

ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL: UN RECIENTE PRONUNCIAMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA QUE IMPACTA TANTO POR SU CALIDAD CUANTO POR LOS SERVICIOS QUE RINDE PARA ACERCARSE AL INSTITUTO

Marcelo G. **BARREIRO**

Javier A. **LORENTE**

E. Daniel **TRUFFAT**

I.- INTRODUCCIÓN.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial acaba de dictar el que podría señalarse “casi” como el primer pronunciamiento de la justicia nacional de segunda instancia sobre la naturaleza del *acuerdo preventivo extrajudicial*¹: CNCom, Sala “D”, 26.08.04, “Servicios y Calidad S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial”; y lo hizo a través de una Sala –la Sala “D” ya referida- que con motivo de las vacantes en ella existentes fue integrada, además de por el Dr. Felipe M. Cuartero, por una Magistrado de la Sala “B” –la Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero- y por uno de la Sala “C” –el Dr. José L. Monti-. Este ocasional *seleccionado* otorga un sabor particular al pronunciamiento (dado que es inevitable el intuir que han confluído en tal decisión parámetros que van más allá de una sola de las Salas del prestigioso Tribunal). Y, por si no bastara con ello, al lado de un monumental voto de la mayoría –integrada por los dos primeros Jueces citados- se alza una profunda y jugosa disidencia que suscribe el Dr. Monti.

A los fines del análisis nos permitimos señalar que el fallo ha tratado tres cuestiones trascendentales hoy por hoy (aunque sólo dos de ellas están restringidas al APE, pues la tercera finca en cuestión de máxima importancia para todos los procesos concursales):

(a) naturaleza jurídica del APE,

¹ Obviamente ya ha habido algún otro pronunciamiento resonante (vgr “Ausol S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial”), pero su trascendencia para el análisis aparece disminuída porque la CNCom, Sala A declaró desierto el recurso que ante ella tramitaba.

- (b) posibilidad de que se celebre y homologue un acuerdo sólo con “una parte” determinada de los acreedores,
- (c) improcedencia de imposición por mayorías de condiciones más gravosas para algunos de los integrantes de una categoría [con motivo del sonado supuesto de la “doble quita”].

II.- SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APE.

Es pública y notoria la discordancia que se ha suscitado sobre la naturaleza jurídica del APE. La mayoría de la doctrina² –con activa y temprana participación de quienes suscribimos este comentario³– ha postulado que se trata de un “instituto concursal” o “subtipo concursal”.

Breve aproximación a una clasificación de los diversos tipos de procesos. Los institutos concursales: Los procesos mediante los que ellos se concretan:

Para dar una consideración acabada sobre la cuestión, cabe destacar, por cierto que el concurso es mucho más que un proceso⁴ (y esto sin adentrarnos en esas disquisiciones tan gratas a la doctrina italiana sobre su carácter sustantivo, adjetivo o mixto), pero –según resulta de toda evidencia– las previsiones de derecho de fondo con las que la ley reacciona

² Véase: Barreiro, Marcelo “Se va definiendo el partido”, comentario al fallo de la CNCom., sala D, 12.3.04, en autos “Servicios y Calidad S.A. s/Acuerdo Preventivo Extrajudicial s/Inc. De Apelación”, publicado en Rev. ERREPAR, Doctrina Societaria y Concursal, ejemplar del 15 de junio de 2004, págs. 669 y sgtes. En este fallo de la Sala D, previo a que es ahora objeto de comentario, se confirmaron diversos aspectos del “auto de apertura” del APE en esta misma causa. Allí la Sala “D”, si bien no abordó en fondo de la cuestión, si definió el rechazo de los argumentos recursivos de la deudora conforme a criterios que anticipaban la adopción de la concepción del APE como instituto concursal (vgr. Inapelabilidad concursal, art. 273 inc. 3° LCQ).

