

Propuesta de acuerdo preventivo abusiva: análisis de la figura en el derecho concursal argentino

Por Sebastián Marcelo Serra

I.- Planteo del tema [arriba]

El derecho concursal en nuestro país ha sido una de las ramas del derecho que más actividad -tanto legislativa como tribunálica- ha generado en las últimas décadas.

El dinamismo del derecho concursal no necesariamente se tradujo en un mejoramiento de los procesos concursales, y mucho menos en una mayor transparencia de los mecanismos que procesos de este tipo disparan.

Durante los últimos años del siglo pasado y los primeros del siglo XXI, y producto de la tremenda crisis social y económica que atravesó la República Argentina, la cantidad de concursos preventivos -tanto de personas físicas como de sociedades grandes, medianas y pequeñas- creció de modo exponencial, y ello generó que muchos ciudadanos (trabajadores, comerciantes, empresarios, etcétera) se vieran afectados por el concursamiento de sus deudores, y en muchos casos fueran víctimas de abusos por parte de éstos.

Los abusos de este tipo son de difícil monitoreo estadístico (es casi imposible que pueda contarse con un relevamiento serio al respecto), pero la práctica cotidiana de la abogacía, la conversación sincera con los colegas y algunos pronunciamientos judiciales esperanzadores reflejan la poca credibilidad que el sistema tiene. Incluso en ámbitos académicos se ha llegado a afirmar que hoy se considera al derecho concursal como una fuente de fraudes[1].

Y, como casi siempre, son los acreedores los que se llevan la peor parte. Los concursos preventivos han ido convirtiéndose en muchos casos -lentamente pero en forma sostenida- en meros artulugios para lograr la licuación de pasivos, en detrimento de los intereses de los acreedores, a quienes que se les imponen gigantescas quitas y esperas.

El deudor concursado -en muchos casos- no busca ya una solución que le permita superar con éxito dificultades de índole económico o financiero, sino lisa y llanamente hacer desaparecer su deuda bajo la fachada de una propuesta que obtenga las mayorías legales necesarias para su aprobación. Lo fundamental es pagar lo menos posible, y si puede pagarse nada, mejor. Así, se desvirtúan los fines del concurso preventivo, y se desfigura la imagen que los ciudadanos tienen del Poder Judicial.

Esta situación, claramente anómala, ha alertado a un importante y destacable sector de la doctrina, y cabal muestra de ello es que el tema elegido para este trabajo, es decir el abuso en la formulación de la propuesta de acuerdo preventivo, fue objeto de un extenso y generoso tratamiento en el más importante de los últimos congresos de la materia[2].

La preocupación existente se justifica sobradamente. Lo que debe al menos intentarse es morigerar las consecuencias -de por sí desfavorables para los acreedores- que el concursamiento preventivo provoca. No se trata de inclinar la balanza a favor de los titulares de acreencias contra el deudor concursado, sino de buscar cierto equilibrio que no debe romperse aunque se esté en un ámbito donde la escasez un dato ineludible y algunos principios jurídicos dejan de aplicarse. No debe perderse de vista que, aún en un escenario signado por la cesación de pagos, y por altos que resulten algunos fines que la legislación concursal tiende a alcanzar, hay ciertos límites y frenos que deben anteponerse a la voluntad del deudor y sus acreedores.

Las maniobras fraudulentas en los concursos preventivos pueden tomar diversos ropajes, pero algunas son más usuales y perniciosas. En las primeras etapas del concurso preventivo pueden aparecer -entre otras- la omisión de denunciar acreedores para evitar que la sindicatura les notifique la presentación en concurso, la creación de falsas acreencias, la categorización irrazonable de los créditos como antesala para la manipulación de las mayorías, etcétera.

Adentrándose más en el proceso se presentan -con indeseable habitualidad- la formulación de propuestas irrisorias y la compra de votos o de conformidades para desistir impugnaciones y recursos. Y existen distintas opiniones. Para algunos[3] la calificación de abusiva de una propuesta es algo que resulta ajeno a las cuestiones relativas a la emisión de las conformidades (connivencia, compra de créditos, etcétera). Para otros[4], el límite moralizador no debe estar puesto en limitar la propuesta de acuerdo preventivo, sino en instrumentar aquellos medios necesarios para que las mayorías no legítimas -en connivencia con el sujeto concursado- logren someter a la minoría disidente.

En nuestra opinión, es cierto que se trata de cuestiones distintas. Una cosa son los términos y condiciones de la propuesta en sí mismos, y otra cómo se alcanzaron las mayorías para que resultara aprobada. El presente trabajo pondrá el foco en la primera de las cuestiones. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la realidad nos muestra que en la práctica ambos modos de abuso casi siempre van de la mano. Es seguro que una propuesta irrisoria necesitará de mayorías fraudulentas para ser aprobada. Los acreedores que prestan su conformidad a un acuerdo que resulta ruinoso para sus intereses invariablemente recibieron algo a cambio. Es que nadie (salvo, muy excepcionalmente, algún proveedor que esté interesado en la subsistencia de la empresa concursada) tiende naturalmente a prestar su consentimiento a una propuesta que implique la desaparición de su acreencia y por ende percibir lo mismo -o menos- que en una eventual quiebra.

A nuestro modo de ver, se impone una necesidad de detener los abusos de los que resultan objeto los acreedores. Sin dudas que será una tarea ardua y poco cómoda que deberán llevar a cabo los magistrados, con el auxilio de síndicos concursales y abogados. Pero es una necesidad imperiosa, pues una tendencia como la descripta tarde o temprano redundará en una menor confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Es por ello que en este trabajo intentaremos abordar -con las limitaciones impuestas en cuanto a la extensión del mismo- las cuestiones involucradas e intentar extraer algunas conclusiones que permitan al lector tener una aproximación sencilla pero a la vez práctica con la temática en cuestión.

II.- El concurso preventivo: los principios en pugna [arriba]

Cualquier análisis que se intente hacer sobre una figura o aspecto concursal (en este caso, la propuesta de acuerdo) debe necesariamente abordar en un principio un estudio de los distintos principios e intereses que hay en juego.

De la valoración que se haga de dichos principios y la mayor gravitación que se asigne a algunos de ellos, dependerá la posición que cada uno pueda adoptar sobre el particular.

Por ello, seguidamente se hará un breve recorrido por los distintos principios que alimentan el derecho concursal, explicando por qué merecen amparo y cuáles deben considerarse fundamentales.

Debe partirse de la siguiente premisa: el deudor cayó en estado de cesación de pagos (presupuesto para la apertura del concurso preventivo), de modo que se halla imposibilitado de atender deudas exigibles de forma generalizada. Esto pone en evidencia una característica típica del escenario concursal: la escasez.

Corresponde admitir entonces que si hay escasez habrá sacrificios, y así seguramente todos los actores involucrados -deudor y acreedores- sacrificarán parte de su patrimonio como resultado del proceso concursal.

Ahora bien, ¿cuáles son los principios en juego?, ¿alcanzarán esos principios para justificar los distintos sacrificios?

Por un lado aparece el interés de los acreedores: su derecho de propiedad expresamente protegido por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, y también el principio de trato igualitario que merecen.

Pero hay además otros principios en juego: el interés general (social), la confianza y la buena fe (en el comercio), la conservación de la empresa y los puestos de trabajo, la protección del crédito, la reacción en cadena de la cesación de pagos, la defensa en juicio, la defensa del consumidor (por ejemplo, el financiero), etcétera.

Así, por ejemplo, los acreedores pretenderán ser tratados igualitariamente y cobrar con la menor quita posible y sin espera, los trabajadores estarán interesados en que sus empleadores no caigan en quiebra y así se mantengan sus fuentes de trabajo, y para los comerciantes será importante que el crédito fluya y exista un clima general de confianza.

Incluso el Estado mismo no está interesado en la quiebra, por cuanto representa un daño en la economía nacional, y muchas quiebras en conjunto pueden llevar dicha economía a un verdadero desastre, sin que este peligro se vea compensado con la posibilidad de sancionar criminalmente a los fallidos dolosos o culpables[5].

Difícil resultará siempre armonizar todos estos principios de un modo que satisfaga a deudores, acreedores, trabajadores, Estado, etcétera. Pese a ello, en nuestra opinión hay ciertos elementos que permiten dar preeminencia a los derechos de los acreedores y así rechazar la homologación -a pedido de parte interesada o inclusive de oficio por el juez- de propuestas concordatarias abusivas.

El primer elemento es la necesidad, como enseña Francesco Messineo, de que la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo implique un aligeramiento del pasivo del deudor merced al sacrificio parcial de los acreedores[6]. Y ese sacrificio, para que sea parcial, es decir no absoluto, implicará que los acreedores reciban una prestación que no desvirtúe su derecho de propiedad.

Otro elemento preponderante es la necesidad de que se garantice la protección del crédito. En este orden de ideas se ha dicho que sin el crédito no es posible llevar a cabo el desarrollo y expansión integral de las distintas unidades económicas, de modo que el crédito es uno de los más importantes factores de progreso en los tiempos modernos[7]. La persona que da crédito lleva a cabo un acto de confianza, confía en que le será pagado lo debido, y el concurso preventivo no puede ser la excusa para que no cobre y su derecho pase a ser ilusorio.

Cuando alguien ve defraudadas sus legítimas aspiraciones de cobro -que el concursamiento de su deudor puede atenuar pero nunca eliminar- es muy probable que restrinja el otorgamiento de crédito a terceros, o en todo caso lo conceda exigiendo garantías adicionales de cobro. Si situaciones como ésta se generalizaran, se vería

afectada la economía del país, lo que tendría repercusiones desfavorables al interés general de la comunidad.

A todo esto hay que agregar, como argumento favorable a la defensa de los derechos de los acreedores, una circunstancia típica de toda crisis (incluimos en esta categoría al concurso preventivo): ya no puede regir el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, comienza a regir un derecho imperativo.

En el marco de un concurso preventivo, los acreedores quirografarios podrán quedar sujetos a la decisión de la mayoría, y se les impondrá “por la fuerza” un contrato respecto del cual no dieron su consentimiento o aprobación.

Por imperio de la ley, la norma del *pacta sunt servanda* se transforma, y se establece un régimen distinto y exorbitante del orden contractual, mediante el cual el ejercicio de los derechos individuales de los acreedores queda subordinado a exigencias de tipo colectivo. Y todo esto únicamente puede explicarse porque prevalece el interés público.

Ello obligará a ser mucho más cuidadosos a la hora de analizar los derechos de estos acreedores. Ya que los acreedores que no prestan su conformidad con el acuerdo, o no participan en él por estar sus acreencias involucradas en incidentes de revisión o verificación tardía, pueden resultar afectados por aquello que una mayoría decida, la licitud y legitimidad (no la mera legalidad) de lo decidido deben ser analizadas severamente.

En resumen, hay diversos principios que son ponderados por el operador del derecho que interviene en un concurso preventivo. Los conflictos de intereses florecen rápidamente por existir distintos actores y la evidente imposibilidad de que todos puedan ser satisfechos plenamente. Sin perjuicio de ello, el derecho de propiedad de los acreedores y la protección del crédito, sumados a la sujeción de éstos a un régimen legal imperativo y en el cual las mayorías están en condiciones de imponer sus decisiones, justifica plenamente el control -y en su caso rechazo- del contenido de la propuesta de acuerdo preventivo.

El derecho concursal argentino puede ser calificado como pendular[8] por sus constantes cambios de rumbo. Ello a nuestro juicio no justifica que reconozcamos que existen intereses (sostenimiento de los puestos de trabajo, continuidad de la empresa, etcétera) que puedan ser ubicados por encima de los derechos de propiedad de los acreedores y la defensa de la confianza y circulación del crédito en la economía.

III.- El ejercicio abusivo del derecho y la buena fe en la legislación nacional [arriba]

Corresponde inicialmente adentrarnos a analizar las nociones de abuso del derecho y de la buena fe en el derecho argentino.

Desde hace mucho tiempo comenzó a preocupar a los juristas si las personas pueden ejercer sus derechos (entendidos como las facultades que las leyes les reconocen) del modo que desean[9] o si, por el contrario, el juez tiene el deber de arbitrar los medios necesarios a fin de evitar que terceros resulten perjudicados.

La inclusión de un capítulo específico sobre estos temas remarca dos cosas. La primera, que los institutos de la parte general del derecho impregnan a las demás ramas, y ello permite su utilización en todos los ámbitos del derecho. La segunda, que es una lógica derivación de la primera, es que los magistrados con competencia concursal tienen a su disposición diversos institutos cuya selección y empleo muchas veces -además de ser un imperativo legal- facilita arribar a soluciones justas.

Se observa pues que sería un error concebir al derecho concursal como un compartimiento estanco, pretendiendo aislarlo de otras disposiciones o normas legales distintas a las de su régimen específico. Muy por el contrario, el derecho de los concursos preventivos y las quiebras se ve enriquecido cuando se lo aplica de un modo armónico con la restante legislación vigente.

Resultará provechoso entonces hacer un breve repaso sobre ciertas cuestiones -abuso del derecho, buena fe, etcétera- cuya ponderación y análisis será esencial a la hora de calificar como abusiva una propuesta de acuerdo preventivo.

El período anterior a la reforma de la ley 17.711.

Dijimos más arriba que desde antaño preocupó a los juristas que las personas pudieran ejercer sus derechos con abuso.

Esto derivaba, por un lado, de la idea de que el ejercicio de un derecho o facultad no podía generar responsabilidad para quien actuaba, y por el otro, de la comprobación de que muchas veces los titulares de prerrogativas reconocidas legalmente las usaban para dañar injustamente a terceras personas. La incongruencia de la situación era evidente.

Si bien una reflexión sobre este tema nos llevaría a lo más profundo de las distintas corrientes de la filosofía del derecho, desviándonos del propósito de este trabajo, no puede negarse que las distintas posiciones responden a concepciones (liberales, positivistas, etcétera) diversas sobre qué es la ley, qué es el derecho, y sobre cuáles prerrogativas debe tener la persona como sujeto de derecho.

La doctrina del abuso del derecho provocó discusiones entre aquellos que sostenían la necesidad de apegarse a la letra estricta de la ley (entonces lo que importaba era analizar si la conducta violaba o no lo escrito) y aquellos para quienes sería injusto que el límite a las conductas humanas estuviera dado únicamente por el texto positivo.

Así las cosas, Vélez redactó el artículo 1071 del Código Civil como sigue: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto.”.

De este modo, las leyes daban amparo a un instituto que era reclamado en términos de estricta justicia. Existía una necesidad de acotar -en beneficio de la comunidad toda- la posibilidad de que las personas, amparándose en la aparente legalidad de su proceder, dañaran injustamente a otros.

Entonces, el artículo 1071 del Código Civil sirvió para poner un límite seguro a la regla de derecho constitucional de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe[10].

La jurisprudencia, por su parte, aplicó el instituto. Así, se juzgó que abusa de su derecho quien hace del mismo un uso irrazonable o excesivo[11].

Inclusive la reforma constitucional del año 1949 se ocupó del asunto, y así se introdujo en la Carta Magna que estuvo vigente hasta el triunfo de la Revolución Libertadora un artículo específico al respecto[12].

La Corte Suprema también entonces reconoció en sus pronunciamientos que la teoría del abuso del derecho gozaba de adecuada aceptación y vigencia en el régimen jurídico nacional[13].

En este orden de ideas, debemos también hacer mención al artículo 953 del Código Civil, que aún mantiene su redacción original. Esta norma declara nulos aquellos actos jurídicos cuyo objeto -entre otros supuestos- sea ilícito o perjudique los derechos de un tercero. De nuevo se observa la preocupación de Vélez por crear un marco moralizador que permitiera frenar la configuración de injusticias bajo el disfraz, por ejemplo, de un acuerdo de voluntades.

Lo mismo puede decirse en relación al principio de la buena fe, que no es otra cosa que el deber de las personas de obrar correctamente, como lo haría alguien honorable y diligente[14]. Los tribunales argentinos aplicaron este principio del derecho reiterada e invariablemente, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 17.711.

