exclusiva importancia a la actuación judicial, cuando la voluntad de la mayoría de acreedores que acepta la propuesta del deudor es indispensable para que el magistrado pueda resolver su aprobación¹²⁵.

En efecto, si fuera exacto lo sostenido en esta tesis, el juez se encontraría facultado a modificar las condiciones del acuerdo, atribución que no le es conferida por norma alguna, ya que su intervención se encuentra reducida a garantizar la legalidad del acto o negar su homologación por no corresponderse a los términos de la ley¹²⁶. El magistrado no crea el derecho, sino que acepta o rechaza, pero siempre sobre lo que ha decidido la mayoría¹²⁷. Aún más, las modificaciones a la oferta que puedan realizar los acreedores, carecen de eficacia si no son aceptadas por el deudor¹²⁸.

En esa línea argumental crítica, se ha dicho que el juez no crea el derecho ya que éste le preexiste. Razón por la cual, cuando necesita el magistrado aplicar la

norma legal, debe buscarla fuera de sí mismo, de lo contrario se tornaría en legislador¹²⁹.

II.2.C. Teoría del contrato procesal.

Pese a sus divergencias, Argeri agrupa en esta corriente a aquellos pensadores que consideran al concordato como un acuerdo de carácter convencional y judicial, así como a los que sostienen que se trata de un contrato procesal con efecto civilista remisivo que, para producir efectos requiere del conocimiento y pronunciamiento judicial, donde el juez ejerce la función de policía judicial¹³⁰.

En esa primera postura, García Martínez y Fernández Madrid enrolan a Bravard-Veyrières, quien afirma que, al no ser posible la unanimidad de los acreedores en la aprobación del acuerdo concursal, cabe conformarse con una mayoría de carácter excepcional, donde además será precisa la homologación judicial para suplir la voluntad de la restante minoría, sin la cual no existiría el concordato. Desde esa perspectiva, nos encontraríamos ante un acuerdo que reúne un carácter convencional y judicial, y no ante un contrato propiamente dicho¹³¹. Richard explica que la sujeción de la minoría a la decisión de la mayoría se justifica por la posibilidad que se confiere a aquélla de participar en un procedimiento predeterminado y que, aunque difuso, es con lo que cuenta el acreedor minoritario disidente con la propuesta para ser oído, garantizando de ese modo la tutela de sus derechos y compensando el sacrificio de la autonomía de la voluntad, que está ínsito en la adopción del principio mayoritario¹³².

En el segundo criterio apuntado, encontramos a Kohler quien señala que el objeto del concordato es concluir en la forma más rápida y eficaz, el procedimiento colectivo de orden social, creado con el fin de mitigar el daño que produce la insolvencia del deudor y distribuirlo equitativamente entre los acreedores¹³³.

Así, son parte de ese contrato procesal el deudor y los acreedores individualmente considerados, no siendo necesario el acuerdo de todos ellos en tanto el procedimiento es único y único es su derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, de igual modo, el resultado del procedimiento debe ser uno¹³⁴.

En tal virtud, para esta doctrina el componente cardinal del concordato es la existencia de un contrato procesal, pactado durante un juicio entre deudor y acreedores¹³⁵.

En este sentido, según Bolaffio, el concordato constituye siempre un contrato judicial, ya que, en su doble sentido, tiene por objeto una relación judicial, cual es el ejercicio de los derechos de crédito, y debe concluirse en juicio, ya que si los acreedores resuelven sus controversias con el deudor externamente al proceso, aunque fuera en un solo acto y en pie de igualdad, esa igualdad de tratamiento no resulta obligatoria, toda vez que no habría concordato sino un arreglo privado liberatorio o dilatorio, pactado ut singuli con cada acreedor¹³⁶.

Ello así, requiere también de la voluntad expresa de los acreedores, cuya decisión se manifiesta a través de su mayoría, siendo la resolución favorable del juez, sustentada en el interés común y la justicia, la que le confiere eficacia jurídica en definitiva, pero no puede modificar su contenido¹³⁷.

Se objeta a esta postura que resulta insuficiente para explicar la obligatoriedad del concordato para aquellos acreedores ausentes y disidentes, atento no alcanza con afirmar que siendo uno el procedimiento, deba terminar de igual modo para todos¹³⁸.

En la misma inteligencia se le ha reprochado que la función judicial no es creadora, sino declarativa de derechos, por lo cual no deviene admisible que la actuación del órgano jurisdiccional sustituya la voluntad de la minoría¹³⁹.

II.2.D. Teoría de la decisión judicial aprobatoria del acuerdo entre deudor y la masa.

Esta tesis sintetiza al concordato esencialmente en la sentencia de homologación del acuerdo entre el concursado y la masa, que tiene por efecto cerrar el proceso falimentario¹⁴⁰.

Candian, autor de la corriente, considera al concordato como especie dentro del género del proceso ejecutivo concursal, de naturaleza cautelar y análogo a la quiebra, pero con intervención jurisdiccional de menor intensidad¹⁴¹.

Procedimiento judicial que tiene por objeto sustraer al deudor de la expropiación¹⁴² que conlleva la quiebra, mediante el pago de un porcentaje igualitario garantizado¹⁴³.

Siguiendo la línea de este autor, Provinciali sostiene que el concordato es un proceso, por constituir el producto de una serie de actos demandados al órgano jurisdiccional, donde si bien el impulso inicial se encuentra a cargo del deudor, durante el iter concursal es predominantemente oficioso, hasta llegar la sentencia homologatoria donde este carácter deviene exclusivo. Agrega también que se trata de un proceso concursal, por concurrir en él todos los acreedores y el patrimonio del deudor y es ejecutivo por perseguir la satisfacción del derecho de los acreedores¹⁴⁴.

II.2.E. El concordato como acto jurídico procesal.