³ Truffat, E. Daniel, “El Nuevo Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Ad Hoc, 2002; del mismo autor, “Digresiones, dudas y alguna opinión sobre el Nuevo Acuerdo Preventivo Extrajudicial” (art 18 de la ley 25589)”, Revista Plenario, AABA, Nueva serie Año I, nro. 2, noviembre de año 2002, pág. 44; Barreiro, Marcelo –Lorente, Javier A., “La “re-reforma” de la ley de quiebras”, en revista del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, junio 2002, N° 57, págs. 17 a 25; de los mismos autores, “Las entidades financieras y la posibilidad de recurrir a la celebración de acuerdos preventivos extrajudiciales”, IX Jornadas de Institutos de Derecho comercial, Comodoro Rivadavia, 5 y 6 de septiembre de 2002.

⁴ Nadie lo ha dicho con mayor economía y sutileza que Maffía, Osvaldo: “...Por supuesto que el *proceso* de quiebra es procesal: ya lo dijo Perogrullo. Pero ¿el instituto?...”, autor citado, Derecho Concursal, T. I, pag 21 – a fin de acercarse al tema es imperdible el Apartado V del Capítulo I que empieza en esa página-. Tal criterio fue seguido por los Dres. Lorente y Barreiro en el trabajo publicado en el “Primer Anuario de Derecho Concursal”, Ad Hoc, 2001, Año 1, noviembre de 2001, titulado: “**La situación de los acreedores privilegiados no comprendidos en el acuerdo**”, en co – autoría págs. 201 y sgtes.

frente a: (1) el fenómeno de la insolvencia o cesación de pagos y (2) su casi inidentificable hermana ¿menor? ¿mayor? [menor en gravedad, pero mayor en edad pues lógicamente debería *preceder* a la insolvencia] : la presencia dificultades económicas y financieras de carácter general ⁵; se materializan (las referidas previsiones sustantivas) a través de un proceso **judicial**.

Dicho proceso es **universal**, partiendo de la clasificación que se formula de éstos según tengan por objeto sólo una parte o la totalidad el patrimonio de una persona ⁶:

Recuérdese que:

Procesos universales: son aquellos que tienen por objeto la totalidad (o la mayor parte de el, teniendo en cuenta que es posible que existan bienes excluidos legalmente del proceso, vgr. Art. 107 LCQ) del patrimonio de una persona: la sucesión, la quiebra.

Procesos singulares: son aquellos que tienen por objeto sólo una parte delimitada del patrimonio de una persona (sea un bien determinado o muchos bienes determinados): todo el resto de los procesos.

A su vez los procesos universales, además de afectar una abstracción (la totalidad del patrimonio) pueden pivotar en derredor de los mecanismos de transmisión de bienes “mortis causa” (es decir: las sucesiones) o como respuesta al fenómeno de la insolvencia [que es el caso que nos ocupa]

Si un proceso concursal tiene en miras actuar sobre el patrimonio existente al momento del inicio de la bancarrota, a los fines de satisfacer los créditos de los acreedores, estamos frente a un proceso concursal **liquidativo** ⁷.

⁵ Sobre el particular disfrútese el irreverente texto de Maffía, Osvaldo, ‘Sobre el acuerdo preventivo extrajudicial ‘in nuce’’, Errepar –DSE –Nro. 202 –septiembre/04 – T. XVI, pág. 1063

⁶ “...Son singulares aquellos procesos cuyo objeto consiste en una o más pretensiones o peticiones referentes a hechos, cosas o relaciones jurídicas específicamente determinadas. Denóminase, en cambio, universales, a los procesos que versan sobre la totalidad de un patrimonio, con miras a su liquidación y distribución...”, Palacio, Lino E., ‘Derecho Procesal Civil’, T. I, pág. 317

⁷ A los fines de esta diferenciación tomamos las ideas y terminología de Epstein –Nicles- White (Bankruptcy), citadas por Truffat, E. Daniel en ‘La Conversión de Quiebra en Concurso Preventivo’, pág. 59

En cambio si no se tienen en cuenta los activos del deudor sino su capacidad de generar ingresos en orden a la satisfacción de sus acreedores (reteniendo en general el deudor la posesión de sus bienes y debiendo efectuar pagos a sus acreedores conforme un plan aprobado por la Corte) estaremos frente a un proceso concursal **rehabilitatorio** o superador de la crisis de ese patrimonio.