Siempre fue un deber de los jueces velar por un orden social justo. Los institutos como el abuso del derecho y la buena fe les permitieron evitar soluciones injustas. Se trata de herramientas jurídicas cuyo empleo hizo que, a lo largo de muchos años, se fueran dictando pronunciamientos ajustados a derecho frente a comportamientos reprochables por parte de quienes intentaron ejercitar abusivamente sus derechos o actuar de mala fe.

La reforma de 1968 al Código Civil.

En el año 1968 se llevó a cabo una reforma legislativa que implicó una revisión general del Código Civil. La obra de Vélez contaba por ese entonces con muchas décadas de vigencia, y desde hacía bastante tiempo los juristas nacionales reclamaban una reforma legislativa que modernizara dicho cuerpo legal.

Durante los casi cien años de vida del Código Civil, la sociedad argentina había sufrido importantes cambios políticos, sociales y culturales. Los tribunales habían ayudado con su labor jurisprudencial a adaptar ciertos criterios a las nuevas realidades, pero aun así muchas voces reclamaban algunas modificaciones al texto de la ley.

En opinión de muchos, el Código Civil en su redacción originaria era una obra impregnada de una filosofía propia del liberalismo, con connotaciones individualistas y positivistas. Criticaban así la presencia de un exacerbado interés por el bien “seguridad” en detrimento del valor “justicia”, siendo su máxima expresión el respeto absoluto de la voluntad contractual que muchas veces derivaba en la configuración de abusos.

Los defensores de la reforma de 1968 hacían hincapié en la necesidad de avanzar hacia la búsqueda de la “justicia” como bien supremo, poniendo a disposición del juez herramientas de “equidad” (por ejemplo, los nuevos artículos 954, 1071 y 1198 del Código Civil) que permitieran desarticular situaciones en las cuales, en aras de la “seguridad” en las relaciones, se terminarían convalidando verdaderos excesos.

La filosofía de la ley 17.711 puede observarse con nitidez en la nueva redacción que se dio al artículo 1071 del Código Civil: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”.

A simple vista puede verse que la reforma acentuó el reproche que merece el abuso bajo la pantalla de un derecho reconocido en una norma (legal o contractual). Y así se puso a disposición de los magistrados una norma positiva que, permitiendo un amplio margen para su aplicación, se convirtió en un verdadero principio del derecho argentino.

Tal como enseña Borda -uno de los máximos responsables de la reforma bajo estudio- la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia y validez de los derechos subjetivos necesariamente implica cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos, porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, a veces ocurre que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador[15].

Si el titular de un derecho utiliza las prerrogativas legales para perjudicar a otro incurre en una responsabilidad por este acto voluntariamente nocivo, la intención de dañar no puede ser tolerada por la sociedad, pues se configuraría un verdadero abuso del derecho[16].

Figuras como la del artículo 1071 del Código Civil son resistidas por sectores minoritarios, pues hay quienes ven en institutos como éste una puerta abierta a la arbitrariedad de los jueces (¿cuál es el criterio que permite a un juez decidir si un derecho se ejerció de manera abusiva o no?). Para posiciones como ésta, un texto legal tan amplio y generoso tiene implícito un riesgo grave, cual sería que la ley no indica la frontera entre lo que es lícito y lo que resulta abusivo. Así, predicen soluciones injustas y arbitrarias cuando nada ilegal ocurre.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con quienes -so pretexto de la defensa irrestricta de la llamada "seguridad jurídica"- son capaces de admitir situaciones de abusos y perjuicios. Si bien es cierto que la aplicación del artículo 1071 demandará de los jueces un esfuerzo por ser responsables y considerar las consecuencias de sus fallos, las colecciones de jurisprudencia son una clara muestra de que mayoritariamente se ha hecho una recta aplicación del instituto del abuso del derecho en nuestro país.

Otra importante reforma al Código Civil estuvo dada por la nueva redacción del artículo 1198, que expresamente estableció que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. He aquí una norma que representa cabalmente el espíritu y propósito de la ley 17.711.

Y este principio rector de las conductas de los contratantes, la buena fe, implica comportarse como lo hace alguien honesto, con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores al negocio, como así también durante su celebración, interpretación y ejecución[17].

El *standard* de la buena fe, como exigencia legal expresa, implica que nadie puede celebrar un contrato si no actúa en forma íntegra y decente. Y ello es así porque si una persona se vale de un instrumento legal (un contrato) para llevar a cabo comportamientos y conductas deshonestas, tal proceder no puede recibir amparo y el cocontratante perjudicado podrá obtener una revisión judicial de lo pactado.

En tal sentido se ha dicho que la inclusión expresa en el primer párrafo del artículo 1198 del Código Civil de la apelación a la buena fe, como norma que debe regir todas las relaciones contractuales, ha significado un aporte positivo[18].

De nuevo aquí podría alegarse cierta dificultad para discernir quién actuó con buena o mala fe, lo que llevaría a algunos a pensar que se trata de cuestiones subjetivas y sólo conocidas por el agente en su fuero íntimo. En nuestra opinión, cierto resulta que la aplicación del artículo 1198 exige una dosis importante de prudencia, pero la norma en cuestión resulta valiosa pues brinda un abanico de posibilidades para que los tribunales detengan a quienes asumen conductas ilícitas.

En resumen, podemos decir que la reforma del año 1968 implicó una profundización de las instituciones del derecho privado que tienden a velar por el equilibrio de las

relaciones jurídicas. Así se explica cómo quedaron redactados los distintos artículos a los que se hizo referencia a lo largo de este capítulo.

Nuestro Código Civil -cuerpo que ilumina en su totalidad al derecho nacional- no permite que los particulares puedan hacer lo que les plazca, aunque no exista una prohibición expresa. Existen límites a la voluntad de las personas impuestos, según pudimos ver, por la ley.

IV.- El juez concursal a la hora de homologar una propuesta de acuerdo preventivo [arriba]

Será objeto de tratamiento en el presente capítulo las distintas épocas que fue recorriendo el derecho de los concursos preventivos y las quiebras en relación a las facultades de los magistrados para rechazar la homologación de los acuerdos a los que arribaban los deudores concursados preventivamente y sus acreedores.

Haremos un recorrido a lo largo del siglo que pasó y del que hoy en día transitamos, a través del cual podrá apreciarse cuán cambiante es el derecho concursal en la República Argentina, donde las leyes de bancarrotas tienen una vigencia -en promedio- mucho más exigua que en países con sistemas jurídicos similares.

Los cada vez más frecuentes cambios en la legislación concursal son perjudiciales para el sistema en su conjunto, de ello no puede haber duda. Más allá de que cabe presumir la buena intención del legislador a la hora de proponer e implementar cambios en la normativa concursal, la repetición de reformas de un modo constante conspira naturalmente contra la solidez de los institutos y figuras concursales, a la vez que genera incertidumbre en quienes pueden verse involucrados en un concurso preventivo.

A esto hay que sumar la escasez de debates serios y profundos -principalmente en las últimas reformas- en los cuales pudieran tener activa participación abogados, síndicos concursales, jueces, etcétera, que son quienes en definitiva (por las incumbencias profesionales que les resultan propias) más conocen los puntos sólidos y débiles del ordenamiento concursal, y por ende mejor calificados se encuentran para sugerir cambios o modificaciones si es que resultan necesarias y provechosas.

Haremos al lector otra advertencia, pues hay ciertos hechos y circunstancias que deben ser apuntados.

Por un lado, que en los primeros tiempos la población del país y la escala de su economía hacían que el tráfico comercial fuera mucho más reducido que en épocas posteriores. Ello, lógicamente, generaba que fueran menos los conflictos derivados de dificultades económicas de los comerciantes.

De otro lado, en los primeros tramos de la vida de nuestra República, la misma estaba muy lejos de la crisis social y económica en la que -con algunos altibajos- se halla sumergida desde hace ya muchas décadas. Esta diferencia se explica, básicamente, en la forma en que los argentinos enfrentaban la cesación de pagos y sus eventuales vías de solución. Para las primeras generaciones de compatriotas, asumir la calidad de deudor implicaba, automáticamente, el firme compromiso de honrar el pago de lo debido.

Socialmente los individuos eran muy celosos de su imagen comercial, y del prestigio y renombre que todo comerciante aspiraba a lograr y mantener. Y el comercio no era una isla en la sociedad argentina. El valor de la palabra empeñada era muy estimado.

La sociedad en su conjunto compartía principios y valores (la ética del esfuerzo y del trabajo, el respeto por la autoridad, por dar algunos ejemplos) que fortalecían el entramado social y solidificaban los vínculos y las relaciones. Todo ello redundaba en un orden social más justo, en el cual las instituciones públicas además gozaban de prestigio y reconocimiento.

Pero con el paso del tiempo, en el siglo XX las cosas comenzaron a cambiar. El país fue cayendo en una espiral descendente, producto de la sumatoria de crisis de todo tipo (sociales, económicas, financieras, culturales) que padeció en forma continua. Los hábitos y comportamientos del pueblo en general, y de los comerciantes en particular, fueron mutando y los incumplimientos dejaron de tener una connotación negativa. Desde hace ya muchos años que presentarse en convocatoria de acreedores o ser declarado en quiebra no genera impacto social alguno. Lógicamente, todo ello es producto de una crisis tremenda que en forma lenta pero sostenida fue quebrando los valores y principios que mantenían unida a la sociedad toda, para que el país fuera un terreno fértil para el “sálvese quien pueda”.

Según nuestro modo de ver, es en este contexto en el cual debe analizarse la problemática objeto del presente trabajo y ponderarse las posibles vías de solución.

Las primeras leyes de quiebras (leyes 4.156 y 11.719).

La primera ley de quiebras argentina, la ley 4.156, se sancionó en el año 1902 y regulaba el instituto del concurso preventivo en varios de sus artículos.

En lo que se relaciona con los términos de la propuesta de acuerdo, primeramente el artículo 20 contemplaba la celebración de la junta de acreedores, en la cual el deudor debía exponer su propuesta de concordato a los acreedores y brindar las explicaciones necesarias, debiendo el juez someter a discusión la misma. Aquí ya se nota un primer dato característico: qué ofrecía pagar el concursado, y cómo pensaba cumplir con lo prometido, era materia de análisis y discusión -ante el magistrado interviniente- por parte del deudor y los titulares de acreencias. El concursado tenía un deber de información y debía explicar por qué su propuesta de concordato era merecedora de aprobación.

A su vez, el artículo 21 de la ley que nos ocupa establecía que “...Las cláusulas del concordato deber ser comunes para todos los acreedores quirografarios sobre la base de una perfecta igualdad. No podrá disponer la remisión total de las deudas ni su pago para una época indeterminada o en una proporción que dependa de la voluntad del deudor.”. Puede verse aquí un primer y muy débil vestigio, aún encontrándonos en los primeros años del siglo pasado, de ciertos límites que el concursado debía respetar a la hora de hacer su ofrecimiento. Y hacemos notar que la legislación en este caso no contemplaba la exigencia de un porcentaje mínimo de pago, lo cual permitía la formulación de propuestas muy escasas.

Y el artículo 23 de la referida ley únicamente permitía que los acreedores ausentes en la junta, o aquellos que habiendo concurrido hubieren votado en contra, impugnaran el acuerdo pero sólo ante la existencia de falta de personería de los votantes que formaron mayoría, fraude entre el deudor y sus acreedores, o exageración fraudulenta de los créditos para formar la mayoría que impuso la aprobación de la propuesta.

Si no era impugnado el acuerdo, o formulada una oposición la misma era rechazada, el artículo 25 establecía que “...el juez declarará aprobado el concordato...”.

De lo expuesto tenemos que el texto legal no contemplaba en modo alguno la posibilidad de que el juez rechazara -por iniciativa propia- la homologación que se le pedía.

Es que la ley 4.156 estaba informada en el concepto fundamental de la restricción de la tutela judicial, suponiendo en los acreedores una acción solidaria para la defensa de sus intereses, pero la práctica no respondía a ese concepto teórico de la ley[19].

Se ha señalado de modo crítico también que bajo la ley de 1902, si el acuerdo aceptado por la junta de acreedores no era impugnado, o si habiendo impugnación la misma no tenía éxito, el juez no podía por su parte negarle aprobación; los jueces se veían así -con frecuencia- obligados a homologar concordatos que, de haberlos considerado según su ciencia y conciencia, jamás hubieran homologado[20].

La ley 4.156, que como vimos recibió duras críticas porque acotaba el campo de acción de los jueces, tuvo una larga vigencia. Recién a comienzos de la década de 1930 se sancionó una nueva ley de concursos y quiebras.

La ley 11.719 comenzó a ser aplicada en 1933, e implicó un giro importante en torno a las prerrogativas de los tribunales para examinar los concordatos y decidir si los mismos eran o no dignos de aprobación judicial.

Además de legislar causales específicas de desaprobación en el artículo 38, en el artículo 40 de la nueva ley se dotó al juez del concurso de una facultad novedosa: podía, aunque no hubiese habido oposición al concordato, negar la homologación cuando estimase que las bases aceptadas por la mayoría fueran notoriamente gravosas para el interés general. El nuevo ordenamiento concursal mantuvo la falta de exigencia de un porcentaje mínimo de pago, pero implementó un sistema que permitía a los magistrados examinar los términos de la propuesta de acuerdo y eventualmente no homologarla si apreciaban afectado el interés general.

Esta transformación impuesta por la nueva ley fue aplaudida por la doctrina, señalándose en tal sentido que los concordatos irrisorios del 5 ó 10% no podrían tener más lugar, por lo que el artículo 40 equivalía a la sentencia de muerte de todos los concordatos que constituían una burla a la ley y a la justicia[21].

A su turno la jurisprudencia reflejó el cambio de rumbo, rechazando la homologación de concordatos que no superaban el examen que la ley de concursos y quiebras exigía. Se ocupó, asimismo, de dar ciertas pautas relativas a la facultad judicial prevista en el artículo 40, pues el texto legal no establecía lista o nómina alguna de supuestos cuya configuración justificara la denegatoria de homologación.

En el precedente “Martínez”[22] se dijo que como el artículo 40 de la ley no establecía los hechos que encuadraban dentro del supuesto previsto en la norma, se trataba de una regla que variaba en cada caso y que los jueces debían apreciar teniendo en vista las modalidades de cada concordato, poniéndose énfasis en que lo que se ha buscado es evitar los concordatos fraudulentos e irrisorios impuestos por las mayorías, muchas veces respaldados por convenios secretos con el deudor.

Resulta a su vez sumamente esclarecedor el fallo “Stad Internacional”[23], en el cual el tribunal afirmó que el interés general al que se refería el art. 40 de la ley 11.719 no era el interés general de los propios acreedores sino el interés público. De esa forma se rechazó la homologación de un concordato que había obtenido la aprobación de las mayorías legales, pues de acuerdo a sus términos los acreedores quirografarios de la sociedad deudora perderían su condición de tales para adquirir el estado de socios de una sociedad distinta, lo cual en opinión del tribunal desvirtuaba la solución preventiva de la quiebra porque los acreedores podían llegar a convertirse en deudores.

Agreguemos que el máximo tribunal bonaerense reivindicó la reforma de la ley 11.719 al asegurar que la aprobación del concordato por la mayoría de acreedores no impone

necesariamente su aprobación ni vincula al juez, ya que es atribución privativa de éste valorar si las bases del acuerdo son notoriamente gravosas para el interés general, y de ese modo se evitan los fraudes y corruptelas a que daba lugar el sistema anterior de la ley 4.156[24].

Por último, para finalizar esta recorrida jurisprudencial cabe hacer mención al plenario “Martiri” de la Capital Federal. Se defendió en esa oportunidad que la homologación debe ser negada si las cláusulas del concordato contradicen o afectan el interés general, debiendo entenderse por tales las que configuran un concordato irrisorio, o convierten el acuerdo votado en algo de muy difícil o imposible cumplimiento[25].

Consideramos a la reforma implementada a partir de la sanción de la ley 11.719 como una señal positiva. Y decimos esto por cuanto se otorgó al juez un rol más protagónico en el trámite de la homologación, reconociéndosele atribuciones muy amplias para el momento de decidir si correspondía homologar o no un acuerdo.

A nuestro juicio también fue acertado el modo en que se redactó el ya mencionado artículo 40, con una fórmula genérica que podía adaptarse a cualquier tipo de abuso que afectara el interés general.

