

Modificación y/o renegociación del Acuerdo Preventivo Extrajudicial

Ana Belén Serrano

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El derecho concursal argentino es un derecho de emergencia, aplicable para el caso de insolvencia patrimonial. Se presenta como la institución jurídica que permite solucionar el estado de impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones, evitando su quiebra y el consecuente proceso de ejecución al que ésta da a lugar.

Este conjunto de normas^[1] establece diversos mecanismos a través de los cuales el deudor podrá hacer frente a la crisis empresarial y la insolvencia, al mismo tiempo que protegerá los derechos de los acreedores.

Por un lado, se concibe al concurso preventivo (el “Concurso”) como el mecanismo que representa para el deudor la oportunidad de superar su insolvencia, mediante la celebración de un acuerdo con sus acreedores. En tal sentido, el Dr. Vitolo señala que se trata de

“(…) un régimen voluntario establecido en beneficio del deudor que se encuentra en cesación de pagos, permitiéndole a este que continúe al frente de la administración de su patrimonio bajo un régimen de desapoderamiento atenuado, desarrollando su actividad habitual, y otorgándole la oportunidad de que pueda arribar en un plazo determinado a un acuerdo con sus acreedores, que le permita revertir la situación de crisis que atraviesa. Si el acuerdo finalmente es homologado judicialmente, las obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso quedan novadas totalmente”^[2].

Por otro lado, la norma prevé al acuerdo preventivo extrajudicial (“APE”) como un mecanismo de reestructuración de naturaleza concursal, que permite al deudor -a través de acuerdos con sus acreedores- hacer frente a la insolvencia o a las circunstancias económicas que afectan negativamente su patrimonio (hasta aquí con un carácter extrajudicial). No obstante, dicho carácter devendrá concursal en la medida que se solicite la homologación de tales acuerdos. Este carácter dual que se puede atribuir al APE dio lugar a extensos debates en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de su naturaleza jurídica.

II. El concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial [\[arriba\]](#)

Estos mecanismos, aunque persiguen un mismo fin presentan diferencias que suponen ventajas y desventajas para el deudor, en la medida que opte, o mejor dicho, se encuentre en condiciones de recurrir a uno u otro. En principio, el APE no requiere que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos (lo que configura uno de los presupuestos objetivos en el marco del Concurso) sino que basta con que esté atravesando dificultades económicas o financieras, incluso transitorias, de carácter general. En esa misma línea, requiere cumplir menos recaudos formales.

Un punto de comparación importante entre los mecanismos reseñados, son los efectos que se producen ante la falta de homologación del acuerdo negociado. En caso de no ser homologado, el APE continuará siendo igualmente válido y obligatorio para todos los acreedores que lo suscribieron dada su naturaleza contractual, salvo

disposición en contrario; y, eventualmente, el deudor conservará la posibilidad de recurrir al Concurso. No así en este último caso, donde el acuerdo no homologado no produce ningún efecto para los acreedores que lo votaron favorablemente, sino que se abre el escenario de *cram-down* o quiebra[3]. Por otro lado, en la homologación los términos del acuerdo resultaran aplicables a todos los acreedores alcanzados por él, aunque no hubieran participado de las negociaciones ni votado favorablemente la propuesta, y produciendo la novación de todos los créditos alcanzados por éste.

En última instancia, más allá de las diferencias, y ventajas o desventajas que puedan suponer un mecanismo u otro (vgr. los plazos, la suspensión de los intereses pre concursales, la ejecución de las garantías pre concursales, la intervención del síndico o el comité de acreedores, costos, etc.) a los efectos prácticos, todo se reduce a un acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores para negociar su deuda.