La “rehabilitación” puede venir de la mano de un plan aprobado directamente por un Tribunal especializado –lo que recuerda mecanismos propios de sociedades antidemocráticas (el “concordato **de autoridad**”) pero que también está previsto en algún caso por el propio Bankruptcy Code- o puede venir de un necesario acuerdo con una mayoría de acreedores (concordato **consensuado**), sujeto a decisión jurisdiccional que lo haga más solemne y firme ⁸.

Dentro de estos procesos concursales consensuados, según sea el grado de complejidad procesal y mayor intervención de órganos externos (ej: Sindicatura) en la determinación de los pasivos o en el análisis de las situaciones que llevaron a la cesión; o –por el contrario- de simplificación extrema de tales exigencias [al punto que el acuerdo llega “pre-armado”] se podrá hablar de **concurso preventivo** y de **acuerdo preventivo extrajudicial**. El último adjetivo nos parece poco afortunado y nos hubiera gustado más, mucho más, “simplificado”, “abreviado” o similar.

El fallo: La determinación del carácter concursal de la figura:

El voto de los Dres. Cuartero y Díaz Cordero efectúa un detallado punteo de las razones que ameritan asignar carácter concursal a la figura: “... (*) *el acuerdo preventivo extrajudicial está regulado por un capítulo de la ley de concursos y quiebras -24.522; y las leyes que modificaron a esta última ley, la 25.563 y la 25.589, mantuvieron a ese procedimiento dentro del marco de la ley 24.522; lo cual evidentemente no puede ser considerado un error. Sería incongruente haber incluido en ese cuerpo legal un instituto de*

⁸ “La homologación, explica Segovia, es la confirmación que da el juez a ciertos actos o **convenciones** para imprimirles carácter oficial”, Heredia, Pablo, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, T. 2, pág. 201 [el resaltado en negritas no está en el original]

*naturaleza estrictamente contractual, ajeno a la normativa propia del concurso preventivo; (**) Se trata de un procedimiento legal orientado a facilitar la superación de un estado de insolvencia patrimonial o crisis económicas y financieras de orden general (LC 69). Ergo, es un procedimiento propio del derecho concursal. (***) La LC 76 establece que ‘El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56...’; es decir ‘produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aun cuando hayan participado en el procedimiento’. Se trata de un efecto propio del derecho concursal: en materia contractual ese efecto es impensable (cciv 1195 y ccdtes.). (****) la propia regulación del procedimiento remite a normas específicas del concurso preventivo (ver LC 72 in capit e in fine, 73 in fine y 76)...”*

Nos permitimos agregar otras: (1) la figura se ajusta a los parámetros mínimos de lo que podría definirse como “instituto concursal”⁹, (2) el APE se presenta como una figura similar a los prepackaged plans del derecho americano¹⁰, (3) la tesis de la concursalidad permite –con carácter pragmático- facilitar el control eminente del magistrado concursal¹¹.

⁹ Véase: Barreiro, Marcelo – Truffat, E. Daniel “Los procesos concursales no se agotan en los regidos por la ley 24.522”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, T. I, pág. 54 [donde se sostiene que los ítems que hacen que un cierto proceso pueda ser tenido por concursal son: 1) la inaplicabilidad del principio *prior in tempore*, 2) La inaplicabilidad del art. 505, Cód. Civil, 3) El sometimiento a un procedimiento distinto de aquellos que hubieran correspondido al ejercer acciones individuales, 4) La potestad judicial unificada como dirimente de ese universo de conflictos, 5) La ruptura de los principios que llevan a que toda solución de conflictos se solventa con una sentencia que tiene en miras cada relación bilateral en juego y cuyos efectos sólo son vinculantes para quienes hayan participado expresamente (aún en rebeldía) del proceso, 6) La suspensión de buena parte de los actos (procesos o actos de ejecución forzada) de agresión patrimonial propios de los procesos individuales, 7) Universalidad del patrimonio del deudor para responder a la totalidad de los créditos, 8) Existencia de alguna regla de distribución genérica y la presencia del juez para garantizar que no haya abuso de mayorías sobre minorías, 9) La relativización de las reglas genéricas –sustantivas- para resolver conflictos y la existencia de reglas propias (autonomía del derecho concursal), 10) La necesidad de regular un electo de normas adjetivas propias].