El desarrollo de este capítulo demuestra dos cosas. Primero, que el sistema concursal desde sus orígenes mostró un comportamiento pendular. La ley 4.156 retaceaba las facultades jurisdiccionales, y sus autores tuvieron en mente la figura de un juez carente de una función central, que debía limitarse a comprobar el respeto de las formas extrínsecas del acuerdo, sin entrar a valorar sus términos y condiciones. Muy por el contrario, la ley 11.719 implicó una rotación significativa, haciendo del juez una de las figuras principales del proceso de homologación.

Tal cambio de orientación en la legislación -beneficioso por cierto- tuvo un norte muy definido: dotar a los tribunales de herramientas legales específicas que permitieran evitar concordatos abusivos y por ende contrarios al interés general.

La ley 19.551.

Durante los primeros años de la década de 1970 el derecho comercial sufrió importantes modificaciones, al sancionarse la ley de sociedades comerciales 19.550 y la ley de concursos y quiebras 19.551.

En este último caso, la reforma legislativa encarada por la Revolución Argentina imprimió al instituto del concurso preventivo ciertos cambios y modernizaciones, respondiendo a inquietudes que los ámbitos científicos reclamaban desde hacía ya mucho tiempo y que los tribunales en sus pronunciamientos se encargaban de resaltar.

De los siempre reconocidos principios orientadores del derecho concursal, la nueva ley 19.551 exaltaba con ímpetu los de protección del crédito y la conservación de la empresa como instrumento útil para la comunidad.

Profundizando la defensa de los intereses de los acreedores, la ley 19.551 implementó un cambio rotundo en cuanto a qué podía ofrecerse en la propuesta, a la vez que dispuso distintos regímenes de mayorías según el tipo de acuerdo preventivo propuesto.

El artículo 44 obligaba al concursado a ofrecer el pago de al menos el 40% de los créditos quirografarios. Esta novedad fue un significativo avance en la defensa del derecho al cobro por parte de los acreedores del concursado. Igualmente se criticó el texto de la norma por no fijar un término máximo de espera, pues se dijo que si se propone un límite en cuanto a la quita y no se hace otro tanto respecto de la espera,

no se resguardan los derechos de los acreedores ni el interés general, considerando los altísimos índices de inflación de nuestro país[26].

En cuanto a las mayorías exigidas para tener por aprobada la propuesta, eran[27]: (I) mitad más uno de acreedores presentes en la junta que representaran la mayoría del capital computable, si se ofrecía el pago del 100%, a un año y con garantías reales; (II) 2/3 partes de acreedores presentes en la junta que representaran 3/4 partes del capital computable, si se ofrecía quita, espera o ambas, dentro de los dos años; y (III) 3/4 partes de acreedores presentes en la junta que representaran 4/5 partes del capital computable, si se ofrecía otra propuesta y la espera fuera superior a los dos años.

Yendo a las facultades relativas a la homologación del acuerdo, hay que decir que esta nueva ley mantuvo y profundizó la filosofía y objetivos de la ley 11.719. Siguió así reconociendo -como seguidamente veremos- un lugar de privilegio para el juez al momento de tener que pronunciarse sobre la homologación del concordato.

El artículo 61 de la ley que analizamos rezaba: “No deducidas impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada, en la que valora: 1) su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general; 2) su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito; 3) las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo; 4) la existencia de causales de impugnación no invocadas; 5) si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva; 6) la época y condiciones de la matriculación y la regularidad de su contabilidad...”.

El maestro Cámara acompañó con aprobación el nuevo texto legal, sosteniendo que la función del juez para apreciar la conveniencia del acuerdo había llegado a su cenit, y había que dejarle a los magistrados plena libertad para aplicar con capacidad, estudio y sagacidad los elásticos parámetros de la ley de acuerdo a los antecedentes y particularidades de cada caso[28].

Como siempre, resulta imprescindible para estudiar una ley averiguar si los tribunales resistieron o no su aplicación, y en su caso qué interpretaciones se hicieron en relación a la norma.

En el caso “Vallejo” se confirmó un fallo de primera instancia que había rechazado una propuesta de acuerdo aprobada por los acreedores, por no presentar la misma las debidas garantías de acuerdo a las constancias de la causa, y además no tener justificación su conveniencia económica; así el tribunal de alzada argumentó que la ley de concursos trasciende los intereses del deudor y sus acreedores, para entrar en la órbita del orden público económico, y sostuvo que la política legislativa en materia de derecho concursal tiende a objetivos no tan sólo económicos y sociales sino incluso morales[29].

Los vastos poderes que la ley 19.551 reconocía a los jueces fueron destacados por la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal, al decirse que: “La ley de concursos otorga a los jueces un amplio poder de decisión sobre la homologación del concordato, a partir de las bases, pautas y valoraciones que establece y que han de ponderarse sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos relativos a los porcentajes de mayorías de votos que correspondan, en consonancia con el alcance de la propuesta efectuada por el deudor y medien o no impugnaciones...”[30].

En similar dirección, y aplicándose rectamente la ley 19.551, se rechazó la homologación de un acuerdo que había alcanzado la aprobación por las mayorías de

ley, toda vez que -entre otras razones- se hacía referencia al pago íntegro de las acreencias pero no se estipularon intereses, las garantías ofrecidas por la concursada para asegurar el cumplimiento de lo prometido eran insuficientes, y la empresa estaba prácticamente paralizada[31].

Pero el caso más emblemático durante la vigencia de la ley 19.551, sin duda alguna, fue la quiebra de la sociedad anónima “Sasetru”. La Cámara de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado el acuerdo resolutorio al que la fallida y sus acreedores habían arribado, y que básicamente consistía en la venta de bienes secuestrados y la devolución de fondos depositados en el expediente, todo a fin de que la fallida contara nuevamente con un capital de trabajo y reiniciara así sus operaciones para pagar a sus acreedores según los términos de la propuesta aprobada.

Si bien el caso bajo análisis (y sus casi veinte mil fojas) bien podría ser objeto una obra de varios tomos, digamos que el tribunal de segunda instancia rechazó el acuerdo celebrado -entre varios motivos- por ser perjudicial para los acreedores, ya que éstos liberarían a favor del grupo “Sasetru” dinero y bienes por más del séxtuplo del importe que se comprometían a aportar los accionistas, y además se impondría a la masa el sacrificio de toda expectativa derivada de la eventual revisión de ciertos actos cuestionados[32].

El juicio llegó a la Corte Suprema, y este tribunal decidió revocar la sentencia apelada. El máximo tribunal, a nuestro juicio equivocadamente y para sorpresa de muchos, descalificó el fallo de la anterior instancia afirmando que “Se despreocupa, empero, de la suerte que han de correr las plantas industriales y el valioso capital humano y económico que emplea un conjunto empresario al que sitúa “entre los más importantes del país”, y no se hace cargo de los resultados que pueden derivarse de su extinción, en virtud de la diferencia más que sensible que registran los valores de explotación y los que eventualmente pueden obtenerse con la venta judicial.”[33].

De acuerdo a nuestro criterio, en esta decisión del supremo tribunal nacional puede verse el germen de una corriente de pensamiento que años más tarde tendría una incidencia de peso en el derecho concursal.

Más allá del precedente tratado en último lugar, según nuestro parecer la ley 19.551 puso en práctica una serie de mecanismos (pago mínimo del 40%, mayorías diferenciadas según el tipo de propuesta, facultades del juez para controlar el mérito y la conveniencia del concordato) que mejoraron el régimen anterior. La implementación de las reformas generó un escudo más sólido para que los acreedores pudieran ser defendidos de concursados inescrupulosos que buscaban la convalidación judicial de propuestas abusivas.

La ley 24.522.

La ley 19.551 estuvo en vigencia hasta el año 1994. Fue allí cuando la legislación concursal argentina sufriría uno de los cambios de rumbo más pronunciados de su historia.

Con el paso de los años, y apreciado desde una perspectiva más desapasionada, podemos decir que el contexto social, político y económico era propicio para una reforma integral del derecho concursal.

En casi todos los países de América del Sur fueron implementándose, desde principios de la década de 1990, políticas económicas que mostraban como sus principales estandartes a la libertad de los mercados, la privatización de las empresas estatales, la desregulación de las relaciones económicas, etcétera. Y la República Argentina no fue la excepción, sino todo lo contrario, es decir uno de los máximos exponentes de esas

políticas. Sin que corresponda entrar a calificar el camino seguido por el gobierno de turno, creemos que hay ciertos elementos de juicio que permiten comprender -hoy desde la distancia que el inexorable paso del tiempo genera- por qué los argentinos acompañaron con entusiasmo la dirección tomada y las medidas que fueron implementando las transformaciones encaradas en el país.

Durante los años 1970-1991 nuestro país padeció un verdadero flagelo económico que atravesó a toda la sociedad, que fueron los altísimos (muchas veces francamente increíbles) niveles de inflación. Ese pernicioso y sostenido fenómeno coincidió con una actividad estatal intervencionista. El Estado argentino era el más importante empresario nacional -por ejemplo, proveía casi la totalidad de los servicios públicos- y además era un gran regulador -intervenia en los mercados por medio de la fijación de precios máximos, cupos de exportación e importación, etcétera-.

En fin, tantos años de fracasos repetidos y la ruina económica del país forjaron lentamente la idea de que lo estatal era nocivo, y que la iniciativa privada -librada de frenos y controles que la viciaran- era el camino más adecuado para lograr una definitiva recuperación de la Nación.

Y fue en tal contexto que se sancionó la ley 24.522. En razón de ello, se dijo que para aquellos que defendían las ideas de la época y la necesidad de la reforma, el juez del concurso era un representante de la incómoda y anticuada intervención estatal en la economía[34].

El mensaje de elevación del proyecto de ley expresamente indicó que la reforma propiciaba -entre otros objetivos- incorporar a los acreedores a través de un rol más activo en la búsqueda de soluciones para las crisis, implementar un régimen de amplitud en la formulación de propuestas de acuerdo preventivo (con la novedosa posibilidad de categorizar las acreencias), y un acotamiento de los poderes de decisión del juez, en cuanto a la posibilidad de evaluar -en orden de mérito o conveniencia- las soluciones acordadas entre acreedores y deudores.

Así, una de las ideas básicas de la nueva ley concursal, en lo relativo a la homologación del acuerdo, fue limitar la autoridad jurisdiccional al control de legalidad relacionado con el cumplimiento de las exigencias formales y sustanciales, liberando al juez de tener que expedirse sobre aspectos que le son ajenos[35].

Se pensaba en aquellos tiempos que era hora de que los magistrados dejaran de analizar cuestiones tales como el merecimiento de la homologación o la posibilidad de cumplimiento de la propuesta. Todo debía ser parte del pasado, y nadie podía estar más capacitado que los propios acreedores para decidir lo mejor para sus intereses.

Sin dudas, el péndulo del derecho concursal volvía a moverse, bruscamente y sin cortapisas.

La libertad de contenido se plasmó en el nuevo artículo 43, de acuerdo al cual las propuestas de acuerdo preventivo podían consistir en (1) quita, espera o ambas; (2) entrega de bienes a los acreedores; (3) constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; (4) reorganización de la sociedad deudora; (5) administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; (6) emisión de obligaciones negociables o debentures; (7) emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; (8) cesión de acciones de otras sociedades; (9) capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada; y (10) cualquier otro acuerdo que se obtenga con la conformidad suficiente dentro de cada categoría.

Los únicos condicionamientos que el artículo en cuestión imponía al concursado eran que las propuestas (i) debían contener cláusulas iguales para los acreedores comprendidos dentro de cada categoría (pero se podía efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, lo que se conoce como “menú” de propuestas); (ii) no podían consistir en prestación que dependiera de la voluntad del deudor; y muy importante (iii) si consistía en una quita, aún cuando contuviera otras modalidades, debía ofrecerse al menos el pago del cuarenta por ciento de los créditos quirografarios.

Se eliminó totalmente el sistema de mayorías diferenciadas de los artículos 55, 56 y 57 de la ley 19.551. Con la ley 24.522, el deudor pasó a tener la obligación de obtener la aprobación -dentro de cada una de las categorías- de la mayoría absoluta (mitad más uno) de acreedores que representaran las dos terceras partes del capital computable.

Y en lo que respecta a la homologación del acuerdo por el juez, el artículo 52 de la ley 24.522 estableció: “No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria...”. Para los apologistas de la reforma, era la sentencia de muerte del artículo 61 de la ley 19.551 y las consiguientes facultades del magistrado para valorar los términos del concordato.

A esta altura el lector ya habrá podido notar cuán profunda fue la reforma de 1994. Muchos de los mecanismos de la ley 19.551 fueron sepultados.

La propia ley auspiciaba el ofrecimiento de propuestas de lo más variadas, y ya no existían mayorías agravadas para su aprobación según los diferentes términos y condiciones. Esta supresión del régimen previsto en los artículos 55 a 57 de la anterior ley implicó un franco retroceso del poder de los acreedores disconformes con la propuesta de acuerdo, su incidencia en la votación se diluía sensiblemente pues nunca más un concursado debía lograr aprobaciones tan masivas.

Sin embargo, se mantuvo el “techo” del sesenta por ciento como quita máxima posible. Esto fue calificado como anacrónico atento el rol protagónico que se daba a los acreedores[36], aunque en nuestra opinión fue positiva la decisión del legislador en este sentido, si bien reconocemos que el texto legal -al no imponer plazos máximos de espera ni exigir el pago de intereses- no logró cerrar el debate acerca de si una propuesta que respetara el ofrecimiento mínimo del cuarenta por ciento podía igualmente no ser homologada.

No es esa una discusión menor, ya que la espera simple -sin intereses- equivale a una quita, y por ello no resulta razonable pensar que la ley permita plazos excesivos o formas de espera que desvirtúen las disposiciones en cuanto al contenido material mínimo de la propuesta[37].

Entonces la situación era analizada por los defensores del nuevo sistema más o menos así. Ateniéndose estrictamente al texto del nuevo articulado de la ley de concursos y quiebras, podía sostenerse que el juez carecía de facultades para analizar la conveniencia y mérito de la propuesta sometida a homologación. Y, además, en el caso específico de las propuestas que contemplaran alguna quita, alcanzaba para lograr la homologación que se ofreciera al menos abonar el cuarenta por ciento de los créditos, sin importar las demás condiciones.

Afortunadamente, la jurisprudencia fue corrigiendo -no sin algunos sobresaltos- esta errónea interpretación de la ley 24.522, que pretendía ver en el derecho concursal una isla, incomunicada de las demás ramas del derecho vigente.

Así, cuando una concursada que era una entidad financiera a la cual se le había retirado la autorización estatal para funcionar, arribó a un acuerdo con sus acreedores consistente en pagarles la mitad de los créditos con el producido de la venta de su

activo, se rechazó el pedido de homologación por carecer de objeto (artículo 953 del Código Civil) ya que la revocación de la autorización resultaba el antecedente determinante de la liquidación y no había interés jurídico a ser tutelado[38].

Más tarde, en el caso “Covello”, se revocó una sentencia de primera instancia que había rechazado la homologación de un acuerdo que se juzgó de imposible cumplimiento (la propuesta implicaba la necesidad de vender dos inmuebles de terceros, y los mismos estaban embargados). Sin perjuicio de ello, y más allá de la solución dada al caso concreto, el tribunal se preocupó en dejar aclarado que la nueva redacción del artículo 52 no impedía la facultad jurisdiccional de realizar un control excedente de la mera legalidad formal en aquellos casos que pudiese verse afectado el interés público, teniendo en cuenta el universo jurídico en su totalidad[39].

Siguiendo tal línea de pensamiento, al homologarse un concordato al que se había arribado durante un “cramdown”, con suma claridad se dijo que el juez debe llevar a cabo un control de legalidad intrínseco, que debe contemplar si se respetan los principios que conforman la totalidad del orden jurídico (artículos 953, 1071, 1198, etcétera, del Código Civil), que son subordinantes del mundo concursal[40].