Esta posición desarrollada por Argeri considera que la solicitud de apertura del concurso preventivo promueve la conformación de un proceso especialísimo, donde por encima de los intereses particulares del deudor y acreedores, el Estado hace primar los propios, los cuales no son exclusivamente de orden procesal sino también sustancial¹⁴⁵ Desde esa perspectiva, estima que el deudor concursado no posee un derecho subjetivo de obtener la liberación de sus obligaciones para regularizar su patrimonio, sino tan solo un interés legítimo de naturaleza procesal¹⁴⁶.

Así, el egregio autor entiende al concordato como un acuerdo habido entre un deudor y sus acreedores, que se estructura en dos etapas. La primera, la concurrencia de voluntades en el acuerdo entre el deudor y los acreedores, constituidos estos últimos en una comunidad accidental denominada masa; y la segunda, la aprobación judicial¹⁴⁷.

En ese orden, el juez viene a decidir sobre una relación jurídica donde es “partícipe directo interesado”, para resolver todo en función del propio interés establecido por el legislador¹⁴⁸.

De modo tal que, la ley respeta la voluntad de las partes formalizada en el acuerdo, restringiendo de facultades al juez para modificarlo, no obstante, para constituir un acto jurídico procesal válido, requiere sea completado con el interés jurídico, económico y social que asiste al Estado, expresado mediante sentencia del órgano jurisdiccional que le reconoce virtualidad jurídico-legal¹⁴⁹.

En esa línea argumental, que procura sintetizar los aspectos procesales y sustanciales del concordato, se ha puesto de resalto que, tanto en el proceso falencial como en el civil, las partes efectúan en su decurso, manifestaciones de voluntad que ejercen de un modo mediato o inmediato un comportamiento dispositivo sobre el derecho subjetivo en litigio cuya tutela allí se persigue, por lo que en definitiva realizan un negocio de derecho sustancial incluido en un acto procesal¹⁵⁰.

II.2.F. Críticas a las teorías procesales.

Maffía pone de resalto que sin propuesta del deudor y aceptación de los acreedores, no se constituye el concordato, señalando que si bien esos rasgos contractuales no liquidan la figura, no por ello ha de negarse lo que de pacto exhibe el instituto¹⁵¹.

En efecto, la oposición de la mayoría se impone al órgano jurisdiccional, impidiendo que pueda dictar su homologación, lo que claramente constituye un insoslayable óbice a la conceptualización del concordato meramente como un proceso¹⁵².

Cámara coincide en esto y señala que el concordato tiene como punto de partida la oferta del deudor, que debe ser votada favorablemente por la mayoría de sus acreedores. Luego, este acuerdo es homologado, pero esa aprobación judicial no altera la fuente convencional¹⁵³.

Se ha reprochado también a estas tesis, que los concursos son instituciones de derecho sustancial, no de derecho procesal. El proceso constituye el medio, pero no su finalidad, que es la conservación del patrimonio del deudor y, la tutela y satisfacción de los derechos de los acreedores, coordinados dentro del interés general de la sociedad¹⁵⁴.

Al respecto, Quintana Ferreyra hace hincapié en la sustitución legal del término concordato por el de acuerdo, en alusión a la coincidencia de voluntades, conteste con la concepción del concurso como fenómeno de derecho sustancial y no procesal¹⁵⁵.

En ese orden se ha expresado que la sentencia es declarativa y no constitutiva de derechos¹⁵⁶.

Tal como hemos puesto de resalto precedentemente, las tesis que intentan conjugar la teoría procesal con la contractual, pecan como toda fórmula ecléctica, de ser objeto de los ataques dirigidos a cada una de ellas, sin poder superarlas¹⁵⁷.

En cuanto a la tipología procesal que se le ha intentado adjudicar al concordato, las diversas posturas también han sido cuestionadas con contundencia.

Efectivamente, la tesis que propone al concordato como proceso de cognición, carece de respuestas para explicar la determinación del pasivo por la actuación casi dirimente del síndico, las facultades del juez para negar la verificación de los créditos insinuados, pese al reconocimiento expreso del deudor y el control de mérito de la sentencia homologatoria¹⁵⁸.

Con relación aquella opinión que le reconoce naturaleza cautelar, resulta inadmisibles considerar que el objeto de las partes involucradas sea la preservación de la hacienda con miras en el bien de la economía, cuando cada uno pretende por cuenta propia, preservar sus intereses personales¹⁵⁹.

Respecto de la corriente que considera al concordato como un proceso voluntario, aun aceptando que su iniciación conlleve este carácter, cabe destacar que allí se agota, deviniendo inexorablemente inquisitivo en las subsiguientes etapas¹⁶⁰.

Finalmente, aquella tesis que postula la idea de la jurisdicción sin acción, nada explica del concordato, en tanto depende de la voluntad de las partes involucradas¹⁶¹.

Es que la iniciativa e impulso de los sujetos comprendidos en el proceso es inquestionable, prueba de lo expuesto son la solicitud de apertura del deudor, la insinuación de créditos por los acreedores, la propuesta de acuerdo del concursado, la obtención de las conformidades, entre otros actos relevantes a cargo de las partes.

Maffía entiende que, si bien entre las teorías procesales, predomina la ejecutiva, no le es dable desentrañar qué tipo de ejecución sería esa, cuando es iniciada a instancia exclusiva del propio deudor¹⁶².

En este sentido, el citado autor expone, como óbices para encuadrar al proceso concursal como ejecutivo, que su trámite es sustancialmente inquisitivo, aunque con momentos contenciosos importantes, pero no esenciales para su configuración. Agrega también que en él no se conocen ejecutantes -es más, puede sustanciarse aunque no aparezcan acreedores¹⁶³-, nada hay que se parezca a un título ejecutivo, su presupuesto es el estado de insolvencia -no bastando un incumplimiento como en el proceso ejecutivo- y, como efecto inmediato a su apertura, se prohíbe al concursado efectuar pagos que alteren la situación de los acreedores con causa o título anterior a la presentación en concurso¹⁶⁴.

II.3. Teoría de la obligación legal.