¹⁰ Alegría, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 25.589)”, LL, junio, 2002, Reformas a la Ley de Concursos; Lorente, Javier A, “El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el “prepackaged plan” (“prepack”): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales”, Errepar –DSE – Nro. 201 –agosto/04 –T. XVI – pág. 892. Véase también el reciente fallo dictado por el Juez de Bancarrotas americano Allan L. Gropper el 27.08.04 in re “Board of Directors of Multicanal S.A. (in a proceeding under 304 of the Bankruptcy Code –Case 04-10280).

¹¹ Barreiro, Marcelo, “Naturaleza Jurídica del Acuerdo Preventivo Extrajudicial. Reglas Interpretativas. Función Judicial”, “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, T. I, pág. 47; Truffat, E. Daniel, “El acuerdo preventivo extrajudicial es un subtipo concursal que requiere un serio control judicial. Lo contrario es

Reconocemos, sin embargo, que hay autores de fuste que siguen negándole tal carácter. Existe alguna errada tendencia a colocar en tal posición a Heredia ¹². Sin embargo el referido tratadista –apreciado amigo y una de las mentes más brillantes de nuestra generación- ha afirmado, agregando una razón de peso a las que se señalaron supra: *‘El acuerdo preventivo extrajudicial es ab initio de naturaleza concursal, en virtud de su condición de contrato único, que tiene por causa-fin evitar la quiebra...En efecto el acuerdo preventivo extrajudicial no puede considerarse extraño a los procedimientos contra la insolvencia. No está fuera de los procedimientos concursales, sino en el terreno de ellos...’* ¹³.

Lo que ocurre es que Heredia –como muchos otros- hace hincapié en una naturaleza dual que ningún defensor de la “concuralidad” discute ¹⁴ (en verdad, mientras no haya

asimilarlo –como en un juego infantil- al ‘juguemos en el bosque mientras el lobo no está’, ‘Derecho Concursal Argentino...’, T. I, pág. 227

¹² También se suele invocar como campeones de la contractualidad a Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos; pero contra tal aserto se alza lo afirmado por los prestigiosos juristas cordobeses en ‘Reformas concursales’, pág. 173. Es cierto que Molina Sandoval, Carlos afirma enfáticamente en la pág. 61 de su conocida obra “Acuerdo Preventivo Extrajudicial” que “.el acuerdo preventivo extrajudicial asume la naturaleza jurídica de un contrato...”, pero también tiene el cuidado –en la página siguiente- de señalar que “.No obstante lo dicho, con la actual LCQ cabe efectuar una aclaración: este tinte contractualista del acuerdo preventivo extrajudicial debe relacionarse con los matices propios de un procedimiento concursal. Si bien no es un proceso concursal “típico”, **sí puede percibirse una evidente significación procesal del instituto...**” [en énfasis en negritas es de nuestro coeto]. En el campo “concuralista” resulta clarificadora la posición de Dasso, Ariel. El referido maestro señala que ‘El nuevo acuerdo regulado en la ley 25.589, plasmado en pocas pero sustanciales modificaciones, nos pone frente a un instituto híbrido. Más bien a dos institutos distintos: el “acuerdo extrajudicial” y el “acuerdo preventivo judicializado” (autor citado, ‘El APE, su naturaleza compleja. La insoslayable categorización. Legitimados. Entidades Financieras’, ‘Derecho Concursal Argentino...’, T. I, pág.290)

¹³ Heredia, Pablo, “Delimitación del ámbito subjetivo del acuerdo preventivo extrajudicial a través de la indagación de su naturaleza y causa-fin”, ‘Derecho Concursal...’, T. I, págs.177 y 187