Por último, no podemos dejar de citar el fallo “Línea Vanguard”. Se trató de una sociedad concursada que pretendía se homologara una propuesta de acuerdo en la que se obligaba al pago del cuarenta por ciento del capital, sin intereses, con cinco años de gracia, y en nada menos que veinte cuotas anuales. La juez de grado rechazó las impugnaciones al acuerdo, en el entendimiento de que la propuesta puesta a su consideración se ajustaba a las exigencias del artículo 43 de la ley 24.522. La Alzada revocó el fallo de la anterior instancia, y de un modo ejemplar explicó que el proceder de la deudora -que implicaba imponer una espera de más de un cuarto de siglo y por ende una quita real del orden del noventa y cinco por ciento- configuraba un ejercicio abusivo del derecho (artículo 1071 del Código Civil) y que el concordato era de objeto ilícito (artículo 953 del Código Civil)[41].

Del desarrollo del presente capítulo se desprende que la reforma instaurada por la ley 24.522 intentó privar a los tribunales de ciertas facultades de las cuales se hallaron dotados en forma expresa durante los casi veinte años de vida de la ley 19.551.

Así, en la temática que nos ocupa en este trabajo, la reforma importó una serie de cambios al texto legal que en un principio hicieron pronosticar a algunos el fin de las facultades judiciales para controlar los acuerdos celebrados entre los deudores concursados y sus acreedores. Pese a ello, la jurisprudencia fue la encargada de enderezar la cuestión, interpretando los artículos 43 y 52 de un modo que armonizaran con el resto del derecho vigente en nuestro país.

Es nuestra opinión que fue adecuada la forma en que los tribunales integraron el texto de la ley 24.522 con las demás normas jurídicas. De tal modo, se logró mantener, en cierta medida, un rumbo que era el correcto y cuyo objetivo era evitar la configuración de situaciones abusivas en perjuicio de los legítimos derechos de los acreedores concursales.

La forma en que se aplicó la ley 24.522 a lo largo de los años, además, demuestra la importancia que tienen los jueces a la hora de interpretar y aplicar la ley. Cuando su labor es llevada a cabo con probidad, la deficiencia en la técnica legislativa puede ser enmendada. Fue un error pensar que por medio de una reforma legislativa se iba a poder limitar la función jurisdiccional de un modo que (nada menos) el mismísimo Código Civil quedara ajeno a los problemas y conflictos del derecho concursal.

Las últimas reformas (leyes 25.563 y 25.589).

Como reafirmando la volatilidad legislativa de nuestro país en torno a las cuestiones del derecho concursal, a principios de este siglo la ley de concursos y quiebras 24.522 sufriría nuevas y significativas modificaciones.

Cabe recordar que durante la primera mitad de la década de 1990 existió una fuerte expansión de la economía nacional. Nuestro país experimentó importantes incrementos de las inversiones extranjeras, radicación de nuevas industrias, ampliación de plantas fabriles ya existentes, etcétera.

Aproximadamente a partir del año 1997 se produjeron grandes cambios, que afectarían seriamente a la Nación. Se inició un proceso de desaceleración de la economía, que fue el primer síntoma de la terrible crisis económica que sobrevendría. Eso implicaba, obviamente, que las empresas privadas no sólo no captaban nueva fuerza laboral, sino que comenzó una tendencia de aumentos en el número de los despidos de trabajadores y retiros voluntarios, que redundó en una elevadísima tasa de desocupación.

Ese es el marco macroeconómico en el cual debe analizarse por qué empezaron, de a poco, a sobrevolar ideas reformistas alrededor de la ley 24.522.

Como punto culminante del descenso, durante los años 2000-2002 nuestra Nación sufrió la más grave crisis económica y social de toda su historia. El desempleo creció a niveles jamás imaginados, la actividad industrial se derrumbó hasta caer a su nivel mínimo histórico, se cortó la cadena de pagos, proliferaron los concursos preventivos de acreedores y las quiebras. Se vivió una verdadera emergencia.

Hacia diciembre de 2001, se produjo la implementación por parte del Gobierno Nacional del ya célebre “corralito” financiero y bancario, lo cual sólo vino a empeorar una situación ya difícil. Y, como si todo lo hasta aquí relatado fuera poco, se declaró el *default* de la deuda pública y durante el verano de 2002 se produjo el abandono de la paridad cambiaria con la divisa norteamericana, con la consiguiente y brutal devaluación de la moneda nacional.

Es así como se llega a la sanción, en febrero de 2002, de la ley 25.563. Esta reforma estuvo encaminada -entre otros objetivos- a evitar que se declararan más quiebras y salvar las fuentes de trabajo. En tal inteligencia, la legislación fue modificada en ciertos aspectos que, a criterio de los señores legisladores, facilitarían la supervivencia de las empresas concursadas.

Llegó a decirse en el Congreso en ese momento: “¿Cuál es el espíritu que reina en todos aquellos que trabajamos para sacar adelante este norma? Nada más y nada menos que la situación de la empresa.”[42]. Así se reforzaba la idea de que, en el contexto que se vivía, los más importantes bienes a tutelar eran la continuidad de la empresa y las fuentes de trabajo. El interés de los acreedores y la protección del crédito pasaron a un plano muy secundario.

En lo que para este trabajo interesa, la más importante modificación ocurrida fue la eliminación, en el artículo 43 de la ley 24.522, del límite del 40% de pago que debían contemplar las propuestas de acuerdo que concedieran quitas. Todo en aras de la continuidad de la empresa.

Hubo quienes opinaron entonces que la modificación se encontraba justificada, entre otros argumentos, porque en la realidad económica que se vivía los acreedores procuraban no ya cobrar sus acreencias sino evitar la pérdida del interlocutor negocial[43].

La tensión habitual entre quienes tienen intereses contrapuestos en el concurso era más fuerte que en otros tiempos. Y en tal escenario se hizo prevalecer el interés del

concurado y sus trabajadores, por encima de los derechos de propiedad de los acreedores y la protección del crédito. Eso es indudable.

Empero, hubo autores que se ocuparon de señalar que, pese a que el nuevo texto legal parecería autorizar al deudor -por ejemplo- a pagar a sus acreedores el uno por ciento de sus créditos, ello no era así puesto que una propuesta de esas características sería contraria a los artículos 953 y 1071 del Código Civil y 17 de la Constitución Nacional[44].

De igual manera se explicó que la eliminación del mínimo legal nunca podría interpretarse como un permiso para que un concursado propusiera la remisión total de la deuda o cláusulas de tal inconsistencia que pudieran equipararse[45].

En mayo de 2002, y mostrando la hiperactividad legislativa de ese entonces, se volvió a aprobar una reforma a la ley de concursos y quiebras, por medio de la sanción de la ley 25.589.

Antes que nada digamos que esta nueva reforma dejó intacto el cambio introducido por la ley 25.563 en cuanto a la inexistencia de un porcentaje máximo para las propuestas que contemplaran quitas. Pero, paralelamente, introdujo una interesante modificación a las facultades judiciales para la homologación de los acuerdos preventivos.

Efectivamente, el nuevo artículo 52 de la ley 24.522 quedó redactado así: “No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo...4) En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.”.

En el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación se hizo una referencia a este novedoso artículo, declarándose que con la modificación propuesta “...se recupera la facultad homologatoria del juez, con criterio de valoración...”[46].

Este nuevo artículo 52, que reivindica la figura del magistrado y que nosotros aplaudimos, vino a poner un poco de luz a la cuestión. A partir de la entrada en vigencia del nuevo texto legal, la propia ley de concursos y quiebras se encargó de dejar expresamente aclarado que el juez goza de facultades para valorar la propuesta sometida a homologación, y rechazarla si la considera abusiva o violatoria de las leyes.

Las opiniones favorables en el ámbito doctrinal no tardaron en llegar. En tal sentido, la reforma fue apreciada como un avance[47].

Como ya lo hicimos respecto a las distintas leyes concursales, nos detendremos seguidamente a efectuar un breve estudio de cómo recibieron los tribunales argentinos la última reforma y cuáles fueron los criterios -en los distintos casos sometidos a decisión- con los que se empleó la facultad prevista en el artículo 52 de la ley 24.522.

A principios de 2003 un juez de primera instancia[48] rechazó la homologación de un acuerdo preventivo que contemplaba la “pesificación” uno a uno de obligaciones originariamente contraídas en moneda extranjera, con seis años de gracia y sin intereses. El juez de grado consideró a la aprobación de dicho concordato como una abusiva licuación del pasivo de la concursada, toda vez que la quita real y efectiva superaba el 70%.

Con posterioridad, un tribunal de segunda instancia denegó la homologación a un acuerdo al que habían arribado una sociedad inmobiliaria -cuyo principal emprendimiento era la construcción de un barrio privado y la comercialización de los lotes- y sus acreedores, muchos de los cuales habían obtenido la verificación de obligaciones de hacer (escriturar los lotes). La propuesta que había recibido la

bendición de las mayorías legales consistía en que un tercero (titular de otro barrio privado lindero) asumiera las obligaciones de la deudora y les entregase a los acreedores terrenos (de mayor valor) en el otro barrio, pero estos últimos deberían abonar la diferencia de precio. Consecuentemente, se estableció que lo acordado era un abuso y violaba el derecho de propiedad de los acreedores, debido a que se pretendía imponer a los titulares de obligaciones de hacer, que no habían prestado conformidad con la propuesta, la obligación de dar cierta suma de dinero por los distintos precios y valores de los lotes[49].

Tiempo más tarde, una sociedad concursada había logrado el dictado de una sentencia homologatoria en primera instancia, de una propuesta que básicamente consistía en el pago del 40% en veinte cuotas anuales, sin intereses, y con sesenta meses de espera. Cuando el expediente llegó a conocimiento de la Cámara de Apelaciones, se revocó la sentencia apelada, toda vez que el extenso plazo de pago, sumado a la falta de previsión de intereses compensatorios, daban como resultado una quita efectiva muy por encima del 60% formalmente plasmado en la propuesta, circunstancia que la tornaba abusiva e irrazonable[50].

Asimismo se rechazó la homologación de un concordato mediante el cual el concursado se comprometía a pagar el treinta por ciento de los créditos, en cuatro cuotas y en nueve años (incluidos tres años de gracia). Al pronunciarse como lo hizo, el tribunal sostuvo que “La solicitud de concurso preventivo implica el ejercicio de un derecho que sólo puede ser ejecutado de buena fe sin la intención de perjudicar a ningún acreedor, tal como sucede cuando el deudor pretende injustificadamente mantener incólume su patrimonio, prenda común de los acreedores, sin hacer frente a los créditos que estos poseen.”[51].

Cabe destacar también que se desestimó la homologación de un acuerdo por medio del cual la concursada se obligaba a pagar aplicando una quita del 60%, en veinte cuotas anuales y con seis años de gracia[52].

Digamos asimismo que en el resonante y polémico caso “Sociedad Comercial del Plata S.A.”[53], la Cámara de Apelaciones capitalina tuvo la oportunidad de analizar las impugnaciones que recibió una propuesta que -debemos simplificarla mucho para no fatigar al lector- imponía una quita no menor al ochenta por ciento. Al sentenciar la causa, el tribunal actuante reconoció la aplicabilidad de los artículos 953 y 1071 del Código Civil y la expresa consagración legislativa de la facultad jurisdiccional revisora que importó la modificación del artículo 52, inciso cuarto, de la ley 24.522. Pero, no obstante ello, decidió rechazar las impugnaciones con argumentos tales como que el porcentaje de quita debía ser considerado conjuntamente con los distintos mecanismos que dispararía la propuesta aprobada (reorganización societaria, incorporación de nuevos socios, capitalización de la sociedad y la entrega de bonos o valores convertibles en acciones con un precio fluctuante), que la propuesta había sido aceptada por una mayoría importante de capital y por una suficiente mayoría de personas, que en un escenario falencial los titulares de créditos seguramente cobrarían aún menos, y que de las actuaciones no surgía que la concursada pudiese presentar una propuesta de acuerdo más beneficiosa.

Por último, hay que decir que la Corte Nacional[54] recientemente tuvo oportunidad de tratar el tema bajo estudio al llegar a su conocimiento la ya citada causa “Arcángel Maggio”. Y no la desaprovechó. El máximo tribunal de la Nación decidió rechazar la queja que había interpuesto la concursada (a quien, como más arriba explicamos, habían negado la homologación de un concordato abusivo) pero no lo hizo por cuestiones de índole formal, sino que decidió tratar el fondo del asunto. El fallo resulta sumamente esclarecedor y creemos que marca un sendero correcto en la materia. En el mismo se establece que el plazo en el cual el pago de lo ofrecido habrá de concretarse no es un elemento de juicio del que quepa prescindir a los fines de evaluar

la propuesta, y que la exigencia de que la quita formalmente ofrecida se corresponda con la que efectivamente se pagará, hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores. A ello debemos agregar que la sentencia que nos ocupa demarcó con precisión algunos aspectos de la problemática objeto de este trabajo. En tal sentido, la Corte afirmó que (i) en el análisis del abuso del derecho en la formulación de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económica y social del mismo, que no está únicamente dada por la conservación de la empresa, sino también definida por el logro de una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores, la cual resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva; (ii) siendo el abuso del derecho del artículo 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente -ponderando las circunstancias propias del sujeto examinado-, lejos de cualquier aplicación mecanicista; y (iii) tras la sanción de la ley 25.589, la conformidad de los acreedores a la propuesta ofrecida es una condición necesaria pero no suficiente para la homologación, pues el magistrado puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegarle aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley.

El desarrollo de este capítulo muestra la existencia de una cierta dualidad. Por un lado, la reforma de la ley 25.563 generó un campo desfavorable para las expectativas de los acreedores, ya que muchos creyeron ver -siguiendo de modo literal el texto legal- que no existían límites o frenos a la hora de acordar con los acreedores concursales.

A su turno, la ley 25.589 vino a poner claridad, ya que si bien no reimpuso el límite del 40% como pago mínimo, la saludable redacción que se le dio al artículo 52 de la ley concursal despejó dudas y alejó interpretaciones reñidas con el orden jurídico vigente.

En suma, creemos que a una señal negativa -eliminación del límite de máximo de quita- le siguió un hecho positivo, cual fue el reconocimiento expreso en el texto de la ley concursal de la facultad-deber de los jueces para analizar la existencia de abuso o fraude a la ley en la formulación de la propuesta de acuerdo preventivo. Por lo antedicho, se concedió al juez un rol de protagonismo que jamás debió perder.

Según nuestro criterio, fue acertada la forma en que se redactó el citado artículo 52, con una fórmula amplia (y no una lista de supuestos fácticos) que perfectamente puede ser adaptada a diferentes situaciones concretas y específicas.

Ejercido sabia y prudentemente, el poder reconocido al juez en el artículo 52 de la ley concursal -tal como la mayoría de los fallos que se describieron así lo demuestran- resulta una herramienta lista para ser empleada a la hora de evitar abusos y fraudes.

El abuso del derecho en la propuesta de acuerdo preventivo.

Se pudo ver a lo largo de los capítulos anteriores que la cuestión de la abusividad de la propuesta de acuerdo preventivo fue siempre una preocupación de los operadores del derecho concursal en nuestro país. Y más allá de las modificaciones y cambios que las distintas leyes concursales fueron sufriendo a lo largo de los siglos XX y XXI, los tribunales señalaron el camino en la materia.

Otro dato importante que puede extraerse a esta altura del estudio es que sería un error pensar que el tema se reduce a un mero análisis de porcentajes de quitas o plazos de esperas. Para nada. En realidad, y la reseña jurisprudencial efectuada es prueba cabal de ello, el abuso del sujeto concursado puede materializarse por diversos caminos o vías.

Partiendo de la base de que, para algunos, si el deudor no puede pagar un porcentaje significativo de los créditos es inviable y no merece la solución preventiva[55], de lo que se trata es de comprobar en cada caso concreto -y la amplitud de la fórmula del inciso 4 del actual artículo 52 justamente apunta a eso- si el concursado pretende ejercer abusivamente sus derechos. La función de comprobar si existe o no abuso por parte del deudor debe ser llevada a cabo de un modo riguroso, pues hay que tener en cuenta que ni el juez ni el resto de los acreedores se encuentran en condiciones de controlar lo que “verdaderamente” aprobaron los acreedores que prestaron conformidad, es decir si recibieron alguna ventaja especial para pronunciarse favorablemente y en perjuicio de otro, conducta reprimida por el derecho penal vigente[56].