Esta tesis presenta dos vertientes, la que postula que la obligatoriedad proviene del contrato para quienes aceptan la propuesta, mientras que para disidentes y ausentes, de un precepto legislativo; y la que sostiene que esa imposición emana para todos los acreedores, sin distinción, directamente de la ley¹⁶⁵.

En la primera línea argumental encontramos a Löhr, quien asimila la figura del concordato a la de una estipulación a favor de terceros, señalando que los efectos

proviene de dos causas diferentes: el contrato para los acreedores adherentes y, para disidentes y ausentes, la ley¹⁶⁶.

Sajón da cuenta que el creador de esta doctrina fue Oetker, para quien el concordato resulta un hecho jurídico al cual la ley le asigna el efecto de vincular a todos los acreedores, compuesto por la oferta y aprobación de las partes, sumado al decreto de homologación del tribunal¹⁶⁷.

Desde esa perspectiva, el acuerdo concursal constituye el negocio jurídico proveniente de tres coordinadas declaraciones de voluntad: del deudor, de los acreedores y del órgano jurisdiccional, aunque en el fondo se observa que el único jurídicamente operante es el pronunciamiento judicial¹⁶⁸.

De modo tal que, asumiendo la ley que la expresión mayoritaria que consiente la oferta del deudor traduce el real interés del conjunto de los acreedores, por estricto efecto legal liga a todos ellos al concordato¹⁶⁹.

En este orden de ideas, Richard afirma que para que la decisión de la mayoría pueda imponerse a los disidentes, ausentes o posteriores reconocidos, debe ajustarse rigurosamente a las legitimaciones y actos que expresamente regle la LC¹⁷⁰.

Sayagués Laso sostiene que, a esta segunda vertiente, también adhieren Armengol y Fischer¹⁷¹.

Pone de resalto Matienzo que la pluralidad de causas, convierte al concordato en dos actos de distinta naturaleza, destruyendo la unidad de su concepto. Agrega también que esta teoría, tampoco explica el fundamento de ley para obligar a la minoría, considerando incongruente que ante su decisión expresa en rechazo de la propuesta, se le adjudique a la mayoría una representación o gestión de negocios que contraríe su voluntad¹⁷².

II.4. Teoría del Instituto Judicial.

No obstante los esmerados esfuerzos en los que han incurrido aquellos notables juristas, intentando explicar la naturaleza jurídica del concordato en base a las teorías precedentemente expuestas, lo cierto es que han encontrado más solidez y efectividad en las críticas de las restantes tesis, que en la defensa de la que postulan en cada caso.

De modo tal que, en nuestra opinión, ninguna de las corrientes doctrinarias reseñadas hasta el momento, han dado una respuesta acabada y satisfactoria a la encuesta planteada.

Efectivamente, dichos arrestos intelectuales parecen partir de la base que, desde la época del derecho romano, ningún instituto jurídico ha podido ser lo suficientemente novedoso como para desarraigarse plenamente de alguna de las figuras regladas en aquel entonces. Pecado de juventud tal vez, abrazado a la esperanza que todavía hay mucho por hacer y crear en materia de derecho, es que no renunciamos a la idea del surgimiento y desarrollo de nuevos institutos legales que rompan molde de lo ya dicho, renovando el ordenamiento de las conductas del

hombre en sociedad, mediante el aporte de nuevas soluciones a problemas existentes o que en el futuro pudieran emerger.

Desde esta perspectiva, Zavala Rodríguez enseña que para la interpretación de los contratos y figuras que predominan en el derecho comercial actual, hay que considerar el fin real, la función concreta y económica que persigue la institución, para lo cual, en muchos casos, no sirven o no son necesarias las fórmulas clásicas¹⁷³.

En esa inteligencia, también se ha dicho que la naturaleza del concordato no puede ser razonada exclusivamente intentando adecuarla a instituciones que le son ajenas¹⁷⁴.

De igual forma, la jurisprudencia ha recogido esta idea al afirmar: “el concordato es una figura jurídica sui generis destinada a reglar situaciones jurídicas muy diversas; no puede sujetarse a moldes rígidos ni puede ser interpretado ateniéndose sólo a los términos empleados por quienes concurren a su formación”¹⁷⁵.

Una cosa es que el acuerdo concursal se nutra con figuras jurídicas con las cuales tiene algunos puntos de contacto, como el contrato y el proceso, y otra que tenga propiamente la naturaleza de un contrato o de un proceso¹⁷⁶.

Pues la realidad de los hechos demuestra que el concordato contiene elementos naturales y necesarios tanto privados negociales y sustanciales, como públicos procesales¹⁷⁷.

Ante ello, queremos poner de resalto una cuarta noción al respecto, que consideramos da cuenta de un criterio de aplicación más logrado y se basa sustancialmente en una descripción del régimen que regula al concordato, sin falsearlo en base a teorías preconcebidas, admitiendo de ese modo, todo cuanto tiene de contractual y de procesal en sí mismo.

Desde esta óptica que compartimos, se ha permitido caracterizar a la naturaleza jurídica del concordato como un instituto judicial autónomo, integrado por una serie de elementos, que mediante su descripción en conjunto, permiten una elaboración racional adecuada al material empírico bajo análisis¹⁷⁸.

Así, podemos señalar que ineludiblemente debe ser concebido en el marco del proceso concursal¹⁷⁹, que debe ser incoado, necesaria y exclusivamente, por el deudor; quien además tiene la carga de realizar la propuesta de acuerdo¹⁸⁰.

La aceptación a dicho ofrecimiento por parte de los acreedores y consecuente integración del consentimiento del acuerdo, también es insoslayable¹⁸¹. Hasta aquí, en lo que exhibe de contractual el instituto, entendemos que se trata de un negocio jurídico plurilateral, pues si bien la oferta o propuesta parte unilateralmente, puede ser diferenciada e incluso alternativa para algunas categorías y la conformidad o aceptación se concreta plurilateralmente, atento cada acreedor se expresa individualmente con relación a las propuestas a ellos efectuadas (conf. art. 43 LCQ) ¹⁸².