¹⁴ El análisis del citado jurista tiene algunos bemoles de la mano de su afirmación que el APE no es un acuerdo de masa, porque no existe masa de acreedores creada por la sentencia de apertura (autor citado, ‘El acuerdo preventivo extrajudicial según las reformas introducidas por la ley 25.589’, J.A., ejemplar del día 4.09.02. Esta posición ha recibido una muy lúcida crítica de Rivera: “.afirma [Heredia, se entiende] que el acuerdo extrajudicial no es más que un contrato y que como tal no puede ser obligatorio para quienes no lo han suscripto, por lo que cuestiona la juridicidad de la figura y su misma constitucionalidad. Y cita largamente a Provincialli quien niega toda eficacia a los procedimientos extrajudiciales en la medida en que se usan para evitar los procedimientos judiciales. La crítica de Heredia no puede compartirse. En primer lugar, para que exista una comunidad de intereses entre ciertos sujetos (los coacreedores del deudor común) no es necesario que exista una sentencia de apertura de un concurso; ése es en esencia un dato fáctico, consistente en que varias personas son acreedoras del mismo deudor. Esto es lo que crea una comunidad de intereses y no que exista una sentencia de apertura del concurso que lo declare. ..Por otra parte, otros convenios son obligatorios para quienes no lo suscriben; por ejemplo, los convenios colectivos de trabajo, homologados por la autoridad administrativa. .Por lo demás, el contrato se hace obligatorio en función de una sentencia judicial dictada previo procedimiento en el que cada uno de los integrantes de la colectividad de acreedores tiene

homologación se está en un terreno consensual). Pero: ¿cuánto hay, en sustancia, de ello cuando la “causa-fin” del contrato y su propia estructura en lo que hace a las prestaciones [la **consideration** de los anglosajones] está informada y en función de la homologación a requerir?

Lo antedicho podría predicarse también del voto en minoría del juez Monti; el que parecería militar con énfasis en la teoría contractualista (formulando una sutil discriminación entre la etapa contractual del APE y sus efectos, **que no serían de él sino de la homologación**).

Repárese que “stricto sensu” todos los acuerdos de mayorías –el concurso preventivo es especie de tal género y en nuestra opinión el APE también- portan una etapa *contractual*

Esta “naturaleza contractual” podrá enfocarse como poseedora de una mayor o menor aptitud para determinar su contenido en función de que haga hincapié en una tesis y otra ¹⁵ Pero no es dudoso que ya sea por el sometimiento a los parámetros homologatorios del art. 52, inc. 4 LCQ –para quienes suscribimos la postura concursalista-, ya sea por el sometimiento a lo que Monti llama “..las reglas que establecen límites a la autonomía de la voluntad (v.gr arts. 21, 502, 542, 872, 953, 1071, 1198 y concs del Cód.Civil, conc art. 52, inc. 4 LC)...”; tanto quienes estén parados en una posición o en la contraria, concuerdan en la sujeción de lo acordado a ciertos límites que prescriben el abuso y la discriminación ¹⁶.

participación. Y finalmente, los argumentos de Provinciali son los mismo que la doctrina argentina expuso hace veinticinco años atrás para cuestionar los clubes de bancos; argumentos que han sido superados por la realidad y por los nuevos cauces por los que transita el Derecho concursal en el que la “extrajudicialidad” no sólo no es un anomalía sino que constituye una vía largamente recomendada, como ha sido visto...”, Rivera, Julio César, ‘Instituciones de Derecho Concursal’ [2da edición actualizada], T. I, pág. 544.

¹⁵ La cuestión se vuelve aún más vidriosa de la mano del art. 71 LCQ, norma respecto de la cual los autores de este comentario tenemos respetuosos disensos (en un rincón: Barreiro, Marcelo, ‘Acuerdo preventivo extrajudicial: propuestas diferenciadas y categorización. Régimen de votación. Criterios de homologación. Propuesta para disidentes, ausentes y tardíos’, ‘Derecho Concursal...’, T. I, pág. 449; en el otro: Lorente, Javier A. –Truffat, E. Daniel, ‘El desafortunado art. 71 de la ley 24.522 (con la redacción de la ley 25.589)’, ‘Derecho Concursal...’, T. I, pág. 563

¹⁶ El propio Heredia, cuyas dudas sobre la figura han tratado de ser reseñadas aquí, tiene el cuidado de señalar –al analizar la homologación del APE- que “..con la ley 25.589 se pasa de un régimen de control judicial del concordato privado exclusivamente limitada a la legalidad formal, a otro que, sin abandonar el anterior, abraza también la legalidad sustancial...” (autor citado, ‘El acuerdo preventivo extrajudicial...’)

Hacer la distinción entre la naturaleza contractual del APE y la concursal de sus efectos, como lo hace el Dr. Monti, nos mueve necesariamente a preguntarnos si es posible que se prediquen **efectos** concursales, **sin** reglas **ni** principios **ni** recaudos concursales.