En esa ardua pero significativa tarea judicial se deberá averiguar, como dato indispensable, si la propuesta sometida a homologación es razonable.

Este “examen de razonabilidad” deberá comprender la valoración de diversos aspectos del concurso y de la propuesta ofrecida por el deudor (situación económica y capacidad de pago, dimensión del pasivo concursal, alcances de la propuesta y su posibilidad de cumplimiento, etcétera), siendo de fundamental importancia el aporte de la sindicatura como órgano asistente del tribunal y encargado de conocer e informar el estado del deudor, la marcha de su hacienda, etcétera. No pueden caber dudas acerca de las mayores cargas de tareas que deberán afrontar los síndicos y los jueces, ya que los primeros deberán llevar a cabo profundos estudios y análisis económico-financieros sobre los negocios del sujeto concursado, y los segundos evaluar dichos trabajos y -si resultan satisfactorios- adoptar decisiones en base a la información obtenida.

Pero no debe el lector suponer que se trata de algo extraordinario o no previsto en la ley concursal, ya que el artículo 274 de la ley 24.522 expresamente faculta al juez a requerir los informes e investigaciones que estime conducentes al mejor desarrollo del proceso[57]. A ello hay que sumar el hecho de que el artículo 275 de la mencionada ley establece que es un deber del síndico averiguar cuál es la situación patrimonial del concursado[58].

Al mismo tiempo, a partir de las últimas reformas a la ley concursal que fueron introducidas por la ley 26.086, la sindicatura tiene el deber de emitir un informe, mensualmente, sobre la evolución de la empresa[59]. Y con este novedoso informe el juez tendrá una mejor herramienta para evaluar si una propuesta es abusiva[60].

O sea que ni siquiera habría que modificar el texto legal, toda vez que la ley concursal vigente permite la implementación de lo que aquí proponemos.

Además, hay que señalar que la fórmula del artículo 52 de la ley de concursos (según la cual en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva) permite al magistrado llevar a cabo un verdadero *test* sobre la propuesta puesta a su consideración. Y justamente en la amplitud de la fórmula radica su riqueza y utilidad.

Lejos estamos de aquellos que critican este aspecto de la ley argumentando que es la puerta de entrada para la arbitrariedad judicial, debido al amplio margen de acción que concede. Muy por el contrario, creemos que el legislador del 2002 premeditadamente buscó una solución como la alcanzada, que no hace más que reflejar en el texto de la ley concursal el instituto del abuso del derecho. Y debe advertirse que este último también se plasmó en la ley -en el artículo 1071 del Código Civil- de un modo abierto y flexible, sin que nadie hoy en día seriamente afirme que se trata de una invitación a la arbitrariedad de los jueces.

Lo que sí será necesario, obviamente, es que a la hora de aplicar estas normas los jueces actúen con mucho criterio y responsabilidad, pues se trata de una multiplicidad

de situaciones de hecho no abarcables en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica[61]. Los magistrados tienen el ineludible deber de fundar, adecuada y suficientemente, sus decisiones relativas a la existencia de abuso. Y tal fundamentación debería basarse en datos objetivos y comprobados en el proceso, o manifiestos, que resultarán de las circunstancias particulares de cada causa. Sólo el análisis y estudio de un caso concreto permite determinar lo que es un abuso, no hay parámetros generales, sino casos y ejemplos.

Desde nuestra óptica, lo que hay en juego es una cuestión de medios y fines, y es el juez el encargado de valorarlos en el caso concreto sometido a su decisión.

Efectivamente, el Estado instauró el régimen concursal -como un sistema específico- para que sean atendidas distintas situaciones de crisis cuando los deudores se encuentran impotentes para afrontar el pago de sus pasivos, y la vía de la ejecución individual resultaría perjudicial. Pero lo que el sistema concursal no puede tolerar es que alguien pida la formación de su concurso de acreedores -y así ocurre muy frecuentemente- como una vía para eludir sus responsabilidades y hacer humo su pasivo.

Y allí es donde aparece inexorablemente el juicio sobre los fines perseguidos y los medios aceptables para alcanzarlos. No puede dudarse a esta altura que para facilitar la solución preventiva -que supuestamente conservará a la empresa y resguardará las fuentes de trabajo- tendrán los acreedores que aceptar sacrificios. Pero el sacrificio debe ser compartido entre el deudor y sus acreedores. Es inaceptable que exista sólo un ganador (el concursado) y los demás (los acreedores) resulten perdedores. Si el sacrificio únicamente lo padecen los acreedores, el esquema se desfigura, ya que no cualquier medio puede ser admitido con la excusa de la continuidad empresarial y la preservación de los puestos laborales. Cuando alguien, en este caso el concursado, obtiene gratuitamente beneficios excesivos, en detrimento de los legítimos derechos de propiedad de sus acreedores, la injusticia se instala perniciosamente y los jueces tienen el deber de impedirlo.

El concurso preventivo no fue pensado como un medio para perjudicar a los acreedores y enriquecer a los deudores. Una recta apreciación de la figura choca de plano contra un uso de la misma como mera herramienta de fraude y licuación de pasivos. De allí la trascendencia de los artículos 953, 1071 y 1198 del Código Civil, y del artículo 52, inciso 4, de la ley 24.522 en su actual redacción.

Es oportuno aquí recordar que según nuestro máximo tribunal: "...la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan, lo que comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico..."[62].

Entonces, no pueden los tribunales escudarse en la formalidad del texto legal y, por ejemplo, homologar concordatos irrisorios explicando que la ley actual no impone límites en tal sentido. Una actitud como esa implica, lisa y llanamente, no considerar las consecuencias que se derivan -para los acreedores y para la comunidad toda- de semejante injusticia. Lo que importa es reafirmar que la apariencia de legalidad (nadie puede decir que, por poner un ejemplo sencillo, una propuesta de pago del 10% con diez años de espera vulnera un límite expreso impuesto por la ley concursal que nos rige) no puede servir de pretexto para permitir excesos que violentan los principios y normas del ordenamiento jurídico argentino.

De otro lado, el fantasma de la quiebra tampoco puede ser mostrado como un argumento que justifique la homologación de cualquier acuerdo que haya obtenido la aprobación de las mayorías legales. Quienes intentan encontrar justificación para las propuestas irrisorias o abusivas en lo poco que cobran los acreedores quirografarios en

los procesos falenciales no esgrimen un argumento atendible. El abuso no puede ser convalidado atemorizando a los acreedores con el dictado de una sentencia de quiebra. Además, hay que decir que la probabilidad de cobro en una quiebra no debe considerarse en forma parcial, como lo hacen quienes sólo prestan atención a los bienes que integran el activo conocido y su relación con el pasivo verificado y declarado admisible. Una visión integral de la quiebra no puede desconocer que los bienes que en su caso se liquidarán también podrán verse aumentados por el éxito de eventuales acciones de recomposición patrimonial (ineficacia y revocatoria concursal, extensión de la quiebra, etcétera). En otras palabras, *a priori* no sería posible saber si un acreedor cobrará menos en la quiebra que de acuerdo a los términos de una propuesta muy escasa.

Digámoslo pues con todas las letras. Abusa de su derecho quien traslada la totalidad de sus riesgos empresarios a los acreedores, y carga sobre las espaldas de éstos todo el peso de la solución preventiva. Es desleal, y actúa con mala fe, el concursado que, pudiendo formular una propuesta más beneficiosa para la masa de acreedores, intenta la homologación de un acuerdo con condiciones más gravosas para aquélla con el exclusivo fin de eludir el pago de sus deudas y enriquecerse.

V.- Algunas cuestiones y supuestos en particular [arriba]

Hasta aquí hemos estudiado los principios jurídicos en juego, los institutos del abuso del derecho y de la buena fe, y cómo las diferentes leyes de bancarrotas y los tribunales nacionales trataron la cuestión de la propuesta abusiva de acuerdo preventivo.

Sin perjuicio de ello, creemos conveniente ver por separado algunos aspectos particulares que florecen cuando la temática de la propuesta abusiva es objeto de análisis. Como toda selección de asuntos, podrá parecer arbitraria. Sin embargo, entendemos que servirá para ilustrar al lector sobre temas puntuales que no pueden ser pasados por alto.

Los derechos indisponibles para los acreedores.

Cuando el deudor concursado ofrece a sus acreedores una solución preventiva para la crisis que lo afecta, y estos últimos prestan su conformidad con la propuesta que se les formula, se forma un verdadero acuerdo de voluntades. Nace un contrato.

La circunstancia antedicha, naturalmente, hace posar la mirada del observador sobre un principio básico del derecho mercantil, que es la autonomía de la voluntad. Este principio expresa la libertad de los ciudadanos a la hora de decidir reglar sus obligaciones, en el entendimiento de que nadie mejor que cada uno para saber qué resulta más favorable a sus intereses y necesidades.

Pero cabe preguntarse, ¿el principio de la libertad contractual es absoluto? Y en su caso, ¿ante qué cede dicho principio?

La realidad es que hay ciertos derechos sobre los cuales los particulares están impedidos de disponer como les plazca. Y esto es así por cuanto el ordenamiento legal posiciona algunos intereses públicos por encima de los intereses privados.

En efecto, el artículo 21 del Código Civil reza: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.”.

Se ha afirmado en tal sentido que la libertad de los particulares no es absoluta y se frena cuando está frente al orden público[63].

Existen pues limitaciones que tornan indisponibles para las partes (concurrido y acreedores) algunos principios, así que el juez no podría soslayarlos ni omitir un razonable control acerca de su efectiva vigencia a la hora de pronunciarse respecto a la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo[64].

Como ya se dijo antes, el Estado al sancionar una ley concursal organiza y reglamenta un determinado sistema que se aplica ante ciertos supuestos fácticos. Su fin es evitar la injusticia de que sólo cobren sus créditos los acreedores que más rápidamente promovieron ejecuciones individuales contra el deudor en cesación de pagos, y por el otro, establecer una forma de que se conserve la empresa, no proliferen así las quiebras y no desaparezcan los puestos de trabajo. En otros términos, lo que la ley concursal establece es que, ante un patrimonio impotente para atender la totalidad de las deudas contraídas por su titular, no lleguen a cobrar la totalidad de sus acreencias los acreedores más veloces (“los que llegaron primero”) y los que concurran más tarde nada tengan para ejecutar. De esa forma, y con igual sacrificio, todos los acreedores podrán -a través de la solución preventiva- recuperar parte de lo que se les debía.

Pero existe un interés estatal correlativo, que no es otro que resguardar el instituto del concurso preventivo de acreedores, impidiendo su utilización fraudulenta y por ende contraria a los fines que impulsaron su reconocimiento legal. De ocurrir ello se afectarían la circulación del crédito y la economía, en definitiva se perjudicaría a la sociedad toda.

En esta misma línea de pensamiento se ha sostenido que los procesos concursales se orientan a tutelar un interés que supera el interés individual del acreedor de un deudor insolvente y se concreta en el interés general de la sociedad[65].

Y quizás donde mejor puede apreciarse qué posición se tiene ante el tema planteado es la llamada “aprobación unánime” de la propuesta de acuerdo. Decimos esto porque, en opinión de cierta doctrina, si se lograra de forma unánime la conformidad de cada uno de los acreedores no habría fundamentos para no homologar el acuerdo[66].

Según nuestra visión, se trata de una postura equivocada.

En primer lugar, nos cuesta imaginar un concurso preventivo en el cual todos y cada uno de los acreedores en condiciones de prestar conformidad con la propuesta se pronunciaran favorablemente. Más bien tal unanimidad nos haría sospechar la existencia de “compra” de votos y voluntades, lo que de por sí viciaría el acuerdo.

Pero aunque tales irregularidades no se presentaran, la opinión analizada olvida el hecho de que la homologación de la propuesta alcanza a aquellos acreedores que no fueron llamados a votar por existir en trámite, por ejemplo, incidentes de revisión o verificación tardía.

Además, aún concediendo la posibilidad (muy remota, casi inimaginable por cierto) de que (i) el cien por cien de los acreedores aprobaran la propuesta y no existieran incidentes de revisión en trámite, (ii) no se hubieran iniciado incidentes de verificación tardía y se hubiesen cumplido dos años desde la presentación en concurso, y (iii) no se encontraran tramitando juicios por causa o título anteriores al concursamiento cuyas sentencias pudieran valer como títulos vericatórios, tampoco el juez tendría la obligación de homologar el concordato si descubriera que el mismo es abusivo.

Esta última es la solución que consideramos correcta pues, como ya se vio, a la hora de analizar la conveniencia o no de homologar una propuesta aprobada (inclusive por la

totalidad de los acreedores) no están únicamente en juego los intereses del deudor y de los titulares de las acreencias involucradas. Hay un interés común de la comunidad en general por evitar la manipulación de los institutos concursales.

El Estado y la sociedad están interesados en que los particulares no utilicen una herramienta legal tan importante como el concurso preventivo, y un ámbito de actuación tan respetable como los tribunales de justicia, para burlar el sentido de las normas y violentar el ordenamiento jurídico.

La aprobación de concordatos abusivos, más allá de cuál hubiere sido el porcentaje de aprobación que obtuvieran, frenaría el otorgamiento del crédito en la economía o, lo que podría resultar igualmente perjudicial, lo tornaría más oneroso. De allí la necesidad de que se garantice la protección y circulación del crédito, y resulte beneficiada toda la población.

Quien da crédito ejecuta un acto de confianza en los otros (sus deudores), pero cuando esa persona observa que los jueces permiten la homologación de propuestas de acuerdo abusivas, es más que predecible que piense dos veces el otorgamiento de un crédito, o en todo caso lo haga a tasas de interés mucho más elevadas que compensen el mayor riesgo. En otros términos, la economía en general padecería consecuencias adversas, lo que a todas luces demuestra que no sólo están en juego los intereses de los involucrados en el procedimiento concursal al decidirse sobre la homologación de una propuesta.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que es un deber de los jueces analizar en cada caso la posible existencia de abuso en la formulación de la propuesta de acuerdo, más allá de la libertad de contenido que la ley concursal actual recepta, y también del porcentaje de aprobación que hubiere obtenido.

El “menú” de propuestas y la propuesta residual.

El artículo 41 de la ley 24.522 indica que el concursado, dentro de los diez días contados desde el dictado de la sentencia verificatoria del artículo 36 del mismo cuerpo legal, debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles. Como el propio artículo expresamente lo señala, la llamada categorización debe llevarse a cabo en base a elementos que razonablemente puedan determinar su justificación.

Esta modalidad de la ley concursal, tendiente a facilitar la solución preventiva, implica la posibilidad actual de que el deudor formule distintas propuestas para las diferentes categorías de acreedores, e inclusive diversas propuestas dentro de una misma categoría. Efectivamente, el artículo 43 de la normativa concursal indica que: “...Las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas. El deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas. El acreedor deberá optar en el momento de dar su adhesión a la propuesta...”.

Quedó así reconocida la posibilidad de que el concursado formule propuestas alternativas dentro de cada categoría, lo que se conoce comúnmente como “menú” de propuestas. Esta modalidad fue pensada por el legislador como una ayuda para el concursado, quien puede tener acreedores de diversos tipos, orígenes, etcétera, y por ello queda facultado para presentar distintas propuestas que reflejen los intereses y necesidades de cada grupo, y así se favorece la obtención de conformidades.

Rápidamente se generalizaron las propuestas de acuerdo preventivo de este tipo, es decir distinguiendo lo ofrecido según cada una de las categorías, y a su vez proponiendo distintas alternativas a cada una de éstas.

Nació entonces una discusión, que al no contemplar la ley una solución específica, aún en el presente mantiene vigencia. La misma gira en torno a cuál debe ser la propuesta -en caso de lograrse la homologación del acuerdo- aplicable a aquellos acreedores que no hayan exteriorizado voluntad positiva alguna (“residual”), y en su caso a quién corresponde decidirlo.

Ocurre que está en juego la suerte de todos aquellos titulares de acreencias que no participaron del acuerdo por no haber prestado conformidad con el mismo (disidentes), o por haber logrado el reconocimiento de sus créditos -por ejemplo- mediante las vías de la revisión o la verificación tardía.