Sin embargo, a los efectos del presente trabajo corresponde hacer hincapié sobre la negociación del acuerdo y las posibilidades de renegociación y/o modificación que existen sobre el mismo. En tal sentido, se puede destacar que en el marco de un APE existe una mayor libertad y paridad entre el deudor y sus acreedores (limitada cuando este adquiere su carácter concursal). Ello como consecuencia de las concesiones recíprocas que las partes estén dispuestas a hacerse. Asimismo, la ausencia de plazos para obtener las conformidades, o de un régimen legal de privilegios o de preferencias, permite crear estas últimas para favorecer el acuerdo, como generalmente se hace a favor de quienes proveen la financiación necesaria para afrontarlo[4].

III. Naturaleza Jurídica del APE [\[arriba\]](#)

A fin de determinar si es posible o no la renegociación y/o modificación del APE, corresponderá en primer lugar establecer la naturaleza jurídica de dicho instituto. En tal sentido, la delimitación de su naturaleza jurídica ha suscitado diversas discusiones doctrinarias al respecto, y su solución variará en tanto se adopte una u otra postura.

(a) Naturaleza concursal

Algunos autores sostienen que se trata de un “subtipo concursal”. Esta postura destaca los efectos que se generan una vez que el acuerdo es presentado al juez para su homologación, y fue reforzada a partir de la reforma de la Ley 25.589[5], que asimiló los efectos tanto de la presentación como de la homologación entre este instituto y el concurso preventivo. A partir de allí se empezó a sostener que es una “subespecie de concurso preventivo” o “subtipo de concurso preventivo”, como se menciona al inicio.

Autores como Alegría[6] han sostenido que el APE se trata de un verdadero instituto concursal porque, entre otros aspectos: (i) está regulado como un capítulo dentro de la Ley de Concursos y Quiebras, que se refiere al Concurso; (ii) su regulación remite a otras normas de la propia ley referida; (iii) el requisito objetivo (cesación de pagos o dificultades económicas o financieras de carácter general) es un presupuesto concursal típico; (iv) los requisitos formales que se deben cumplir para su presentación son comparables *mutatis mutandi* con los del art. 11 de la Ley de Concursos y Quiebras; (v) se deben cumplir requisitos de publicidad semejantes a los del Concurso; (vi) su homologación, conforme la doctrina mayoritaria, se rige por los

principios aplicables al Concurso; y (vii) los efectos del acuerdo homologado, de su incumplimiento y su nulidad, se corresponden "mutatis mutandi" con los del Concurso.

A nivel jurisprudencial, la sala A de la Cámara Comercial en autos "Multicanal S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial"[7] afirma que se trata de un instituto concursal, señalando que

(...) el acuerdo preventivo extrajudicial es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo. Ahora bien, no obstante tratarse de otro tipo concursal, dado que la regulación del APE deja al descubierto múltiple vacío normativo, la similar finalidad de ambos institutos impone, más allá de las remisiones parciales al articulado del concurso que contienen los arts. 69 y sgtes. de la Ley de Concursos y Quiebras, recurrir a una función de integración normativa entre los dos mecanismos que, sin embargo, no debe ser automática sino acotada y razonada. Dentro de tales parámetros, se entiende que las normas del concurso preventivo serán de aplicación al APE en tanto resulten compatibles con su finalidad como forma de reestructuración de pasivos y con las características del período anterior al pedido de homologación (...).

(b) Naturaleza contractual

No obstante los argumentos que sostienen el carácter concursal del APE, hay quienes sostienen la postura contractualista. Es decir, conciben al APE como un acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores. Ello implica sostener que para su validez debe reunir todos los recaudos necesarios para los contratos: consentimiento (arts. 957, 971 y 972 CCyCN), objeto lícito y jurídicamente posible (arts. 279, 958, 1004 y 1003 CCyCN) y causa lícita (art. 726 y ss. CCyCN).

Los autores que sostienen esta teoría[8], entienden al APE como un contrato y consideran que pese a que no se logre la homologación, el acuerdo será igualmente válido para las partes. Asimismo, niegan su naturaleza concursal porque, por un lado, no hay concurrencia de acreedores, y por otro no rige el artículo 1 de la ley concursal, ya que refiere únicamente al estado de cesación de pagos y a la universalidad del patrimonio, es decir que comprende todo el patrimonio activo y pasivo.