Del mismo modo, la sentencia homologatoria, resulta imprescindible como elemento constitutivo del tipo, ya que antes de ese pronunciamiento, tan solo existe un proyecto de concordato¹⁸³.

En este sentido, se ha dicho que la homologación válida al acuerdo, haciendo exigibles sus estipulaciones, y le otorga efecto expansivo, tornándolo obligatorio también respecto de acreedores que no prestaron su conformidad¹⁸⁴.

De modo tal, coincidimos que el concordato constituye un acto jurídico¹⁸⁵ complejo -más complejo que un contrato-, ya que debe ser integrado no solo por la expresión de la voluntad de los acreedores a la propuesta del deudor, de acuerdo a una mayoría especial fijada por ley, sino también por la voluntad del Órgano jurisdiccional, que dispone su homologación¹⁸⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado: "...a una inicial base contractual se agrega luego, y en ciertas condiciones, un acto jurisdiccional: la homologación del acuerdo -o del contrato-, cuyo efecto -hacer oponible el contrato a acreedores que no lo aceptaron- exorbita claramente el ámbito contractual -en cuyo marco el contrato no es oponible a los terceros no contratantes, en principio y conforme con el cciv 1199-... De todo ello resulta el juicio de la Sala, en el sentido de constituir el concurso preventivo un instituto complejo, en tanto que integrado por dos actos: uno contractual y el otro, jurisdiccional"¹⁸⁷.

Finalmente, Maffía pone de resalto como el atributo que con mayor importancia caracteriza al concordato, para acreedores y deudor, en que este instituto constituye un modo de extinción de las obligaciones por el saldo remitido¹⁸⁸.

Discrepamos en este punto con el egregio autor, en cuanto consideramos que lo único que se extingue es la acción correspondiente a la quita, más no la obligación, que subsiste como natural por la parte del crédito no remitida, y ello sólo respecto al deudor principal, no contra codeudores, fiadores o garantes¹⁸⁹.

Así lo ha convalidado pacífica jurisprudencia que indica:

"el art. 55 LCQ fija el principio general que rige la materia, al disponer que la novación derivada de la homologación del acuerdo preventivo no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios"¹⁹⁰.

Sajón también rechaza por incompatible que el concordato constituya una remisión, atento la ausencia de voluntad de las partes por remitir el crédito¹⁹¹.

Consecuentemente, podemos hablar de acuerdo concursal como un instituto típico del derecho, que se exhibe como un acto jurídico complejo, conformado en el marco de un proceso especial, con la participación del deudor concursado y los acreedores convocados a tal efecto, los cuales mediante la expresión de su voluntad componen su base consensual, que debe necesariamente ser integrada por una disposición judicial aprobatoria, para que cobre virtualidad, implicando en ello la composición activa y pasiva de una sumatoria de intereses privados como publicistas¹⁹².

III. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Hasta aquí hemos precisado el concepto al que refiere la voz concordato.

Para ello, intentamos repasar las principales teorías que procuran explicar su naturaleza jurídica, concluyendo finalmente que, por sus notas características, corresponde asignarle la de un tipo jurídico novedoso, escindido de las figuras clásicas del derecho, que se nutre tanto de aspectos procesales como contractuales, pero cuyo producto se erige autónomo de sus componentes, constituyendo en definitiva un acto jurídico complejo.

Sentado ello y a los fines que nos convoca el presente trabajo, resulta menester analizar, en lo que de contractual exhibe el tipo en estudio, cómo se expresa la voluntad de los acreedores legitimados que prestan su consentimiento a la propuesta del deudor.

Notas [\[arriba\]](#)

** El presente trabajo es una actualización de la tesis del autor, para optar al título de Magister en Derecho Empresario, por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, que fuera dirigida por el profesor Daniel F. Alonso. La tesis fue defendida el día 10 de junio de 2013 ante un jurado compuesto por los profesores Pablo Heredia, Ariel Dasso e Ignacio Strasser, obteniendo la calificación de 9 (nueve) Distinguido. Un ejemplar de la misma puede consultarse en la Biblioteca Central de la referida universidad.*

1 “Con todo, conviene no exagerar la libertad de cada escritor a este respecto, ya que el trabajo científico es necesariamente un trabajo de colaboración colectiva, donde la excesiva originalidad está, por lo mismo, descartada como anticientífica” (ORGAZ, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 1963, 53). “es deber de todos los operadores del derecho (no sólo los jueces) el correr las fronteras del derecho, hacerlo avanzar, pero siempre me he cuidado de señalar que tales extensiones deben hacerse desde la ley y sin salir de ella” (Cfr. TRUFFAT, Edgardo Daniel, “No existe en el derecho argentino nada que pueda denominarse “derecho de voto”, en: El voto en las sociedades y los concursos, dirigido por Martín ARECHA, 1ª Edición, Legis Argentina S.A., Buenos Aires, 2007, 236).

2 El presente trabajo se ha realizado teniendo como legislación vigente al Régimen de Concursos y Quiebras conforme la Ley N° 24.522, sancionada el 20/07/1995, promulgada parcialmente el 07/08/1995 y publicada en el B.O. el 09/08/1995, ADLA1995 - D, 4381, con las modificaciones introducidas por la Ley 24.760, sancionada el 11/12/1996, promulgada el 09/01/1996, B.O. 13/01/1997, la Ley N° 25.113, sancionada el 23/06/1999, promulgada el 08/07/1999, B.O. 21/07/1999, la Ley N° 25.563, sancionada el 30/01/2002, promulgada parcialmente 14/02/2002, B.O. 15/02/2002, la Ley N° 25.589, sancionada y promulgada el 15/05/2002, B.O. 16/05/2002, la Ley N° 26.086, sancionada el 22/03/2006, promulgada el 10/04/2006, B.O. 11/04/06 y la Ley N° 26.684, sancionada el 01/06/2011, promulgada el 29/06/2011, B.O. 30/06/2011. En adelante se citará al mismo como “LC “(Ley de Concursos). Utilizamos la abreviación del término “Ley de Concursos”, más allá que en el texto legal se denomine a dicho régimen como “Ley de Concursos y Quiebras”, habida cuenta que consideramos que el vocablo

“concursos” abarca tanto al concurso preventivo, como a la quiebra (Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., “Acuerdo preventivo extrajudicial “in nuce” (III): Imperiosa necesidad de aclaración terminológica”, Compendio Jurídico Erreius, diciembre 2004, T XVI, p. 1447; Manual de Concursos, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 27).