Y como no siempre los deudores muestran gestos de grandeza y generosidad, algunos tomaron la iniciativa y así comenzaron a aparecer con bastante asiduidad sujetos concursados que al formular el “menú” de propuestas indicaban como “residual” a la más gravosa (por dar ejemplos, la que contemplaba la mayor quita, o la que fijaba la más larga espera, etcétera).

Lo que hace más cuestionable la modalidad descrita es que, en los hechos, la existencia dentro del “menú” de una propuesta notoriamente más desfavorable a los acreedores, y sumado a eso la decisión por el propio concursado de que la misma debe ser considerada “residual”, opera en la práctica como una verdadera forma de intimidar a los acreedores.

Pongamos un ejemplo para graficar la afectación del principio de igualdad de los acreedores y el abuso al que se los somete. El concursado “A” agrupa a los cinco bancos que lograron verificar sus créditos en la oportunidad prevista en el artículo 36 de la ley de concursos, en la categoría “acreedores quirografarios financieros”. Les ofrece un “menú” que consta de tres propuestas: la propuesta 1 (pago del 70% en 5 años), la propuesta 2 (pago del 60% en 3 años), y la propuesta 3 (pago del 50% en 7 años). “A” en su propuesta de acuerdo informa, además, que la propuesta 3 (que contempla la quita más grande, equivalente al 50%, y la espera más extensa, de 7 años) debe ser considerada “residual”, y por ello en la misma quedarán comprendidos los bancos que no presten su conformidad (disidentes). Nos preguntamos, ¿no estamos frente a un claro ejemplo de intimidación al acreedor? Por supuesto que sí. El acreedor al decidir su voto no lo haría libremente pues, del modo en que se hizo pública la propuesta, su negativa a prestar conformidad -en caso de que el deudor alcanzara las mayorías dentro de la categoría con las conformidades de los demás bancos- lo condenaría a quedar atado a la propuesta más perjudicial y a cobrar su crédito en términos visiblemente desiguales comparados con los aplicables a las otras entidades bancarias. Dicho de otro modo, la negativa del acreedor a aprobar la propuesta lo haría a él mismo responsable de la desigualdad padecida. Algo inaceptable.

En un principio, se dijo que era el deudor quien debía señalar cuál de las propuestas vincularía a los acreedores disidentes[67].

También se sostuvo que era conveniente que fuera el concursado el que se ocupara de indicar cuál era la propuesta “residual”, y si éste no formulaba tal precisión correspondía al juez determinar dónde y cómo incluir a los acreedores que no hubieren prestado conformidad[68].

Sin embargo, la reacción de la jurisprudencia tuvo lugar, y distintos pronunciamientos trataron el problema que nos ocupa.

En el caso “La Franco Andina”[69], se resolvió que los acreedores que no habían prestado conformidad se sujetarían a los efectos de la propuesta más votada por los acreedores concurrentes y no a la elegida como “residual” por la concursada.

También la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó este tipo de mecanismos a la hora de analizar una propuesta que presentaba como “residual” a la más perjudicial de las ofertas que integraban un “menú”. Y este máximo tribunal provincial se encargó de destacar que la aceptación de una propuesta es un acto positivo y no puede aceptarse que dicha manifestación de la voluntad recepticia se presuma por el silencio; y que de aceptarse una propuesta de esta índole se permitiría la creación de una clase de acreedores no prevista legalmente, que serían aquellos que no votaron el acuerdo[70].

A su vez, más recientemente se estableció que debe tenerse por no escrita la disposición de una propuesta que establece que los acreedores tardíos, revisionistas, disidentes y los impedidos de votar quedan sujetos a la alternativa más gravosa para sus derechos, ya que ello viola el principio de igualdad de los acreedores de una misma categoría y constituye una cláusula abusiva en los términos del artículo 52, inciso 4, de la ley 24.522[71].

Todo lo desarrollado a lo largo de este capítulo merece algunas reflexiones.

Está fuera de toda duda posible que la amplia libertad que la ley otorga al concursado a la hora de formular su propuesta es algo positivo, y que correctamente utilizada elimina obstáculos para la obtención de las conformidades. La pluralidad de propuestas para los distintos acreedores agrupados en categorías, y el “menú” que puede ofrecerse dentro de cada una de ellas, pueden resultar beneficiosos para quienes otorgan su conformidad al acuerdo, pues el acreedor tendrá a su disposición una abanico de opciones y seguramente elegirá aquella que más conveniente le resulte.

De otro lado, queda claro que abusa de su derecho el concursado que decide designar como “residual” a la propuesta más gravosa del conjunto, pues violenta flagrantemente el principio de igualdad entre los acreedores de la misma categoría. El artículo 43 de la ley de concursos y quiebras no puede ser utilizado contrariando los fines que se tuvo en miras al legislarlo. No se trata de una norma ideada para ser un instrumento que perjudique a los acreedores.

Habrán entonces que ser muy cuidadosos a la hora de convalidar que sea el mismo deudor quien decida cuál de las propuestas debe ser considerada “residual”. Y nos atrevemos a afirmar esto por cuanto la experiencia cotidiana indica que el deudor intentará atravesar su concurso preventivo buscando minimizar el costo económico.

Obviamente que si las distintas variantes incluidas en el “menú” no difieren sustancialmente entre ellas, no habría inconvenientes. Pero el tribunal nunca deberá resignar su facultad para controlar la existencia o no de una propuesta abusiva.

Por esa razón, si el juez llegara a la conclusión de que la propuesta “residual” es más perjudicial que otras[72], tiene el deber de rechazar la homologación, o en todo caso establecer en la sentencia homologatoria cuál de todas las propuestas debe ser considerada aplicable a los acreedores que no prestaron conformidad.

Queda pues un último interrogante. Si la elección por el concursado de la propuesta “residual” fue abusiva y el juez la dejó sin efecto, ¿debería elegir el magistrado como “residual” la propuesta más beneficiosa o la más votada? Desde nuestra perspectiva, no resulta convincente el argumento de que debe optarse por designar como “residual” a la propuesta que más adhesiones generó. Ello es así por la sencilla razón de que la propuesta más votada puede ser menos beneficiosa que otra que cultivó menor número

de conformidades. Y, por la simple aplicación del principio de igualdad entre los acreedores, la renuencia de un acreedor a adherir a alguna de las alternativas no puede privarlo de obtener por lo menos algo igual a aquello que recibirán sus pares que optaron por la propuesta menos gravosa de todas.

En forma sumaria podemos decir que cuando existe un “menú” de propuestas, la indicación de la propuesta residual puede llegar a dar lugar a abusos por parte de los deudores. Serán los jueces los encargados de vigilar que tales irregularidades no lleguen a configurarse, y el artículo 52 de la ley concursal es una herramienta válida para justificar la invalidez de una cláusula abusiva de ese tipo, del modo en que más arriba se explicó.

La emisión de obligaciones negociables.

Nos ocuparemos ahora de las propuestas de acuerdo preventivo que consisten en la emisión de obligaciones negociables.

No es el objetivo propuesto para este capítulo llevar a cabo un estudio pormenorizado de la figura de la obligación negociable, pues además está aclarar que ello excede el alcance de este trabajo, a la vez que existe abundante y recomendable bibliografía que se ocupó de cumplir esa tarea. Sí, en cambio, nos proponemos analizar un aspecto que, aún pudiendo resultar polémico, en nuestra opinión merece un tratamiento específico.

Se ha definido a las obligaciones negociables como títulos valores, incluidos dentro de la subcategoría de títulos de renta o de deuda, privados, por los cuales quienes los suscriben se convierten en acreedores de la emisora, que debe enfrentar el pago de los intereses y otros beneficios que se hubiere comprometido a otorgar y a amortizar el capital, en las épocas y porcentajes establecidos[73].

Fue por el año 1988, con la sanción de la ley 23.576, cuando las obligaciones negociables lograron en nuestro país una consagración legislativa. Sin embargo, hay que reconocer que recién a partir de la entrada en vigencia, en 1991, de la ley 23.962 - la cual estableció fuertes incentivos impositivos- estos títulos comenzaron a ser ampliamente reconocidos y aceptados. También digamos que la estabilidad económica (entendida como desaparición del fenómeno inflacionario) ayudó durante esos años a que se produjera una gran expansión de las obligaciones negociables como instrumento de crédito, pues se trata de títulos con extensos plazos de cancelación.

En línea con esta tendencia, la ley 24.522[74] expresamente contempló que la propuesta pueda consistir en la emisión de obligaciones negociables. Esta posibilidad que la ley brinda a los concursados fue utilizada por muchos de ellos, y así se homologaron numerosos acuerdos preventivos de este tipo.

Ahora bien, en nuestra opinión la emisión de obligaciones negociables y su entrega a acreedores concursales a partir de la homologación de una propuesta de acuerdo preventivo debe provocar en el operador del derecho algunas inquietudes.

La primera de ellas es que el acreedor disidente -convertido en obligacionista- queda “atrapado”, por segunda vez, en un régimen de mayorías que él no eligió voluntariamente. Explicaremos a continuación esta idea.

Cuando el deudor solicitó la formación de su concurso preventivo, el acreedor de causa o título anterior a la presentación quedó sometido a un régimen imperativo (el concursal) por el cual las mayorías logran imponerse sobre las minorías a la hora de aprobarse la propuesta de acuerdo. Y así el acreedor disidente queda sujeto a los términos y condiciones de la propuesta aprobada y homologada por el tribunal, sin que

tenga relevancia alguna su disconformidad. He aquí entonces un primer momento en el cual el acreedor sufre la imposición de la regla de las mayorías.

Y ¿qué ocurriría si la propuesta de acuerdo estipulara la emisión de obligaciones negociables? De nuevo, o sea por segunda vez, el acreedor concursal quedaría vinculado a un régimen de mayorías que le sería forzosamente impuesto.

En efecto, la ley de obligaciones negociables remite al artículo 354 de la ley 19.550. De acuerdo esta última norma, la asamblea de obligacionistas (i) debe regirse por las mayorías de la asamblea ordinaria en cuanto a su constitución, funcionamiento, y mayorías; (ii) puede aceptar modificaciones de las condiciones del empréstito, con las mayorías exigidas para la asamblea extraordinaria; y (iii) puede decidir alterar las condiciones fundamentales de la emisión, por unanimidad.

Los inconvenientes aparecen rápidamente porque la ley 19.550 no dice, y tampoco ha sido reglamentado, qué es o qué debe ser considerado una condición “fundamental” de la emisión. De esta manera, la cuestión queda en manos de la interpretación de los particulares y, en definitiva, de los jueces.

Por su parte, los autores no han logrado adoptar criterios uniformes que permitan dar certeza al asunto.

Para algunos^[75] debe entenderse que son condiciones fundamentales la modificación del vencimiento, la reducción o cancelación del valor nominal o tasa de interés, el cambio de la moneda de pago, y la modificación de las reglas del quórum y las votaciones de la asamblea de obligacionistas. Para otros^[76], en cambio, las condiciones fundamentales pueden variar según las características propias de cada estructura de emisión, pero cuando se emiten obligaciones negociables con oferta pública hay algunas que normalmente son reconocidas como tales, y son la prórroga o suspensión de la fecha de pago de capital o intereses, la reducción del capital o de los intereses, y la modificación de los porcentajes requeridos para el cálculo del quórum o de las mayorías originariamente establecidos.

Puede observarse pues que se trata de una cuestión que seguramente habrá de ser decidida en cada caso particular. No obstante ello, por la falta de un régimen legal preciso parecería posible que, por aprobación de la mayoría de los obligacionistas reunidos en asamblea, se alteraran condiciones de la emisión “no fundamentales”, y así -por dar algunos ejemplos- se modificarán las garantías originales, o se cambiara la enumeración de los eventos de incumplimiento que permitieran la aceleración de los plazos y la ejecución de la totalidad de la deuda.

Imaginemos entonces algunos escenarios teóricos. Una sociedad concursada emite, en virtud de la propuesta de acuerdo, obligaciones negociables con garantía hipotecaria sobre un inmueble de gran valor, como podría ser su planta industrial. Tiempo después, los obligacionistas por mayoría deciden aceptar se cambie la garantía por una hipoteca sobre un pequeño departamento propiedad de un accionista de la concursada. El perjuicio para el acreedor-obligacionista disidente es notorio, su crédito nítidamente quedó a peor resguardo. Sin embargo, sería bastante discutible que la decisión adoptada requiera la aceptación unánime de los obligacionistas. Agreguemos otro ejemplo. Una empresa concursada emite obligaciones negociables, estableciéndose que la falta de pago de dos cuotas de los intereses provoca la aceleración de todos los plazos no vencidos y entonces el obligacionista puede reclamar toda la deuda. Más tarde, los tenedores de los títulos por mayoría deciden aceptar se modifique el evento previsto para que pueda reclamarse todo lo debido, estableciendo que se requerirá la falta de pago de cuatro cuotas de los intereses. La desventaja para el acreedor-obligacionista que no votó a favor es notable. Pero, pese a ello, resultaría por demás

opinable que lo decidido por la mayoría de los obligacionistas requería conformidad de todos ellos.

Los argumentos expuestos y los ejemplos planteados nos permiten sostener que la situación del acreedor -devenido obligacionista- es muy difícil. Sus derechos pueden verse gravemente afectados y la aplicación de la regla de las mayorías del régimen legal de las obligaciones negociables lo fuerza a aceptar cambios y modificaciones en su relación frente al concursado-emisor.

A todo esto hay que agregar que aún las condiciones fundamentales de la emisión, en la práctica, pueden modificarse en perjuicio de los acreedores.

Para explicar este argumento consideramos muy oportuno analizar un caso concreto. Bajo la carátula “Güiraldes Zaefferer S.A. s/ concurso preventivo”[77] tramitó el concurso de una empresa constructora de cierta importancia. Lograron ser admitidos al pasivo concursal decenas de acreedores, titulares de créditos de lo más diversos y en muchos casos por importes muy poco relevantes. La deudora propuso a sus acreedores - y éstos aprobaron- emitir obligaciones negociables por algo más de siete millones de pesos. La propuesta mereció la homologación del tribunal. Sin embargo, poco antes del vencimiento de la primera cuota de las obligaciones negociables, se convocó a una asamblea de obligacionistas. Concurrieron a la misma tenedores de títulos que representaban nada más que el 8,58% del capital emitido. Y, por decisión unánime del puñado de obligacionistas presentes en la asamblea, se decidió postergar por un año el vencimiento de todas las cuotas de las obligaciones negociables.

La posición del acreedor siempre será difícil ante tal situación. En caso de que se interpretara que la convocatoria y funcionamiento de la referida asamblea de obligacionistas no puede merecer reproches, las condiciones fundamentales de la emisión se habrían visto alteradas por lo que unos pocos obligacionistas votaron. Y si, en cambio, se sostuviera que la decisión adoptada en esa asamblea es nula[78], el obligacionista afectado debería emprender un arduo, extenso y oneroso camino por los tribunales comerciales, solicitando la declaración judicial de nulidad de lo decidido en la asamblea.

Analizando con realismo y sentido común el relato efectuado más arriba, un interrogante surge naturalmente. ¿Qué demuestra lo ocurrido en el caso “Güiraldes Zaefferer S.A.”? Desde nuestro punto de vista, que el sistema dificulta a los acreedores -particularmente a los más pequeños- una razonable vigilancia y control sobre sus derechos. Es que nadie puede seriamente pensar que, por ejemplo, un pequeño proveedor de una empresa constructora (supongamos una Pyme que verificó un crédito de diez mil pesos y recibió obligaciones negociables por cerca de la mitad) lee todos los días el Boletín Oficial para enterarse si la concursada-emisora lo convoca a una asamblea de obligacionistas. Y, aún suponiendo que este acreedor se enterase del llamado a asamblea, debería asesorarse con un abogado acerca de cómo registrarse - con la debida anticipación- en la misma, cuáles serían sus derechos como tenedor de los títulos, las posibles acciones por nulidad, etcétera. Nos preguntamos, ¿alguien cree que ese proveedor haría todo eso? Una respuesta negativa se impone.

La ingeniería legal que implica la emisión de obligaciones negociables resultará siempre muy lejana y extraña para pequeños acreedores quirografarios, quienes seguramente no contarán con recursos suficientes para contratar abogados especializados en la materia[79]. En definitiva (y “por cansancio”) se desinteresarán de la suerte de sus castigados créditos y preferirán poner sus energías en asuntos más productivos y menos complicados.

