

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, ¿es parte del fenómeno de la paraconcuralidad?

Federico Romairone

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, dentro del área de crisis e insolvencia empresarial no es novedoso, en todo caso implica volver sobre una metodología aplicada por los comerciantes para enfrentar las crisis económicas desde la alta edad media, un medio que aún ante la expropiación de un derecho de clases -como el derecho comercial- por parte de los revolucionarios franceses, se abrió paso, prevaleció y se impuso al derecho escrito a través del tiempo, con similares características a las que hoy incluyó nuestra nueva ley de concursos y quiebras.

La pregunta que me he formulado al abordar el presente trabajo es: ¿Es el acuerdo preventivo extrajudicial una manifestación del fenómeno de la paraconcuralidad, o es meramente un subtipo del concurso preventivo ya legislado en nuestra ley de concursos y quiebras?

La metodología para abordarlo, consistirá en un análisis de los valores intrínsecos en la ley de concursos y quiebras, la evolución histórica de la institución que hoy devino en el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE), su aplicación, y su visión jurisprudencial.

II. De la paraconcuralidad y los principios ínsitos en la ley [\[arriba\]](#)

“Indagar acerca de la filosofía de la ley no es un ejercicio inútil o de mera erudición. Escasas son las normas que no revelan una franca adscripción filosófica o lo que es mas grave, la indefinición filosófica del legislador. En definitiva, la legislación es un instrumento al servicio de los fines del ordenamiento y no un producto cultural neutro” [1]

El principal motor de la ley de concursos y quiebras es bastante simple, y se ajusta a la concepción privatista que rige nuestro derecho: el interés de los acreedores.

El mismo constituye el corazón de la ley de Concursos y Quiebras, a partir del cual se nutren todos los demás principios de la misma, dicho principio se halla incorporado en el art. 16 de la citada ley, respaldado claramente con los arts. 17, 24 y 121, ello sin olvidar el instituto del Cramdown, hoy remozado junto al Acuerdo Preventivo Extrajudicial.[2]

Todo el esquema tiende a evitar la quiebra, asegurando de esta forma el cumplimiento de los créditos para con los acreedores. Doctrinariamente se ha establecido que “en definitiva, el omnipresente interés de los acreedores es el deber primordial, y su guarda ni siquiera es confiada plenamente al Juez (...) sino que permanece en los propios interesados”. [3]

Sin embargo, la ley de concursos y quiebras no es un monolito incólume, sino que está plagada de fracturas e imperfecciones, que detallaré a continuación.

III. Digresiones Ideológicas [\[arriba\]](#)

Resulta necesario referirnos a los llamados principios autónomos, es decir aquellos cuya armonización con el interés de los acreedores es dificultosa o imposible, a saber:

a.- El amparo del acreedor laboral: A través del pronto pago laboral y la constitución de privilegios de alto rango se introducen consideraciones de carácter social, tendientes a evitar que los trabajadores queden en una situación de desamparo total, cuestión que nada tiene que ver con los negocios en sí y con los acreedores de la empresa.[4] [5]

b.- La oponibilidad de los boletos de compraventa inmobiliaria: se incorporó esta solución como resultado de una serie de abusos sufridos por compradores particulares. Este artículo implica una mengua en el interés de los acreedores, ya que el bien inmueble sale de la masa, ello sin perjuicio que el comprador integre a la masa el dinero faltante.[6]

c.- El punto de Inflexión -los otros principios-: se encuentra en el art. 159[7], en aquel ámbito donde las relaciones patrimoniales de los acreedores se mixturan con cuestiones valorativas dispares, directa consecuencia de la impericia de los legisladores de turno, que fueron muy cuidadosos al establecer como cimiento la primacía del interés de los acreedores, pero descuidaron el engarce con las normas que no cambiaban, o que permanecían luego de cada reforma.