Consideramos que se impone una respuesta negativa.

Creemos que no es posible acreditar efectos concursales al APE sin que exista un respecto acérrimo al viejo principio de tratamiento igualitario que insufla sentido al derecho concursal (arts. 16, 43, 56 y cctes. LCQ), como así también a su manifestación actual: la no discriminación entre acreedores similares.

También creemos que no es posible asignar efectos concursales al APE sin que exista afectación de una universalidad de acreedores (bien que relativa, ya que no se requiere la afectación de la universalidad *absoluta* de los acreedores)¹⁷.

Finalmente, creemos que es vano enfatizar los efectos concursales del APE sin que el Estado encargue que este acuerdo sea homologado por un Juez concursal, esto es, con facultades oficiosas que le permitan asegurar el buen respeto de los principios concursales y que lo habiliten a investigar, por sí mismo, las calidades sustantivas del APE, vigilando que so color de la autonomía de la voluntad (art. 71 LCQ) no se deslice un APE abusivo o contrario a la ley (art. 52 inc. 4º LCQ, pero también art. 953, 954 y 1071 C.Civil)¹⁸.

Pero –por eso de ‘in medio veritas’- tal vez podría postularse que la verdadera divisoria de aguas no pasa por quienes llegan al mismo resultado por caminos diversos¹⁹; sino entre quienes sostienen con énfasis [nosotros entre ellos] que el acuerdo debe sujetarse a las reglas básicas de un tratamiento similar o igualitario y evitar el abuso – y en esto coinciden las tesis concursalistas y las mixtas- y quienes quieren seguir viendo en la figura aquel antiguo contrato de la ley 22.917 o de la ley 24.522 (que nada

¹⁷ El APE no es un cúmulo de acuerdos individuales con muchos acreedores singulares, sino que es UN acuerdo con una universalidad de acreedores (reiteramos que no necesariamente con todos los acreedores, a lo que describimos como UNIVERSALIDAD ABSOLUTA).

¹⁸ Advertimos que ha de procurarse evitar el abuso que provenga del deudor, pero también el abuso proveniente de los acreedores, ya que una ‘libertad de contenidos’ llevada al extremo nos retrotraería a los defectos del antecedente lejano de los APEs, esto es, los ‘Clubes de Bancos’, donde algunos pocos acreedores –los dominantes- recibían la ‘parte del león’ y el resto las migajas.

¹⁹ Aunque el camino mixto nos merezca los sólidos reparos que –entendemos- se han formulado aquí.

imponía a los disidentes ²⁰) y que pretenden que el juez sea un mero homologador automático –como lo soñó para el propio concurso en la versión original de la ley 24.522, el ingenuo y mal ‘globalizado’ legislador de 1995 ²¹ **-postura propia de los contractualistas acérrimos.-**

La discordancia, aún privada de todo dramatismo en función del desarrollo precedente, no está exenta de trascendencia.

Véase que el criterio de análisis cruza las tres posturas que hemos referido ‘supra’.

Si el APE es un instituto concursal, el contenido de la propuesta en sí misma quedará sujeto al control prescripto por el art. 52, inc. 4 LCQ y deberá sujetarse (tal como prescribe el art. 56 LCQ) a los parámetros del art. 56 LCQ –en especial en cuanto atañe al tratamiento igualitario, o al menos, similar de todos los acreedores-. *En este último punto hay una sutil diferencia entre los firmantes de este artículo: dos de ellos predicán la igualdad de trato a rajatabla, en tanto que el tercero entiende cubierto este recaudo [en su esencia] si el Tribunal determinará de que modo serán tratados los acreedores disidentes, ausentes o que se incorporan a posteriori al pasivo, usando para ello el plexo de facultades a su cargo, en especial los criterios previstos en el art. 52 de la ley 24.522 – no discriminación, no abusividad, test del mejor derecho –, ya sea permitiéndoles a ellos la elección de la propuesta a la que quedarán sometidos, ya sea incorporándolos a la propuesta más afín atento las características de su crédito, o en defecto de lo expuesto, si entendiera que la modalidad de **propuesta residual** que ofreciera el deudor es razonable y no discriminatoria ni abusiva (hipótesis que, atento las habituales características de las propuestas residuales será casi inverificable en la práctica), permitir que sean incorporados a ella²².-*