Resumiendo, la emisión de obligaciones negociables puede hacer aparecer situaciones por demás injustas. La situación de un pequeño acreedor disidente frente a una

propuesta de ese tenor es doblemente débil. La regla concursal de las mayorías lo obligará a soportar los términos del acuerdo homologado, y la regla de las mayorías del régimen de las obligaciones negociables le podrá imponer modificaciones a los términos de la nueva deuda. Asimismo, este último régimen lo obligará a observar y cumplir todas y cada una de las cargas y deberes que el ordenamiento vigente contempla para los tenedores de obligaciones negociables. Y todo ello en forma compulsiva.

Por lo expuesto en este apartado, nos inclinamos por opinar que debería buscarse alguna solución para evitar la configuración de abusos en perjuicio de los acreedores mediante la implementación de propuestas de acuerdo como las analizadas.

Debido a la expresa inclusión de este tipo de propuestas en el artículo 43 de la ley 24.522, y al hecho de que la realidad muestra que la obligación negociable es una buena herramienta para la circulación del crédito, es que no nos atrevemos a afirmar que resultan *per se* abusivas. Como siempre, la configuración de un abuso por parte del concursado dependerá de las particularidades del caso. Sin embargo, una solución posible sería que, cuando el concursado formulara una propuesta de acuerdo que consistiera en la emisión de obligaciones negociables, tuviera la obligación de dar alguna opción distinta (algo así como un “menú” de propuestas) a la que pudieran adherir los acreedores que así lo decidieran y que a la vez sería aplicable a quienes no prestaron conformidad alguna.

El “plan de negocios” de la concursada.

Otro aspecto que resulta de interés considerar es la conveniencia de que el deudor, al formular a sus acreedores una propuesta de acuerdo preventivo, presente un plan de negocios mediante el cual dé sustento a lo ofrecido.

Desde ya dejamos aclarado que esta situación sólo sería aplicable a aquellos concursados que llevaran adelante una empresa, o sea organizaran un conjunto de factores y recursos a los fines de producir algún bien o prestar algún servicio.

La necesidad de que el concursado presente a los acreedores un plan de empresa comenzó a preocupar a los autores desde hace tiempo. Y ello fue así porque, en los hechos, los deudores se limitaban (aunque debemos decir que esta situación todavía persiste en la actualidad) a indicar los términos de lo ofrecido sin siquiera dar algunas pautas acerca de cómo se proponían generar los recursos con los cuales afrontarían en tiempo y forma las obligaciones asumidas.

El artículo 45 de la ley 24.522 indica que: “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento...”. La vaguedad del texto de la ley concursal fue la primera dificultad que encontró el intérprete sobre el punto que analizamos. Es que podría afirmarse que no parece del todo claro que el “régimen de administración” al que se hace referencia pueda ser automáticamente asimilado a un verdadero plan de negocios. Y, además, la práctica cotidiana en los tribunales marca una realidad concreta, y es que los jueces muy raramente se involucran en esta discusión y se conforman con que el concursado cumpla la exigencia legal con algunos párrafos vacíos de contenido en los cuales se compromete a continuar la marcha de la hacienda y hace algún pronóstico optimista sobre el futuro de la empresa. Nada más.

Frente a ese panorama, la doctrina de los autores fue abriendo paso a un debate en torno a la cuestión que nos ocupa. Porque es una preocupación más o menos generalizada la existencia de propuestas de acuerdo que, al no explicitar un plan de negocios que respalde el ofrecimiento, parecen meras expresiones de deseos de los concursados, lo cual naturalmente atenta contra la seriedad del proceso concursal.

En este orden de ideas, se dijo que como en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis, parece lógico en consecuencia que en la formulación de la propuesta deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa, cómo se la va a sanear y cómo se van a generar los recursos para afrontar el pasivo[80].

Otros, asumiendo posturas más extremas, afirmaron que es abusiva y no debe ser homologada una propuesta de acuerdo que no contenga un plan de saneamiento de la empresa, o lo presente en forma deficiente o incompleta, ya que pondría en evidencia una actitud desleal e irrazonable del concursado[81].

Más recientemente, se afirmó que la propuesta aislada y carente del respaldo necesario de la demostración de la viabilidad de la empresa insolvente y posibilidad de cumplimiento, distorsiona el objetivo de la ley y habilita el abuso[82].

Por nuestra parte, entendemos que la letra del artículo 45 de la ley concursal permitiría defender la necesidad de que se exija al concursado la presentación de un plan de negocios de la empresa a su cargo. Además, esa misma norma permite que, reunidos en la audiencia informativa, los acreedores formulen preguntas sobre las propuestas. Esto indica, indudablemente, que debe garantizarse un adecuado y suficiente nivel de información a los acreedores sobre qué se les ofrece y, obvia consecuencia de ello, cómo es posible esperar que se cumpla lo ofrecido. Todo esto tiende a que la decisión del acreedor -de prestar o no su conformidad- sea el resultado de un análisis serio y pormenorizado de los distintos aspectos de la propuesta, tales como cuánto se ofrece pagar, en qué plazo, cuál es la capacidad económica de la concursada, si es una unidad económica viable, etcétera.

El “régimen de administración” al que alude la ley debe interpretarse de un modo amplio, teniendo en vista los fines de la legislación concursal. Siendo que la ley de concursos resguarda variados intereses (el interés de la sociedad y de los acreedores, la conservación de la empresa, la circulación del crédito, por nombrar algunos), el proceso concursal debe desarrollarse de un modo que asegure que todos los actores involucrados se desempeñen de tal forma que sus conductas no desvirtúen el instituto del concurso preventivo.

El deudor -quien con su sola presentación en concurso ya generó un sacrificio a sus acreedores- debe actuar con buena fe en la etapa de formación del acuerdo. El artículo 1198 del Código Civil así lo manda. Debe formular una propuesta que, siendo de posible cumplimiento de acuerdo a sus condiciones económicas y financieras, genere el menor perjuicio posible a sus acreedores. Y, cuando pone la propuesta a consideración de sus destinatarios, debería explicar a éstos qué medidas empresariales se pondrán en práctica para asegurar su cumplimiento. De lo contrario, podría llegar a calificarse como insuficiente la propuesta de acuerdo preventivo, y así la existencia de abuso estaría latente. Abusaría de su derecho el concursado si pretendiese ignorar estas circunstancias y ocultar a los acreedores datos tan básicos y elementales para que adopten su decisión.

Creemos que sería recomendable -a fin de evitar confusiones- que al dictar la resolución del artículo 42 de la ley concursal (a partir de cuya notificación comienza a correr el período de exclusividad para que el deudor formule propuestas) el tribunal ordene al concursado cumplir con el requisito de presentar con las diferentes propuestas un plan de negocios lo más detallado posible. Si el concursado no cumpliera con lo ordenado por el juez, y presentara una propuesta que careciera de un plan de negocios, éste como director del proceso podría otorgar un plazo prudencial para la readecuación de la misma. Y de las propuestas que cumplieran con dicha exigencia, el

juez podría correr vista a la sindicatura a fin de que exprese su opinión sobre la seriedad del plan de negocios y su viabilidad.

De este modo, a la hora de tratar la homologación de un acuerdo preventivo, el magistrado contaría con elementos de importancia para ponderar la existencia o no de abuso por parte del concursado.

A fin de lograr mayor claridad en la exposición de nuestra postura, inventaremos un ejemplo, que podrá parecer extremo pero grafica con nitidez el problema. Supongamos que el síndico al presentar el informe general del artículo 39 informa que el pasivo quintuplica al activo, y que la principal causa del desequilibrio económico de la concursada fue la mala administración de la misma por sus responsables. Y, peor aún, los informes mensuales presentados por ese órgano en los términos del artículo 14 de la ley 24.522 dan cuenta de una pésima situación empresaria. Pese a todo ello, se propone a los acreedores la cancelación del 100% de los créditos, al año de la homologación, en un único pago y con un interés del 8% anual, y sin explicar cómo se fondeará la compañía para hacer frente a semejante obligación. ¿Debería el juez homologar una propuesta de este tipo aunque hubiere logrado las conformidades legales? Creemos que sería por lo menos discutible. Piénsese en los acreedores disidentes o que no formaron parte del acuerdo por haber verificado tardíamente o estar en revisión. De la homologación de semejante acuerdo podría resultar un abuso en perjuicio de ellos. Sería en tal caso razonable alegar -con argumentos atendibles- que una propuesta como la planteada no es más que una maniobra para dilatar la inexorable declaración de quiebra, y así se seguirían postergando los derechos de cobro de los acreedores en la liquidación falencial.

Para terminar, digamos que la dificultad que presenta la legislación actual perfectamente puede ser superada con una interpretación amplia y armoniosa del propio artículo 45. Si a ello sumamos la vigencia de los principios que informan al concurso preventivo, podemos concluir que la presentación de un plan de saneamiento y negocios aparece como algo plenamente recomendable, que dotaría de seriedad a la propuesta y alejaría a su vez la posibilidad de que se consagrara un abuso en perjuicio de los acreedores. Parece razonable pretender que el deudor explique con qué fondos afrontará el cumplimiento del acuerdo. Si no lo hace (porque no quiere o, peor aún, porque no puede) revela una actitud desleal y contraria a la buena fe que debe conducirlo frente a sus acreedores, el síndico y el juez. El concurso preventivo no es una herramienta que el Estado pone a disposición de los deudores para que actúen como mejor les parece. Los beneficios que un deudor concursado recibe lo obligan a desenvolverse con rectitud frente a los terceros.

La solución que propiciamos seguramente demandará mayores esfuerzos a los concursados, a los síndicos y también a los jueces. Pero no dudamos que su implementación generalizada redundará en una mayor transparencia de los procesos concursales.

La posibilidad de que el concursado reformule la propuesta no homologada.

El último aspecto que nos interesa tratar es el relativo a qué puede ocurrir en el supuesto caso de que el tribunal deniegue la homologación, por considerarla abusiva, a una propuesta de acuerdo que resultó aprobada por los acreedores.

Así, el punto a considerar es si al rechazar la homologación el juez debe decretar la quiebra del sujeto concursado o abrir el procedimiento del salvataje previsto en el artículo 48 de la ley concursal, o si por el contrario existe la posibilidad de que se brinde al deudor la posibilidad de que reformule la propuesta -en un nuevo período de exclusividad- modificando los elementos que la tornan abusiva.

En escena aparecen otra vez distintos principios concursales que pueden verse involucrados según cuál sea la solución elegida. Parece obvio señalar que si se decretase la quiebra, el principio de conservación de la empresa se vería seriamente afectado y ello proyectaría consecuencias tales como la desaparición de los puestos de trabajo. Desde otra posición, podría sostenerse que una excesiva extensión (o si se quiere dilatación) de los plazos del concurso preventivo, y la repetición de etapas ya cumplidas -como sería reinaugurar el período de exclusividad- implicaría impedir que los acreedores reciban nuevas propuestas de quienes se hubieran anotado en el registro del artículo 48, o que se alargue sin justificación la liquidación de los bienes y se demoren así sus expectativas de cobro en la quiebra.

Ciertos autores han defendido la razonabilidad, si las circunstancias del caso lo aconsejan, de acordar una nueva alternativa para que el deudor concursado reformule su propuesta en el marco de un nuevo período de exclusividad[83].

Los jueces también se hicieron eco de este dilema, y así se fue construyendo una jurisprudencia permisiva tendiente a tratar de evitar las consecuencias negativas de la quiebra y otorgar al deudor la posibilidad de que reformule y mejore su propuesta.

Quizás el fallo más recurrentemente citado al discutirse este tema sea “Línea Vanguard”. Como ya se explicó antes en este mismo trabajo, la Cámara capitalina rechazó la homologación de una propuesta abusiva (con una quita real cercana al 95%). El tribunal de Alzada por unanimidad ordenó la devolución del expediente, encomendando al juez de primera instancia “...proveer en consecuencia”[84]. Sin embargo, uno de los camaristas fundó su voto por separado, agregando que por la finalidad preventiva del concurso de acreedores, y considerando que la negativa de homologación a la propuesta se había basado en circunstancias que podían revertirse en un reformulación de la misma, parecía factible “...instar a la instancia de grado para que, sea mediante un nuevo período de exclusividad, sea mediante el procedimiento que arbitre al efecto, acuerde a la concursada la posibilidad de proponer esa reformulación...”[85].

El fallo analizado es merecedor de algún comentario adicional. El mismo en apariencia genera ciertas dificultades, que adquieren mayor relevancia por su amplia difusión y porque algunos se encargaron de argumentar -intentando dar solidez a la postura según la cual el juez no debe declarar la quiebra al rechazar la homologación- que el tribunal ordenó al juez de primera instancia que arbitrara los medios necesarios para que la sociedad deudora pudiera reformular su propuesta. Discrepamos con esa visión sobre la sentencia comentada, sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo con la idea de fondo. Es que, en realidad y a diferencia de lo que algunos afirman, la Cámara no ordenó la apertura de un nuevo período de exclusividad. Si así lo hubiera hecho, el voto por separado de uno de los camaristas no habría tenido razón de ser, y la indicación de que se concediera una nueva “oportunidad” a la deudora habría integrado la parte resolutive del fallo (que en definitiva es lo que resulta obligatorio y vinculante).

Años más tarde, en el ya citado caso “Impresora Internacional de Valores”[86] el juez concedió a la concursada un plazo de algo más de treinta días corridos para la readecuación de la propuesta que había sido considerada abusiva.

En igual orden de ideas, resulta oportuno referirnos a un precedente que consideramos plenamente válido para el tema bajo tratamiento, pese a haber tenido lugar en un pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial. En efecto, al ser rechazada la homologación de un APE que se juzgó formulado en términos que obligaban al magistrado a denegar su homologación por aplicación del artículo 52, inciso 4, de la ley concursal, se decidió conferir a la deudora quince días para que reformule el acuerdo, toda vez que -pese a la multiplicidad de intereses

comprometidos- las soluciones que tienden a revertir las crisis empresariales, evitando el consiguiente impacto social y económico, deben resultar privilegiadas[87].

Por último, cabe destacarse que al decidir el rechazo -por abusiva y también en los términos del cuarto inciso del artículo 52- de la homologación de un acuerdo que contemplaba el pago del 20%, un juez de primera instancia fijó, como vía alternativa, un término de sesenta días para que la sociedad concursada reformulara su propuesta, ofreciendo abonar por lo menos el 40% del capital verificado o declarado admisible[88].

Para terminar, daremos nuestra propia opinión sobre el particular. Creemos que el juez del concurso -en cuanto que es el director del proceso- goza de atribuciones suficientes para permitir al deudor que reformule su propuesta de acuerdo preventivo de un modo que elimine aquellos obstáculos que impidieran su homologación. La finalidad del instituto del concurso preventivo no se vería afectada seriamente por el otorgamiento al deudor de un nuevo y corto período de exclusividad, a fin de que pueda corregir los errores en los que incurrió al formular la propuesta original.

Es cierto que si esta nueva etapa fracasara los acreedores habrán visto postergadas temporalmente sus legítimas expectativas a percibir un eventual dividendo concursal. Sin embargo, no parece que una implementación rápida del nuevo período de exclusividad y la fijación de un término reducido de vigencia del mismo, pudieran diferir demasiado en el tiempo el ejercicio de esos derechos de los acreedores.

Desde nuestro punto de vista, si la referida facultad judicial es ejercida con razonabilidad (repetimos, imponiendo siempre plazos adicionales breves para la reformulación), puede permitir el saneamiento de una propuesta abusiva y la consecuente homologación de aquellas que obtengan las conformidades necesarias.

VI.- Comentarios finales y algunas conclusiones [arriba]

Para poner fin al presente trabajo, haremos algunos comentarios y formularemos algunas conclusiones.

Cuando se estudian los distintos aspectos del concurso preventivo, debe considerarse adecuadamente cuál es el fin del instituto, que no es otro que proveer a los ciudadanos una herramienta que permita superar la cesación de pagos.