3 Cfr. ARMENGOL, Manuel F., Fundamentos y crítica de la ley de quiebras, Editorial Tragant, Buenos Aires, 1914, 111. Cabe aclarar que la obra tiene como ley de quiebras a la N° 4.156 (sancionada 23/11/1902, promulgada 30/12/1902 y publicada Registro Nacional 1902, t. III, p. 784 , - ADLA 1889 - 1919, 564).

4 Cfr. MALAGARRIGA, Carlos C., Tratado elemental de derecho comercial, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, t. IV, 253.

5 Sancionada 04/04/1972, promulgada 04/04/1972 y publicada en el B.O. 08/05/1972, ADLA 1972 - B, 1847.

6 Cfr. QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos Ley 19.551 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985, T. I, 486; PORCELLI, Luis A., “Impugnación del acuerdo”, en CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la Ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589. Segunda Edición actualizada, actualizado bajo la dirección de Ernesto E. MARTORELL, Avellaneda, Lexis Nexis, 2004, t. II, 332. En efecto, tanto en el Código de Comercio (aprobado por la Ley 2.637, sancionada 05/10/1889, promulgada 09/10/1889 y publicada en el Registro Nacional 1889, t. II, p. 795 , -ADLA 1889 - 1919, 15), como en la Ley N° 4.156 (sancionada 23/11/1902, promulgada 30/12/1902 y publicada Registro Nacional 1902, t. III, p. 784 , -ADLA 1889 - 1919, 564) y en la Ley N° 11.719 (sancionada 27/09/1933 y publicada en el B.O. 30/09/193, ADLA 1920 - 1940, 325), el término utilizado fue el de “concordato”.

7 Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, “Aristas polémicas del concordato. A propósito de la situación subjetiva de los acreedores”, Compendio Jurídico Erreius, noviembre 2007, T XIX, p. 1093.

8 Cfr. Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Parodi, Carlos Alberto y otros c/ Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado, 14/03/2006, LLBA 2006, 970; CNCom, Sala B, Weland SA s/concurso preventivo, 24/07/2008, LL 21/10/08, 7; Cám. Nac. Civ., Tribunal de Superintendencia, GNC Muñiz c/Shell CAPSA s/consignación s/competencia, 05/12/2006.

9 LC art. 51, Código Penal art. 180.

10 Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., La ley de concursos comentada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, T I, 208, y OTAEGUI, Julio, “Voto concordatario desplazamiento, vía y oportunidad”, en: El voto en las sociedades ..., 189.

11 Hacemos esta observación para discriminarlo del instituto del acuerdo preventivo extrajudicial, previsto en el artículo 69 y cctes. de la LC, y del arreglo alcanzado con el concursado que se da cuando sus acreedores prestan su consentimiento a la propuesta concordataria, sin que todavía cuente con la homologación judicial (art. 49 LC).

12 Cfr. MAFFÍA, Manual de Concursos, TI, p. 76. Hacemos también la salvedad que el instituto del concordato preventivo fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia de la ley 4.156.

13 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Concurso y quiebras, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1979, pp. 442-443.

14 Cfr., OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. 23ª edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1996, 205.

15 Cfr. SCHÜLTZE, Des deutsche Konkursrechts in seinen juristischen Grundlagenten, pp. 120-121, cit. por ARGERI, Saúl A., La quiebra y demás procesos concursales, Editora Platense, La Plata, 1972, 203.

16 Cfr., ROCCO, Alfredo, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento,

Torino, 1902, Nro. 1. Cabe recordar que, actualmente, solo es viable el concordato preventivo, más no el resolutorio (Cfr. Expresado ut supra).

17 Cfr BONELLI, Del Fallimento, Nro. 771. Hacemos extensiva en la presente, la aclaración formulada en la nota que precede.

18 Cfr. DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Alfredo, Quiebras, Porrúa, México, 1976, pp. 106-107.

19 Cfr. RYSSSEN, Alphonse, Commentaire de la loi belge du 29 juin 1887 sur le concordat preventif de falille, citado por Ricardo WILLIAMS en: El concurso preventivo, Editorial Plus Ultra, 1975, 226.

20 Cfr. PROVINCIALI, Renzo, Istituzioni di diritto fallimentare, Cedam, Padova, 1977, pp. 193-194.

21 Cfr. BONNECARRERE, Philippe - LACOSTE, Georges, Précis élémentaire de doct. Commercial, 3a edición, Librairie du Recueil Sirey, París, 1947.

22 Cfr. SATTA, Salvatore, Instituciones del derecho de quiebra, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1951, 387.

23 Cfr. SEGOVIA, Lisandro, Código de comercio, explicación y crítica, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892, T. III, 267. Cabe señalar que el autor se ha expresado teniendo a la vista el Régimen Concursal reglado por la ley N° 2.637, no obstante lo cual estimamos el concepto resulta aplicable.

24 Cfr. ARMENGOL, 139. Damos por reproducida aquí la aclaración formulada para la nota al pie N° 12. Asimismo, es dable señalar que, si bien el autor se pronunció teniendo en miras como Régimen Concursal vigente al dispuesto por la ley N° 4.156, entendemos que el concepto resulta aplicable en la actualidad, dejando a salvo la observación realizada precedentemente

25 Cfr. ARGERI, Saúl A., La quiebra y demás procesos concursales, Editora Platense, La Plata 1972, p. 260.

26 Cfr. WILLIAMS, 226.

27 Cfr. CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra comentario de la ley 19.551 Volumen I Segunda reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, 364.