Desde esta perspectiva, podrían sintetizarse los caracteres que reviste el APE, de la siguiente manera: (i) consensual; (ii) generalmente plurilateral; (iii) oneroso; (iv) formal; (v) nominado, (vi) complejo: compuesto por una serie de actos de contenido diverso con unidad de causa fin; (vii) preventivo: para superar o evitar la insolvencia o crisis empresarial; (viii) extrajudicial; (ix) único: aunque con pluralidad de partes que convergen todas hacia el mismo fin, y aun cuando se haya celebrado en muchos instrumentos, ya que lo que se somete a homologación es un único acuerdo para la superación de las dificultades económicas.

Otros autores sostienen que en realidad el APE reviste una naturaleza dual, en tanto hasta el momento mismo de la homologación tendrá carácter consensual, que luego devendrá en concursal. Es decir, podrá considerarse como un contrato o un instituto concursal, dependiendo de la instancia desde la que se observe[9]. Esta postura es sostenida en el fallo de la sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en los autos

“Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial”[10], donde se afirmó que

(...) El APE es, un instituto complejo constituido por (a) un inicial acto contractual, dado por la formación del acuerdo logrado en el ámbito extrajudicial -en ello radica la extrajudicialidad de este sistema-, y (b) un ulterior acto jurisdiccional, esto es: la homologación del acuerdo -este segundo tramo del instituto complejo se cumple en sede judicial, de modo que el llamado acuerdo preventivo extrajudicial no es íntegramente extrajudicial, como podría pensarse a partir de su denominación.

Por su parte, Quintana Ferreyra, explica que el APE es el contrato solemne celebrado entre el deudor y la comunidad de acreedores, cuyo objeto es sistematizar las relaciones jurídicas existentes entre ellos y evitar la declaración de la quiebra, y que la homologación judicial constituye uno de los elementos ad solemnitatem del contrato[11].

IV. La modificación y/o renegociación del APE, ¿es posible? [\[arriba\]](#)

La situación actual generada por la pandemia obligó a repensar algunos institutos del derecho concursal, en post de atender a los conflictos de insolvencia que se han originado a partir de dicha emergencia sanitaria.

En tal contexto, uno de los temas controvertidos fue la renegociación del acuerdo, dado que muchas actividades productivas en consecuencia vieron afectada su economía y su capacidad de realizar los pagos comprometidos. Ante tal supuesto, la solución del régimen concursal es la quiebra. No obstante, frente a las consecuencias generalizadas surge el debate si es posible o no reformular el APE.

La primera pregunta que se puede hacer es si ante la falta de previsión de esta posibilidad, ¿está prohibido?, ¿o simplemente no está previsto? La postura de que no está previsto, pero está permitido la sostienen quienes adoptan la teoría contractual referida precedentemente, en tanto si la naturaleza jurídica es un contrato, entonces se pueden aplicar institutos como teoría de la imprevisión, posibilidad de renegociación, etc. Si en cambio, se considera al APE como una sentencia judicial, que hace cosa juzgada entre las partes, entonces la renegociación no sería posible, porque debería tratarse de cosa juzgada írrita.

Cabe recordar que el proceso concursal puede calificarse como el conjunto de normas procesales y sustanciales que organizan el desarrollo del procedimiento universal de ejecución de los acreedores contra el deudor común[12]. Estos procesos persiguen remover el estado de crisis y tienen como objeto “devolver al seno de la comunidad económica, en forma saneada, al deudor que ha atravesado por semejante crisis”[13]. Por lo tanto, es claro que la situación actual genera un aumento de las situaciones de insolvencia y la necesidad de intervenciones concursales de reestructuración para evitar las masivas declaraciones de quiebra.