Este artículo, destinado a reglar justamente las lagunas en la legislación, las llamadas situaciones no contempladas, enumera los siguientes principios, claramente contradictorios entre sí: la debida protección del crédito; la integridad del patrimonio del deudor y su empresa; el estado del concurso; y el interés general. El interés general es nada menos que el principio de ruptura en este sistema, ya que el mismo no es tenido en cuenta siquiera para homologar un concurso preventivo.

Lo analizado nos lleva claramente a determinar el perfil voluntarista de nuestra ley de concursos y quiebras, y un enfoque exacerbadamente privatista que pone en un pedestal el interés de los acreedores, una doctrina receptada desde la reforma a la ley 4.156, la que en palabras de la comisión redactora fue formulada “bajo la impresión de las críticas a la administración de justicia, que había motivado la aplicación de la ley anterior (...) ya que los comerciantes exteriorizaban el anhelo de que en la futura reforma se les diera mayor intervención en el juicio, para vigilar mejor el procedimiento y controlar los actos realizados por los funcionarios de aquel, y para que la intervención de la administración de justicia, que la consideraban perjudicial, se circunscribiera a estrictamente velar por el cumplimiento de las formas legales.”[8]

La ley 24.522, adscribe claramente a un criterio utilitarista[9], a través de la regla de la mayoría, la pars contito creditorum y el resto de la estructuración de los institutos orientados a la recuperación de los créditos, ello sin olvidar la pretendida celeridad impuesta a la ley y reducción de los costos directos a los acreedores anteriores a la quiebra.

En forma acorde a lo desarrollado precedentemente, somos espectadores de un fenómeno legislativo por el cual se tiende a transferir o depositar en la autonomía de la voluntad la solución de las crisis concursales. Sin embargo, la ley de concursos y quiebras no es el único instrumento tendiente a la superación de las crisis.

Al adentrarnos en este fenómeno, debemos preguntarnos, ¿A qué responde este cambio en la normativa legal?

En primer término, debemos resaltar la profunda crisis en la que se encuentra sumido el sistema judicial y la administración de justicia, por mera sobrecarga de trabajo.[10]

Frente a esta realidad, los particulares recurren a sistemas de autocomposición de los conflictos, que les permita evitar el paso por los estrados, especialmente los comerciantes o empresarios, que requieren velocidad en sus reacciones al estar enfrentados a una realidad comercial avasallante. Es por ello que se recurre a las Bolsas y sus respectivos tribunales de arbitraje.[11]

Gustavo Esparza, con claridad menciona que “(...) hay que tener en cuenta, que en determinados tipos de actividades, o en las cuales intervienen determinados estamentos de sujetos, hacen que sea factible este tipo de soluciones, (...) no es lo mismo solucionar convencionalmente una crisis económica con inversores financieros que una crisis económicas con altos pasivos laborales o pasivos del tipo fiscal. La predisposición mental y cultural de unos y otros (sin que esto sea un juicio de valor) es totalmente distinta.” [12]

IV. La paraconcursalidad [\[arriba\]](#)

Todo lo estudiado hasta aquí nos lleva al llamado fenómeno de la paraconcursalidad, que podría ser definido como una multiplicidad de ordenamientos que establecen un sistema de excepción a la ley de concursos y quiebras por motivos dispares, difiriendo la solución a manos de los particulares o en su defecto a leyes específicas.

A continuación enumeraré dichos sistemas, a fin de apreciar a grandes rasgos el fenómeno.

La ley de Fideicomiso: este ordenamiento, en cualquiera de las dos formas que regula expresamente (y las que deja libradas a la voluntad de las partes), implica una expresa remisión a disposiciones contractuales para la solución de problemas derivados de las crisis o estado de cesación de pagos.[13]

La ley de fondos comunes de inversión: la misma contempla el tema en forma indirecta al establecer el llamado “reglamento de gestión”, el cual es un cuerpo de carácter contractual que norma el funcionamiento del fondo, el mismo debe expresar insoslayablemente entre otros factores “causas y normas de liquidación del fondo y bases para la distribución del patrimonio entre los copropietarios y requisitos de distribución del mismo.”[14]