28 Cfr. QUINTANA FERREYRA, T. I, pp. 489-490.

29 Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., Derecho concursal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, T. II, 245.

30 Cfr. PAJARDI, Piero (director) KLEIDERMACHER, Arnoldo (coord.), Derecho Concursal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2011, Tomo 3, 293.

31 Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N., ALONSO, DANIEL Fernando y TELLECHEA, Delinda Solange, "Impugnación, homologación y nulidad del acuerdo", en ROUILLON, Adolfo A. N. (director), ALONSO, DANIEL Fernando (coordinador), Código de comercio comentado y anotado, LL, Buenos Aires, 2007, t. IV-A, p. 637.

32 Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., Código de comercio y leyes complementarias comentados y concordados, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, 418.

33 CARRIÓ, Genaro, Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, 75.

34 BELFER, Francisco, "Ensayo acerca de la naturaleza jurídica del concordato", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Tomo VII, mayo-agosto 1936, Rosario, 29.

35 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, pp. 218-219.

36 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, Derecho concursal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 161; ZAVALA RODRÍGUEZ, 418; ARGERI, pp. 200 y ss.; MALAGARRIGA, 254.

37 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 236; CÁMARA, El concurso preventivo y la quiebra comentario de la ley 19.551..., 362; BRUNETTI, Antonio, Diritto concorsuale, Società Editrice del Foro Italiano, Padova, 1944, 211

38 Cfr. SAJÓN, Jaime V., El concordato preventivo, Imprenta Lorenzo, Buenos

Aires, 1957, 45; PORCELLI, t. II, 358.

39 Cfr. PERCEROU, J., Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2ª Edición, Editorial Rousseau, París, 1937, T. II, N° 1277.

40 Cfr. QUINTANA FERREYRA, 486.

41 Cfr. PAJARDI, 294.

42 ROCCO, 75.

43 CNCom, Sala E, Maprico, S. A. s/ conc. prev. s/ inc. de rev. prom. por la concursada respecto al crédito del Banco Federal Argentino S.A., 08/09/1989, LL 1990-A , 225, IMP 1990-A , 812, DJ 1990-2, 66. Cabe señalar que el criterio expuesto resultó aplicable hasta la sanción de la Ley N° 24.522, toda vez que dicho cuerpo normativo incorporó el instituto de la novación concursal (Cfr. RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio, VÍTOLO, Daniel Roque, Ley de concursos y quiebras. Tercera edición actualizada con la colaboración de José Antonio Di Tullio, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, T II, p.9).

44 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 220.

45 Cfr. PAJARDI, 297.

46 Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, “La figura del concordato”, en: El voto en las sociedades..., 139.

47 Cfr. VAISER, Lidia, “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo. Un camino lleno de espinas”, LA LEY2000-F, 1009.

48 Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, “¿Es lícita la cesión del derecho de voto en el concurso preventivo?” Infojus, 31/05/2010, publicado en www.acaderc.org.ar.

49 Cfr. RICHARD, “¿Es lícita la cesión...”.

50 Cfr. SAJÓN, 45.

51 Cifuentes, al comentar el artículo 1195 del Código Civil, señala: “Al disponer la parte final de la norma que los contratos “no pueden perjudicar a terceros”, vuélvese a recalcar que esos efectos no pueden beneficiar ni perjudicar a quienes no revisten la condición de parte o no son sus sucesores universales (arts. 503, 504 y 1199)” (CIFUENTES, Santos, director, SAGARNA, Alfredo, coordinador, Código civil comentado y anotado, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2008, TIII, 84).

52 Cfr. ARGERI, Saúl A., “Pautas de aplicación regulatorias de la homologación del concordato”, LL 1979-B, 1167.

53 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 221; MALAGARRIGA, 254.

54 Cfr. SAJÓN, 46.

55 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 447.

56 Cfr. LONDOÑO S., Darío, “Naturaleza jurídica del concordato mercantil”, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, N° 51, Bogotá, diciembre de 1976, 235.

57 Cfr. MATIENZO, Agustín Nicolás, Curso de quiebras, Talleres Gráficos Ghio, Buenos Aires, 1927, 255.

58 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 200-201.

59 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto , 161; MALAGARRIGA, 254.

60 Cfr. SAJÓN, 47.

61 GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 448.

62 ARMENGOL, 133.

63 Cfr. CASTILLO, Ramón, La quiebra en el derecho argentino, 2 vol., Buenos Aires, 1940, 198.

64 Cfr. MARTÍN Y HERRERA, Félix, La convocación de acreedores y la quiebra en el derecho argentino, Imprenta y casa editora Com, 1919, Buenos Aires, 173.

65 Cfr. MATIENZO, 271.

66 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado, Víctor P. De Zavalía editor, Buenos Aires, 1953, T. I, 244.