En la actualidad, el APE es el más importante mecanismo de reestructuración de deuda privada, en tanto, como se mencionó anteriormente, permite al deudor, a través de acuerdos suscriptos con sus acreedores, remover la insolvencia o las dificultades económicas o financieras que afectan su patrimonio. Este se destaca por una “permanente búsqueda de las vías concursales para evitar la quiebra”[14]. Es entonces que cabe preguntarse, si uno de los principios que rigen la legislación concursal es la protección de los acreedores, como así también la conservación de

la empresa, por qué no sería posible una renegociación y/o modificación del acuerdo, siempre que ello conlleve a evitar la quiebra del deudor, y que sus acreedores aun tengan posibilidad de satisfacer, al menos, parte de los créditos involucrados en tal acuerdo.

No obstante, la jurisprudencia no es proclive a aceptar una renegociación del acuerdo, más allá de que hay un sector de la doctrina que está a favor. En una postura más “conservadora” han considerado la prórroga de los plazos[15].

Sin embargo, aun cuando esta posibilidad pueda resultar a todas luces una solución coherente con los principios sobre los que se basa la normativa concursal, y con el objeto que pretende cumplirse con el APE, aun quedarán por resolver aquellos problemas prácticos de una renegociación. Es decir, en ese caso, ¿con quién se renegocia?; ¿se renegocia con los acreedores comprendidos en el APE o los acreedores posteriores también deben considerarse?; y en este último supuesto, ¿qué ocurre con los primeros?, ¿se les aplica la novación concursal prevista en la ley?

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ley de Concursos y Quiebras Nro. 24.522.

[2] VÍTOLO, Daniel Roque, "Elementos de derecho concursal", 2ª ed., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 95.

[3] Arts. 46 y 48 de la ley 24.522.

[4] Ello no ocurre así en el concurso preventivo, donde: (i) las únicas alternativas de reestructuración son las que el deudor y las posibilidades de modificarlas son limitadas; (ii) los acreedores de la misma categoría deben ser tratados de la misma forma y sus conformidades deben obtenerse en el plazo de noventa días; (iii) los únicos privilegios son los que establece la norma.

[5] Ley Nro. 25.589, modificatoria de las Leyes 24.522 y 25.563.

[6] Esta misma postura es también sostenida por Truffat, Gómez Alonso de Díaz Cordero, Wetzler Malbrán, entre otros, y por un sector de la jurisprudencia (CNCom, Sala A, "Guerra Díaz, José Roberto c/ Sánchez, Marta s/ acuerdo preventivo extrajudicial"; CNCom, Sala D, "Servicios y Calidad S. A.").

[7]CNCom., sala A, 04/05/06, "Multicanal S.A. s. acuerdo preventivo extrajudicial".

[8]La posición contractualista es seguida por diversos autores (Grispo, Fargosi, Bolotnikoff, Maffía, Teplitzchi, Villegas) y fue receptada en alguna decisión judicial (Juzgado Nacional de Comercio N° 1, Secretaría n° 33, "Autopistas del Sol S. A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial", 29/12/2003).

[9]Arecha, Garaguso, Dasso, Alonso, y ha sido receptada en la jurisprudencia por el precedente Acindar Industria Argentina de Aceros S. A."(2/8/2004).

[10]CNCom, sala D, "Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial", 28/04/2006.

[11]Cfr. QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos Ley 19.551 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Ed. Astrea y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985, T. I, p. 489-490.

[12] ARGERI, Saúl A., Voz "Proceso concursal", en "Diccionario de derecho comercial y de la empresa" Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 324.

[13] GEBHARDT, Marcelo, "LCQ", Ed. Astrea, Buenos Aires, t. I, 2008, p. 37.

[14] PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., "La permanente búsqueda de vías

concursoales para evitar la quiebra", en "Rev. de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa", Ed. La Ley, Buenos Aires, año III, N° 3, junio 2012, p. 62.

[15] CSJN, 15/3/2007, Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo, Fallos 330:834