La ley de entidades financieras: es quizá la ley más difícil de analizar y obviamente armonizar con el sistema concursal. Sin olvidar la forma en que es puesta en jaque por los tribunales.[15]

La mencionada normativa establece que: “cuando a juicio exclusivo del Banco Central de la República Argentina, adoptado por la mayoría absoluta de su directorio, una entidad financiera que se encontrara en cualquiera de las situaciones previstas en el art. 44, aquel podrá autorizar su reestructuración en defensa de los depositantes, con carácter previo a constatar la revocación de la autorización para funcionar. A tal fin, podrá adoptar las siguientes determinaciones, o una combinación de ellas. (...)” Ninguna de ellas contempla

la posibilidad de la aplicación directa de la ley de concursos y quiebras en forma directa, quizá solo en forma residual.[16]

Esta pequeña reseña, tuvo por objeto hacer un paneo por sobre el ordenamiento legal vigente, a fin de acercarnos a la multiplicidad de soluciones paraconcursoales que claramente se contraponen con el derecho concursal e introducen forzosamente principios e instituciones en él, acarreado notas legislativas comunes.

V. El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, ¿es parte del fenómeno de la paraconcursoalidad? [\[arriba\]](#)

“Nuestro actual acuerdo preventivo responde a los requerimientos del Fondo Monetario Internacional (FMI), el cual requirió un sistema concursal mas ágil, con menores costos y sin síndicos. Sin embargo, nuestros legisladores, a fin de encubrir dicha imposición, simplemente lo camuflaron dentro del APE, ya que no es más que un subtipo del concurso preventivo”[17]

Habiéndonos adentrado en el fenómeno de la paraconcursoalidad, pretendemos ahora contestar el interrogante que nos llevo a abordar el presente trabajo.

Uno de los aspectos que está en el centro del problema es el tratamiento de los acreedores frente al deudor insolvente o que atraviesa un estado de dificultades económico financieras transitorias (pre-insolvencia). Existiendo en tal sentido, un amplio consenso en cuanto a que solamente resultan aptos para crear un ambiente de confianza que evite la consecuencia de la volatilidad de los mercados, los regímenes jurídicos que afrontan con eficacia y eficiencia la problemática que plantea este tipo de deudor.

La adopción de un sistema de reglas claras, precisas, ágiles y efectivas con amplitud para permitir al deudor insolvente o con dificultades económicas transitorias en arreglo con sus acreedores, es una meta a cumplir, transitando el cauce del arreglo extrajudicial.

Buena parte de las legislaciones ignoran los acuerdos extrajudiciales, lo que no impide que la doctrina los considere y en la práctica se los utilice; otras lo hacen con mínimas reglamentaciones a veces estrictas (mayorías agravadas o unanimidad, por ejemplo) o de maneras tan diversas que es casi imposible intentar clasificaciones o sistemas.

El APE dentro de los parámetros de la Ley N° 25.589.

En consonancia a lo manifestado precedentemente, Francisco Junyent Bas y Carlos Molina Sandoval, al analizar la naturaleza del APE, establecen que “si bien el ordenamiento judicial no define el APE, de su articulado se desprende (...), su naturaleza contractual. En esta línea, sus elementos son: consentimiento, objeto y causa. Por ello el objeto de este tipo de negocio jurídico se centra en el programa de autocomposición activa y pasiva establecida entre el deudor y los acreedores. (...) constituyendo su causa fin la renegociación del pasivo y de esta forma la superación de las dificultades económico - financieras”[18]

El contenido de dichos actos es increíblemente amplio, pero es Truffat, con su habitual claridad, quien lo sintetiza como un “pacto de non pretendo”[19], ya que implica, en

principio limitar o renunciar a los derechos que por ley corresponden, siendo su principal ventaja la posibilidad de renegociación de los pasivos y la consecuente superación de la crisis, claramente en forma más simple y viable que mediante un concurso. Siendo la primer herramienta de reorganización empresarial coherente plasmada en la ley.