²⁰ O poco, porque en verdad ‘bonificaban’ ciertos actos –de mediar homologación- protegiéndolos frente a acciones de recomposición patrimonial en caso de quiebra

²¹ Es inverosímil suponer que las reglas del mercado pueden funcionar bien sin un árbitro imparcial, justo y poderoso. **Como se temía que el árbitro se metiera en el partido y lo definiera, se optó por una solución que hubiera hecho las delicias de Alejandro Magno y que hubiera sembrado de horror a los sacerdotes de Gordio:** se intentó la supresión del árbitro.

²² ‘Algunas cuestiones sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (*¿El infierno tan temido?*)’, en ‘Perspectivas actuales del Derecho Concursal’, número especial, Suplemento de Jurisprudencia Argentina 203 IV, fascículo nro. 11, Lexis Nexis, pág. 27, del 10 de diciembre de 2003.

Obviamente los partidarios de las posturas “mixtas” concuerdan con tal interpretación *[aún cuando lleguen a ellas a través de fórmulas que parecen harto contractualistas como es el caso del voto del Juez Monti]*.

En cambio los contractualistas a ultranza, siguen viendo en la figura un sinfín de acuerdos plurales –escudándose en la flexibilidad que debería tener el instituto para superar la cesación de pagos o las dificultades económico financieras de carácter general y haciendo una interpretación que hipertrofia el art. 71 LCQ.

Si el APE es un instituto concursal todo el trámite previo a la homologación puede solventarse analógicamente (Cód.Civil: art. 16) recurriendo a previsiones concursales para llenar los plurales baches que dejan los magros arts. 69/76 LCQ. Esta es la posición que ha prevalecido en diversos procesos judiciales mientras tramitaron en primera instancia (JCom. 4, “Multicanal S.A.”, JCom. 9, “Servicios y Calidad S.A.” y “Acindar S.A.”, JCom. 16, “Modo S.A.”, JCom. 18, “Sideco Americana S.A.”, JCom. 20, “Ausol S.A.”, etc.) y en un fallo precedente de la CNCom., Sala D en los mismos autos que motivan este comentario ²³. La cuestión no es menor, y no sólo por interesantes decisiones instrumentales y por la regla básica de inapelabilidad del art. 273, inc. 3 LCQ, sino que resulta dirimente respecto de una cuestión que ha resultado prioritaria en los grandes APES: la aplicabilidad, o no, al trámite de reestructuración de deuda expresada en títulos emitidos en serie, del art. 45 bis LCQ por imperio del art. 29 de la Ley de Obligaciones Negociables (con desplazamiento de la regla de unanimidad que prescribe el art. 14 de la ley citada ²⁴). Dicha cuestión fue tratada tangencialmente en “Ausol S.A.”, con particular extensión en “Multicanal S.A.” y ha merecido un reciente dictamen aprobatorio de la Fiscalía ante la

²³ Tribunal citado, 12.3.04 –en fallo que comentara Marcelo Barrerio (cít en nota anterior).

²⁴ Véase el contrapunto entre: Rufino, Marcelo –Cafoncelli, Martín, “La aprobación de un acuerdo preventivo extrajudicial que importe la modificación de las condiciones esenciales de una emisión de obligaciones negociables, requiere del voto favorable de la unanimidad de los obligacionistas” y Maciel Bó, Jerónimo – Encinas, Natalia, “El art. 45 bis de la LCQ en el acuerdo preventivo extrajudicial”, ambos en “Derecho Concursal...”, T. T, págs. 413 y 419 respectivamente. También: Truffat, E. Daniel, “Las obligaciones negociables y los concursos (ya sean los “propriadamente dichos” o los “simplificados” –mal llamados “extrajudiciales””, Errepar –DSE- Nro. 199 –junio/04 –T. XVI, pág. 625, y Barreiro, Marcelo – Lorente, Javier, “A dos años de vigencia: análisis crítico del régimen de verificación y votación de créditos seriados”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, de proxima aparición (Diciembre 2004), Editorial Lexis Nexis.