La presentación en concurso preventivo de un deudor no puede implicar para sus acreedores un sacrificio de una magnitud tal que desnaturalice sus derechos de propiedad constitucionalmente garantizados. El concurso preventivo exigirá sacrificios parciales -e igualitarios- a los acreedores, nunca totales.

De los numerosos principios que luchan por prevalecer en un escenario concursal, el derecho de propiedad de los acreedores y la protección del crédito deben privilegiarse. Es que la fluida circulación de los bienes y la existencia de crédito a costos accesibles favorecen a todos los integrantes de una comunidad.

La continuidad de la empresa y de los empleos no pueden erigirse como fines superiores. Nótese que si por efecto de la quiebra se dejasen de proveer productos o servicios a la comunidad, otra empresa presente en el mercado será la encargada de cubrir ese déficit, y para ello seguramente contratará más trabajadores. Y si el mercado no demandaba aquello que la concursada fabricaba u ofrecía, era una empresa inviable y entonces los puestos de trabajo estaban condenados a desaparecer de todos modos.

Serán los jueces -con la inestimable ayuda y auxilio de los síndicos- los encargados de velar por la vigencia de un orden legal justo. Y como en materia concursal es sumamente complicado establecer límites rígidos, en cada caso concreto los tribunales deberán decidir si la propuesta de acuerdo es abusiva o no; y para ello en la actualidad cuentan con un ordenamiento legal que brinda las herramientas necesarias a tal fin.

Sin temor a equivocarnos afirmamos que será esa una tarea difícil y muchas veces complicada, y sólo reservada para jueces comprometidos con su función.

La crisis de nuestro país -que todavía hoy atravesamos- generó situaciones complicadas e indeseables, pero ello no puede ser la excusa para que se utilicen fraudulentamente y abusivamente los mecanismos legales vigentes. Y ello acontece cuando el concurso preventivo es elegido como un mecanismo de licuación de pasivos.

De allí que exista una imperiosa necesidad de revertir esta situación y defender la recta aplicación de los principios y normas del derecho.

La desnaturalización de los procesos concursales y el consiguiente desprestigio del Poder Judicial deben ser evitados, ya que el perjuicio sería general y demoraría muchos años lograr que los ciudadanos readquieran confianza en las instituciones públicas.

[1] cfr. DE LAS MORENAS, Gabriel, "DEBE ADMITIRSE, BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS, QUE LOS DEUDORES PUEDAN EFECTUAR PAGOS..." (ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. I, p. 256, *Imprenta Lux*, Santa Fe, 2006).

[2] En el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, celebrado en Rosario (Santa Fe) del 27 al 29 de septiembre de 2006, se presentaron no menos de diecisiete ponencias sobre este tópico, y la problemática y necesidad de buscar una "moralización en los procesos concursales" fue uno de los ejes del encuentro.

[3] cfr. CAPUTO, Leandro, "LA PROPUESTA CONCORDATARIA ABUSIVA" (ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. I, p. 162, *Imprenta Lux*, Santa Fe, 2006).

[4] cfr. PEREYRA, Alicia Susana, "LA PROPUESTA ABUSIVA" (ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. I, p. 649, *Imprenta Lux*, Santa Fe, 2006).

[5] cfr. MALAGARRIGA, Carlos C., "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL", t. IV, p. 362, *Tipográfica Editora Argentina*, Buenos Aires, 1952.

[6] cfr. MESSINEO, Francesco, "MANUALE DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE" (*Diritto delle obbligazioni - Parte generale*), ottava edizione, volume secondo, parte seconda, *Dott. A. Giuffrè*, Milano, 1951. Ed. en castellano: "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL", trad. de S. Sentis Melendo, t. IV, p. 32, *Ediciones Jurídicas Europa-América*, Buenos Aires, 1955.

[7] cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, "EL CONCORDATO Y LA QUIEBRA", 4ª edición, t. I, p. 169/170, *Depalma*, Buenos Aires, 1964.

[8] Por ejemplo, la sanción de la ley 26.086 implica una defensa más acentuada del interés de los trabajadores.

[9] Con la pauta constitucional de que lo que no está expresamente prohibido resulta implícitamente permitido.

[10] cfr. MACHADO, José Olegario, "EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO", t. III, p. 351, *Talleres Gráficos Argentinos*, Buenos Aires.

[11] cfr. Cám. Civ. 2º Cap., 06/08/1940, "Rossi, Juan c/ Martínez Rodríguez, Francisco", JA, t. 71, p. 683/685.

[12] El artículo 35 de la Constitución del '49 decía: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparar a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de estos derechos que perjudiquen a la humanidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes."

[13] cfr. CSJN, 18/04/1956, "Raina, Enrique c/ Raina, Asunta María", JA, t. 1956-III, p. 369/370.

[14] cfr. BORDA, Guillermo A., "TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL", 10ª edición, t. I, p. 27, *Perrot*, Buenos Aires, 1991.

[15] idem, t. I, p. 51.

[16] cfr. RIPERT, Georges, et BOULANGER, Jean, "TRAITE DE DROIT CIVIL D'APRÈS LE TRAITÉ DE PLANIOL", *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris. Ed. en castellano: "TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL", trad. de D. García Daireaux, t. I, p. 477, *La Ley*, Buenos Aires, 1979.

- [17] cfr. RIVERA, Julio César, "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL", t. II, p. 573/574, *Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1993.
- [18] cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "BALANCE DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 17.711...", conferencia dictada en la Biblioteca "Mariano Moreno" de Río Cuarto (Córdoba), el 24/04/1978, www.acader.unc.edu.ar.
- [19] cfr. DE LA VEGA, Abraham, en su prólogo a la obra de A. Coca Padró titulada "LA LEY DE QUIEBRAS INTERPRETADA Y COMENTADA", 1º edición, *Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco*, Buenos Aires, 1917.
- [20] cfr. MALAGARRIGA, Carlos C., op. cit., t. IV, p. 270.
- [21] cfr. ORIONE, Francisco, "EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LA LEY DE QUIEBRAS - LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES", p. 185, *El Ateneo*, Buenos Aires, 1934.
- [22] cfr. Cám. Apel. Dolores, 06/08/1942, "Martínez, Elías", JA, t. 1942-III, p. 659.
- [23] cfr. CNCom., sala A, 29/12/1959, "Stad Internacional S.A. s/ quiebra", LL, t. 99, p. 401/402.
- [24] cfr. SCBA, 07/04/1970, "Mercurio S.A.", LL, t. 140, p. 273.
- [25] cfr. CNCom., en pleno, 10/06/1970, "Dante Martiri S.A.", LL, t. 141, p. 486 (del voto del Doctor Galli Villafañe).
- [26] cfr. SAJON, Jaime V., "CONCURSOS", p. 210, *Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1974.
- [27] Según los artículos 55, 56 y 57, respectivamente.
- [28] cfr. CÁMARA, Héctor, "EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA QUIEBRA", t. II, p. 1094, *Depalma*, Buenos Aires, 1979.
- [29] cfr. Cám. 1º Mar del Plata, sala 2º, 04/12/1973, "Vallejo, Héctor C. s/ quiebra", JA, t. 23-1974, p. 534/535.
- [30] CNCom., sala C, 25/06/1979, "Cabosch S.A. s/ quiebra", ED, t. 85, p. 293.
- [31] cfr. CNCom., sala D, 18/06/1980, "Confitería del Molino S.A. s/ quiebra", LL, t. 1980-D, p. 516/517.
- [32] cfr. CNCom., sala D, 21/12/1982, "Sasetru S.A. s/ quiebra", ED, t. 104, p. 433.
- [33] CSJN, 11/10/1984, "Sasetru S.A. s/ quiebra", ED, t. 111, p. 383.
- [34] cfr. RUBÍN, Miguel Eduardo, "LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DEL CONCURSO...", ED, t. 198, p. 969.
- [35] cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, "COMENTARIOS A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS Nº 24.522", 1º edición, p. 44, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1996.
- [36] cfr. DASSO, Ariel Ángel, "QUIEBRAS - CONCURSO PREVENTIVO Y CRAMDOWN", 1º edición, t. I, p. 226, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1997.
- [37] cfr. AZIZE, Carlos Alberto, "LA ESPERA COMO QUITA EN EL CONCURSO PREVENTIVO", LL, t. 2000-D, p. 1270.
- [38] cfr. CNCom., sala D, 19/12/1995, "Banco Extrader S.A. s/ quiebra", LL, t. 1997-E, p. 248.
- [39] cfr. CNCom., sala B, 03/09/1996, "Covello, Francisca s/ quiebra", LL, t. 1997-E, p. 247.
- [40] cfr. Juzg. de Proc. Concursales y Reg. Nº 3, Mendoza, 22/05/1997, "Pedro y José Martín S.A.", LL, t. 1997-F, p. 191.
- [41] cfr. CNCom., sala C, 04/09/2001, "Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo", LL, t. 2002-A, p. 397 y 399.
- [42] Del discurso de la Senadora Negre de Alonso, "ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS", t. 2002-A, p. 529, *La Ley*, Buenos Aires, 2002.
- [43] cfr. DASSO, Ariel Ángel, "LA REFORMA DE LA LEY DE QUIEBRAS EN EL MARCO DE EMERGENCIA", LL, t. 2002-B, p. 823/824.
- [44] cfr. BORETTO, Mauricio, "LAS FACULTADES LEGALES DEL JUEZ CONCURSAL...", ED, t. 197, p. 221.
- [45] cfr. ALEGRÍA, Héctor, "LA EMERGENCIA, EL DERECHO CONCURSAL...", LL, t. 2002-C, p. 1352.
- [46] "ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS", t. 2002-B, p. 1022, *La Ley*, Buenos Aires, 2002.
- [47] cfr. RUBÍN, Miguel Eduardo, "LA NUEVA REFORMA AL RÉGIMEN CONCURSAL QUE TRAJÓ LA LEY 25.589", LL, t. 2002-C, p. 1388.
- [48] cfr. JNCom. Nº 4, 17/02/2003, "Impresora Internacional de Valores S.A.I.C. s/ concurso preventivo", LL, t. 2003-B, p. 685.
- [49] cfr. CNCom., sala D, 04/11/2003, "Compañía de Fondos Inmobiliarios Pilar Nuevo S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250", ED, t. 207, p. 115.
- [50] cfr. CNCom., sala A, 30/04/2004, "Arcángel Maggio", LL, t. 2004-D, p. 883/884.
- [51] Cám. 1º Civ. y Com. San Isidro, sala 2º, 17/03/2005, "Bezruk, Manuel s/ concurso preventivo", LLBA, t. 2005, p. 724.
- [52] cfr. CNCom., salaE, 19/05/2005, "Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación promovido por Calcon Construcciones S.R.L.", www.laleyonline.com.ar.
- [53] cfr. CNCom., sala D, 22/06/2005, "Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo", LL, t. 2005-D, p. 311.
- [54] cfr. CSJN, 15/03/2007, "Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo", LL, t. 2007-C, p. 38.
- [55] cfr. HEREDIA, Pablo, "TRATADO EXEGÉTICO DE DERECHO CONCURSAL", t. II, p. 61, *Abaco*, Buenos Aires, 1998.
- [56] Dice el artículo 180 del Código Penal: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato...".
- [57] Dice el artículo 274 de la ley 24.522: "Facultades del juez. El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias...".
- [58] Dice el artículo 275 de la ley 24.522: "Deberes y facultades del síndico. Compete al síndico...la averiguación de la situación patrimonial del concursado...".

- [59] Dice el artículo 14, inciso 12, de la ley 24.522: “El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales.”.
- [60] cfr. PEREYRA, Alicia Susana, op. cit., t. I, p. 653.
- [61] cfr. ALEGRIÁ, Héctor, “BREVE APOSTILLA SOBRE LA FLEXIBILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONCURSAL”, LL, t. 2004-E, p. 724.
- [62] CSJN, 28/03/2000, “Flores, Aurelio”, LL, t. 2000-D, p. 477.
- [63] cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL”, t. I, p. 158, Perrot, Buenos Aires, 1961.
- [64] cfr. MONTI, José Luis, “EL CONCORDATO COMO NEGOCIO JURÍDICO...”, LL, t. 2000-F, p. 1093.
- [65] cfr. Recurso extraordinario interpuesto por la Fiscalía General ante la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 25/07/2005, *in re* “Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo” (CNCom., sala D), inédito.
- [66] cfr. PORCELLI, Luis A., “NO HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO PREVENTIVO...”, LL, t. 2002-D, p. 985.
- [67] cfr. ACUÑA, Marta, BASILE, Jorge, NAVEIRA, Gustavo, y TRUFFAT, Edgardo, “ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ART. 48 DE LA LEY 24.522...”, ED, t. 164, p. 1145.
- [68] cfr. ROUILLON, Adolfo, “RÉGIMEN DE CONCURSOS Y QUIEBRAS”, 6° edición, p. 77, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- [69] cfr. Juzg. de Proc. Concursales y Reg. N° 3, Mendoza, 21/10/1996, “La Franco Andina Soc. en comandita simple s/ concurso preventivo”, ED, t. 171, p. 129.
- [70] cfr. CS Mendoza, 24/06/2003, “Pedro López e Hijos S.A.C.I.A.”, LLGranCuyo, t. 2003, p. 902.
- [71] cfr. CNCom., salaC, 28/12/2005, “Pulenta, Francisco s/ concurso preventivo”, www.laleyonline.com.ar (del dictamen de la Fiscalía General ante la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Comercial que el tribunal hace suyo).
- [72] Para ello podrá valerse del auxilio del órgano sindical, que está en condiciones de hacer un análisis económico de las distintas propuestas.
- [73] cfr. ALEMANDI, Miguel Ángel, y GÓMEZ BAUSELA, María Silvia, “OBLIGACIONES NEGOCIABLES”, p. 89, *Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 1991.
- [74] En su artículo 43, que en lo que aquí interesa continúa vigente.
- [75] cfr. PAOLANTONIO, Martín Esteban, “OPERACIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES”, p. 182/183, *Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 1997.
- [76] cfr. WETZLER MALBRÁN, Germán, “OBLIGACIONES NEGOCIABLES Y PROCESOS CONCURSALES”, LL, t. 2004-E, p. 1141.
- [77] Este proceso concursal tramita por ante el Juzg. Nac. de Primera Instancia en lo Comercial N° 4, Sec. N° 7, de la Capital Federal.
- [78] Por cuanto la unanimidad exigida por el artículo 354 de la Ley de Sociedades se debería computar sobre el total de la emisión, y no sobre el capital que representaran los obligacionistas presentes en una asamblea.
- [79] Distinta sería la situación, por ejemplo, en un concurso en el cual el pasivo estuviera compuesto por una anterior emisión de obligaciones negociables y el elenco de acreedores estuviera integrado por inversores institucionales como fondos de inversión, administradoras de fondos de pensiones, etcétera.
- [80] cfr. VAISER, Lidia, “EL “RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN” EN LA PROPUESTA DE ACUERDO: ¿PLAN DE EMPRESA?”, LL, t. 1999-D, p. 1079.
- [81] cfr. PETRASSO, Hernán Walter, “LA FALTA DE PRESENTACIÓN DE UN PLAN DE SANEAMIENTO...” (ponencia presentada en las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, llevadas a cabo en San Isidro del 20 al 22 de octubre de 2005, www.casi.com.ar).
- [82] cfr. FARHI, Diana, “ABUSO EN LAS SOLUCIONES PREVENTIVAS. VIABILIDAD. PLAN DE RECUPERACIÓN” (ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. I, p. 289, *Imprenta Lux*, Santa Fe, 2006).
- [83] cfr. MONTI, José Luis, op. cit., p. 1096.
- [84] CNCom., sala C, 04/09/2001, “Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo”, LL, t. 2002-A, p. 400.
- [85] idem (del voto del Doctor Monti).
- [86] cfr. JNCom. N° 4, 17/02/2003, “Impresora Internacional de Valores S.A.I.C. s/ concurso preventivo”, LL, t. 2003-B, p. 686.
- [87] cfr. JNCom. N° 13, 14/09/2005, “Micro Omnibus Norte S.A.”, LL, t. 2006-A, p. 224/225.
- [88] cfr. JNCom. N° 18, 24/04/2007, “Compañía Suizo Argentina de Construcciones Civiles S.A. s/ concurso preventivo”, www.cncom.gov.ar.