Candelario Macías ha manifestado, en relación al derecho concursal, que el mismo está siempre cargado de una ideología económico política, ya que “de hecho siempre ha sido funcional e instrumental al modelo económico y macroeconómico. Cuando el legislador decide dictar una la ley concursal, más que frente a un problema procesal, se encuentra frente a uno de política económica” [20].

Claramente, del análisis realizado hasta aquí, se desprende que el APE es un eslabón más en esta cadena tendiente a la privatización de la solución de los conflictos.

¿Cuáles son los elementos que permiten considerar al APE como una parte del sistema de paraconcursalidad?

La autonomía de la voluntad como criterio de aplicación: la introducción de un elemento laxo, como las llamadas “dificultades económico financieras”[21] como criterio objetivo a los fines de tornar viable su aplicación.

Obviamente, la gran ventaja del APE, radica en su libertad de contenidos y forma[22], siendo de aplicación los límites establecidos en el Código Civil y Comercial.

De esta misma naturaleza del APE, surge la falta de necesidad de que las firmas sean realizadas en el mismo día, sino que más bien, y en consonancia con la realidad negocial, las conformidades irán evolucionando de acuerdo a las negociaciones.[23]

De la libertad de contenidos: el principio de libertad es fundamental, no siendo de aplicación el *pars conditio creditorum*, constituyendo el único criterio para las partes que el mismo sea beneficioso para sus intereses, aun cuando el mismo no sea homologado (salvo convención expresa en contrario).

De esta manera, podrán configurarse acuerdos de refinanciación, de reorganización empresaria y reordenamiento administrativo, o la introducción de regímenes de control o acuerdos liquidativos tendientes a la efectiva cancelación de los créditos de los acreedores y evitar las dañosas consecuencias de una liquidación judicial.

Por lo demás, el límite a la libertad de contenidos, estará sujeto a la discrecionalidad de juez, quien será el encargado de otorgar o denegar la homologación judicial al acuerdo.

VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

El objeto de este trabajo ha sido intentar determinar si el APE se encuentra dentro del ‘sistema de paraconcursalidad’, considerándolo a éste como una multiplicidad de ordenamientos que establecen sistemas de excepción a la ley de concursos y quiebras por motivos dispares.

Adentrado el estudio de la materia, y al realizar un paneo en el ordenamiento legal vigente, nos encontramos con una multiplicidad de soluciones paraconcursoales que claramente se contraponen con el derecho concursal e introducen forzosamente principios e instituciones en él, acarreado notas legislativas comunes.

A modo de conclusión, puedo afirmar que el APE es una herramienta de reorganización empresarial, y que al limitar los derechos que por ley corresponden, gozar de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contenidos, entre otras distinciones, -en miras a una renegociación de los pasivos y la consecuente superación de la crisis- se encuentra, a mi entender, comprendido dentro del fenómeno de la paraconcursoalidad.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] José Antonio Iglesias, “La filosofía de la ley de concursos y quiebras”. ED, T 1995 E. Sección Doctrina.

[2] Artículo 16 Ley 25.589: Actos prohibidos. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación.

Artículo: Ley 25.589 Actos ineficaces. Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el Artículo 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores.

[3] Op cit, 1

[4] Artículo 16 - Ley 24.522: “Pronto pago de créditos laborales. El juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes, sustitutiva del preaviso, integración del mes del despido y las previstas en los Artículos 245 a 254 de la Ley de Contrato de Trabajo, que gocen de privilegio general o especial, previa comprobación de sus importes por el síndico, los que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación. Para que proceda el pronto pago no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.

Del pedido de pronto pago se da vista al síndico por DIEZ (10) días. Sólo puede denegarse total o parcialmente mediante resolución fundada en los siguientes supuestos: que los créditos no surjan de la documentación legal y contable del empleador, o en que los créditos resultan controvertidos o que existan dudas sobre su origen o legitimidad o sospecha de connivencia dolosa entre el trabajador y el concursado. En estos casos el trabajador debe verificar su crédito conforme al procedimiento previsto en los artículos 32 y siguientes.”