67 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 201.
68 Cfr. ROCCO, pp. 51 y s.s.
69 Cfr. SAJÓN, 50.
70 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 480.
71 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 226.
72 Cfr. LONDOÑO, 236.
73 Cfr. BONELLI, 750 y 751.
74 Idem, 713.
75 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 202.
76 Cfr. BELFER, Francisco, Ensayo acerca de la naturaleza jurídica del concordato, Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Colegio de Abogados. Palacio de Justicia, Rosario, Tomo VII, mayo-agosto 1936, 32.
77 Cfr. SAJÓN, 49.
78 Ibidem.
79 MAFFÍA, Derecho concursal, 220.
80 Cfr. JUNYENT BAS, 140.
81 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 202.
82 Cfr. JUNYENT BAS, 139.
83 Cfr. LONDOÑO, 237.
84 “Es la homologación del concordato, y no su aprobación en la junta por las mayorías de votos y de capital exigidas por la ley, lo que hace obligatorio el cumplimiento de sus cláusulas” (CNCom, Sala B, 07/07/1967, JA, 1967-V, sec. res., N° 4, pág. 395). Si bien dicho pronunciamiento fue dictado durante la vigencia del régimen concursal reglado por la Ley 11.719, entendemos que su doctrina, en cuanto refiere al efecto del auto homologatorio, se encuentra vigente y avala la idea que se pretende expresar. En efecto, doctrina más moderna así lo ha señalado: la homologación “es condición sine qua non de la validez y exigibilidad del acuerdo” (ROUILLON - ALONSO - TELLECHEA, t. IV-A, 635).
85 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 458.
86 Utilizamos el término voto por respetar la idea original del autor citado en la nota al pie que sigue. Más adelante precisaremos la noción y los alcances de dicha expresión.
87 Idem, pp. 458-459.
88 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 230.
89 S. T. La Rioja, Jurisprudencia Agrupada, LL, t. 1975-D, 451. Si bien este fallo fue dictado durante la vigencia de la Ley N° 19.551, estimamos que su criterio no ha perdido actualidad.
90 Consideramos aquí como parte a aquellos sujetos facultados para celebrar el acuerdo concursal, ya sea formulando la propuesta, por un lado, y rechazando o aceptándola, por el otro, más allá de aquellos a quienes los efectos de ese pacto se extenderán una vez que sea homologado.
91 “El artículo 36 de la Ley 24.522 dispone que la decisión sobre el estado pasivo que el juez fija en esa oportunidad, es definitiva a los fines del cómputo de las mayorías y base del acuerdo, de modo tal que es a esos acreedores, declarados verificados o admisibles, a quienes el convocatario debe pedirles su conformidad, o al menos sobre es piso desarrollar el juego de negociaciones propio del concurso” (CNCom, sala A, Instituto Médico Modelo S.A. s/concurso preventivo, 27/06/05). Compartimos en este punto la opinión de Vaiser que señala: “No existiendo óbice legal a tal efecto, los acreedores que se incorporen al pasivo antes del vencimiento del período de exclusividad, integran la base de cómputo de las mayorías que concurren a la aprobación del acuerdo, siempre que tal situación se verifique antes de la oportunidad prevista en el art. 42” (VAISER, Lidia, “Categorización de acreedores - Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad”, LA LEY 1998-C, 1252).

92 Cfr. JUNYENT BAS, 162.

93 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 240.

94 El concepto del “acreedor hostil” ha sido desarrollado como creación pretoriana para excluir del derecho a voto a quien se niega a dar su conformidad a un acuerdo preventivo por razones que se estiman injustificadas, pese a no encontrarse previstas expresamente entre las causales de exclusión de voto del art. 45 de la LCQ.

95 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 227. El autor refiere al artículo 59 de la Ley N 19.551 (sancionada el 04/04/1972, promulgada el 04/04/1972, B.O. 08/05/1972, ADLA 1972 - B, 1847), cuyo lugar ocupa actualmente el artículo 50 de la LC. En nuestra opinión, las diferencias de redacción de ambas normas no desvirtúan la validez de la aseveración referida. Por otra parte, compulsadas las otras obras elaboradas por el autor a la luz de la LC, que se detallan en la bibliografía utilizada para el presente trabajo, pudimos verificar que no ha sido modificado dicho temperamento. Volveremos sobre el tema más adelante.

96 CNCom, Sala C, Oligon, S. A., 27/11/1987, LA LEY 1989-B, 385.

97 Cfr. LONDOÑO, 234.

98 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 448; MATIENZO, 256; GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, 161.

99 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 202.

100 Cfr. MATIENZO, 256.

101 Cfr. JUNYENT BAS, 141.

102 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, pp. 230-235.

103 Idem, 231.

104 BONFANTI, Mario Alberto - GARRONE, José Alberto, Concursos y quiebras, sexta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, 129.

105 Cfr. BONFANTI - GARRONE, pp. 128-129.

106 Cfr. BONFANTI - GARRONE, pp. 128-129.

107 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 232.

108 Idem, 233.

109 Idem, 234.

110 Ibidem.

111 Ibidem

112 Idem, 235.

113 Cfr. PAJARDI, pp. 295-296.

114 Idem, pp. 299-300.

115 Cfr. MATIENZO, pp. 256-257; MALAGARRIGA, 254.

116 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 448.

117 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 203.

118 Cfr. SAJÓN, 42.

119 En su desarrollo del tema, Londoño va más allá e indica que el acuerdo alcanzado por el concursado y sus acreedores carece por completo de valor, siendo la resolución del juez la que le da vida, validez y fuerza obligatoria (Cfr. LONDOÑO, 234). Sajón se pronuncia en la misma inteligencia (Cfr. SAJÓN, 44).

120 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, 161.

121 Cfr. SAJÓN, 42.

122 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 203.

123 Cfr. POLLAK, Das Concurssetcht, 400, cit. por ARGERI en: La quiebra..., 203.

124 Cfr. SAJÓN, 44.

125 Cfr. MATIENZO, 258.

126 Ibidem.

127 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, pp. 161-162. Cabe aclarar que si bien el juez posee facultades para imponer el acuerdo en caso de abuso de acreedores o cuando se verifiquen los supuestos del artículo 52 inc.

b) de la LC, en ningún modo puede alterar el contenido de dicho arreglo, sino que su intervención al respecto debe limitarse a aprobarlo u observarlo, según el caso (Cfr. JUNYENT BAS, “La figura del concordato”, 148).

128 Cfr. SAJÓN, 44.

129 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 450.

130 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 203.

131 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 450.

132 Cfr. RICHARD, Efraín H, “Legitimación para votar el acuerdo concursal. ¿Negocio colegial colectivo?”, LA LEY2006-B, 894 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 625.

133 Cfr. MATIENZO, pp. 258-259.

134 Cfr. LONDOÑO, pp. 234-235.

135 Cfr. SAJÓN, 45.

136 Ibidem.

137 Cfr. MATIENZO, 259; GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, pp. 451-452.

138 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 452.