[5] Artículo 241 - Ley 24.522: “Créditos con privilegio especial. Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: (...) 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación; (...)”

[6] Artículo 146 - Ley 24.522: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera

abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.”

[7] Artículo 159 ley 24.522.- “Casos no contemplados: reglas. En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general.”

[8] Castillo, Ramón S. “Evolución del concepto de quiebra en el derecho argentino”, en cincuentenario de la reforma del código de comercio de la República Argentina”. Pág. 394 y 400 Buenos Aires. 1941.

[9] Confróntese Bisbal Joaquín “La insoportable levedad del derecho concursal” En Revista del Derecho Mercantil, octubre diciembre de 1994 ps. 843 y siguientes “Quiebra es concebida en términos contractuales, como una relación exclusiva entre acreedores y deudores. En rigor, ella no es mas que la pieza del sistema de extinción de las obligaciones. En este marco, el derecho concursal solo pretende maximizar el patrimonio del deudor”

[10] No es el objeto del presente trabajo, adentrarnos en las múltiples falencias de los sistemas judiciales Provinciales y Federales., sobre el tema, véase “Farina, Juan M., Justicia, Ficción y Realidad” Abeledo Perrot 1997”.

[11] Ver trabajos de Robiolo sobre arbitraje.

[12] Esparza, Gustavo “Autonomía de la voluntad y el derecho concursal” en el Diario el Derecho, Buenos Aires, jueves 22 de octubre de 1998. Nro 9612.

[13] Artículo 16 de la ley 24.441: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.”

Artículo 23 de la ley 24441: “En el fideicomiso financiero del Capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitido, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.”

[14] Vide artículo 13 ley 24083 confróntese: Esparza, Gustavo “Perspectiva concursal de la ley de fondos comunes de inversión” ED. 174-1074.

[15] Vide autos caratulados “Banco Bisel s/ Concurso Preventivo” (expte 1255/2002) en tramite por ante el Juzgado de la 9 nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario.

[16] Barreira Delfino, Eduardo “Ley de entidades financieras” Edición 1993, Ed. ABRA.

[17] Trufatt, Daniel, “Ciclo de actualización en jurisprudencia concursal, en facultad de Derecho - Universidad Nacional de Rosario - Secretaría de Extensión Universitaria `Conversión - Acuerdo Preventivo Extrajudicial´, 23 de junio de 2004.”

[18] Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos A. “El acuerdo preventivo

extrajudicial en la ley 25.589” JA: 2002-III-1420 Lexis Nro 0003/008925.

[19] Truffat, Daniel. “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25589” Ed. Ad-hoc, Buenos Aires. 2002.

[20] Candelario Macias, “IL Diritto Concuorsale in Europa.” Cedam. Padova 2001 p 266.

[21] Roullion, Adolfo A.N., “Nueva Etapa para los métodos alternativos para la solución de la insolvencia”, en Derecho y Empresa Nro 4, Revista de la Universidad Austral, Rosario, 1995. p 210.:“ Las dificultades económico financieras de carácter general suponen un variante intermedia a la anterior definición de la insolvencia; una situación fronteriza que muchas veces será difícil de distinguir, pero indudablemente intenta viabilizar la posibilidad concordatoria, antes de que la afectación patrimonial se torne irreversible”

[22] Artículo 70 de la ley 25.589: “Forma. El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. Los documentos habilitantes de los firmantes, o copia autenticada de ellos, deberán agregarse al instrumento. No es necesario que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día.”

Artículo 71 de la ley 25.589: “Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario.”

[23] Sobre las formalidades y posibilidad de firma en forma diferente a la firma certificada por escribano público, confróntese: Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos A. “El acuerdo preventivo extrajudicial en la ley 25589” JA: 2002-III-1420 Lexis Nro 0003/008925