139 Cfr. MATIENZO, 260.

140 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 203.

141 Ibidem.

142 Si bien no compartimos la utilización de la voz “expropiación”, a fin de no alterar el pensamiento original de los autores, transcribimos textualmente el término empleado en la obra que se cita en la subsiguiente nota al pie, dejando a salvo nuestra opinión, en cuanto pensamos que puede ser reemplazada por “desapoderamiento”.

143 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 460.

144 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 231.

145 Cfr. ARGERI, La quiebra..., 205.

146 Idem, 207.

147 Idem, pp. 205 y 208.

148 Idem, pp. 206-207.

149 Idem, 208.

150 Cfr. PAJARDI, pp. 296-297.

151 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 220.

152 Lo expuesto no significa desconocer las facultades homologatorias del juez, regladas en art. 52 inc. b) LC, sino aclarar que sin la base consensual el concordato no puede constituirse.

153 Cfr. CÁMARA, El concurso preventivo y la quiebra comentario de la ley 19.551..., 363.

154 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, pp. 475-476.

155 Cfr. QUINTANA FERREYRA, 486.

156 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, 163.

157 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, pp. 236-237.

158 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 232.

159 Idem, 233.

160 Idem, pp. 234-235.

161 Idem, 235.

162 Idem, pp. 220-221.

163 Malagarriga va más allá de esto, al considerar como totalmente admisible la concepción de un régimen por el cual se autorice al magistrado a aprobar la propuesta del concursado, aunque ella no fuera aceptada por la Junta, en el entendimiento que el crédito otorgado al deudor lo fue bajo condición de atenerse a lo que se dispusiese judicialmente a su respecto (Tratado..., p. 257). Cabe señalar que dicho autor se pronunció teniendo en miras la regulación concursal establecida por la ley 11.719.

164 Cfr. MAFFÍA, “El juez del concurso (XII)”, ED, pp. 1396-1407.
165 Cfr. ARGERI, La quiebra..., pp. 203-204; MALAGARRIGA, 255.
166 Cfr. LÖHR, Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs, citado por MATIENZO, 261.
167 Cfr. SAJÓN, pp. 42-43.
168 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 453.
169 Cfr. MATIENZO, 260.
170 Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, “Legitimación para votar el acuerdo concursal...”.
171 Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique, El concordato, Montevideo, 1937, 44.
172 Cfr. MATIENZO, 261.
173 Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, 420.
174 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 478.
175 CNCom, 08/08/1938, JA., t. 63, p. 616. Este criterio fue expresado a la luz del Régimen Concursal reglado por la ley N° 11.719, no obstante consideramos que el mismo no ha perdido vigencia.
176 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 478.
177 Cfr. GRAZIABILE, Darío J., “¿Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado?”, LLBA 2004, 817.
178 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 244.
179 Cfr. JUNYENT BAS, 142.
180 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 241. Actualmente, cabe agregar que en la hipótesis de cramdown o salvataje, aún terceros ajenos al proceso pueden realizar una oferta de acuerdo (Cfr. JUNYENT BAS, “La figura del concordato”, 142).
181 Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, “El perfil negocial del concordato. Los acreedores no “votan”: prestan su conformidad individual”, La Ley 2007-C, 1195; PORCELLI, Luis A., “Impugnación del acuerdo”, en CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la Ley 24.522..., t. II, 335. Hacemos extensiva a la presente, la aclaración formulada en la nota al pie N° 126 respecto de las facultades que posee el juez con relación al acuerdo.
182 Cfr. GRAZIABILE, 817.
183 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, pp. 241-242. Recogimos y compartimos el pensamiento expresado por el autor en la obra citada y que fuera desarrollado a la luz de la ley 19.551, al cual le acordamos plena vigencia; aunque en trabajos posteriores, mudó de parecer al señalar que con la ley 24.522 se suprimió el requisito de la sentencia homologatoria para la integración del concordato, reduciéndose la función del magistrado a la de hacer saber la existencia de un acuerdo preventivo (Cfr. Manual de concursos, TI, pp. 254-255 y La ley de concursos comentada, TI, pp. 207-208). No obstante ello, el autor retomó su criterio original, indicando que la ley N° 25.589 revocó ese privatismo consagrado por la ley N° 24.522 en su artículo 52 (Cfr. “Acuerdo preventivo extrajudicial...”).
184 Cfr. ROUILLON - ALONSO - TELLECHEA, t. IV-A, 637.
185 Cfr. MONTI, José Luis, “El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso”, LL2000-F, 1089.
186 Cfr. ROUILLON - ALONSO - TELLECHEA, t. IV-A, 637.
187 CNCom, Sala D, Banco Hipotecario S.A. s/ A.P.E., 28/04/2006, LA LEY 2006-D, 699.
188 Cfr. MAFFÍA, Derecho concursal, 242.
189 Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ - FERNÁNDEZ MADRID, 470; MATIENZO, 268; JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Nuevas reformas “provisorias” a la ley concursal. Ley 25.563”, LL, 2002-B, 1112.
190 CNCom, Sala A, Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Gras Juan Carlos y otros s/ ejecutivo, 07/07/2011, MJJ68239.
191 Cfr. SAJÓN, 58.

192 Cfr. CNCom, Sala D, Banco Hipotecario S.A. s/ A.P.E., 28/04/2006, LA LEY 2006-D, 699; JUNYENT BAS, “La figura del concordato...”, 143; ROUILLON - ALONSO -TELLECHEA, t. IV-A, 637.

“A veces la demanda u otros actos procesales, aunque no actos (o negocios) jurídicos en sí mismos, pueden contener a la vez uno de éstos: así, la transacción de derechos litigiosos, la consignación de la cosa o de la suma debida en pago, etc., son actos (o negocios), sujetos a las normas del derecho civil, sin perjuicio de las que les corresponde en cuanto actos procesales” (ORGAZ, 73).

© Copyright: Universidad Austral