Cámara de Apelaciones en lo Comercial –dictamen Nro. 100.157, ‘Multicanal S.A. s/acuerdo preventivo’, 1.07.04-.

En cambio, si el APE es un contrato, es evidente que las previsiones rituales quedan, como mínimo, en discusión y que la aplicación del art. 29 de la LON queda atrapada en tal limbo. Quienes militan en una postura “mixta” también quedan en situación incómoda sobre el particular (pudiendo acercarse a una u otra solución por diversas vías pero estando “a priori” más cerca, desde lo conceptual, de la posición contractualista).

Entendemos, sin embargo, que el “contractualismo a ultranza” –sostenido por más de un autor en las primeras horas del instituto (momentos de angustia y confusión, si los hubo)-mas que reportar a razones técnico jurídicas parece, hoy por hoy, impregnado de una pátina ideológica que **quiere ver** en el APE una figura distinta de la que fijó el legislador.

Tal vez haga falta –además del que tenemos- otra forma de “acuerdo extrajudicial”, aún mas flexible, sin recaudos de tratamiento igualitario o similar, donde el juez se limite a efectuar un control de legalidad formal. Pero esa figura no es la que hoy rige; y si se la creara no podría jamás oponerse a quienes no participaron en él [salvo, quizá, respecto de la bonificación de ciertos actos al inmunizarlos frente a acciones de recomposición en caso de quiebra]. No nos cerramos a analizar si, al lado del mal llamado “acuerdo preventivo extrajudicial” que regulan los arts. 69/76 LCQ, no debería establecerse un acuerdo al modo del que regulaban los arts. 125-I y 125-II de la ley 19.551 (versión de la ley 22.917). Pero, insistimos, no ese el mecanismo hoy vigente y pretender descubrirlo en el “huevo” acuerdo preventivo extrajudicial comporta desatender dos actitudes sobre el mismo supuesto que nos parecen dirimientes: (a) la actual evolución y sensibilidad social no parece tolerar que una mayoría no sujeta a un control jurisdiccional que prevenga el abuso –es decir que efectúe un control de legalidad material- pueda imponer su voluntad a los disidentes; (b) la actitud que campea en nuestros Tribunales demuestra que los magistrados han sido celosos defensores del control frente al abuso del derecho y de todo cuanto pudiera repugnar a la moral y a las buenas costumbres y que no trepidaron en echar mano a normas básicas de la ley civil cuando la ley mercantil específica callaba (o parecía predicar un automatismo insostenible). Mal puede imaginarse que los jueces, de suyo tan suspicaces respecto de un concurso que les viene “pre-armado” habrán de tolerar que -a su vista y paciencia- lo

acordado con una parte de los acreedores valga como ley para todos ellos, sin un profundo análisis sobre la adecuación del acuerdo a las previsiones de los arts. 953 y 1071 Cód.Civil.

Agregado de último momento: breve noticia sobre un fallo en sentido análogo pronunciado por otra Sala.

Si bien este trabajo fue formulado para comentar el caso ‘Servicios y Calidad S.A.’; pendiente el envío de la versión final para publicar (los artículos de tres autores se demoran con múltiples agregados y correcciones), ha recaído un pronunciamiento de la Sala ‘A’ de la Cámara Comercial, in re: ‘Multicanal S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial’, 4 de octubre de 2004. Por cierto no ingresaremos en su comentario, pero sí transcribimos los siguientes párrafos que tanto tienen que ver con lo que se analizó ‘supra’: *‘El acuerdo preventivo extrajudicial regulado en el Capítulo VII del Título II de la ley 24.522 según ley 25.589 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 múltiples vacíos normativos, la similar finalidad de ambos institutos impone, mas allá de las remisiones parciales al articulado del concurso que contienen los arts. 69 y sptes. LCQ, 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...’*

III.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EL APE VERSE SOLO SOBRE PARTE DEL PASIVO.

Algunos de los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales en curso en nuestro país han tenido una característica singular: el deudor “acuerdista”²⁵ ha dejado de lado (en punto a ofrecimiento de propuesta) a un universo específico de acreedores – generalmente los proveedores o acreedores comerciales– refiriendo que a su respecto regirían las “condiciones del título”, es decir, que las obligaciones correspondientes serían pagadas tal y como fueron originalmente pactadas.

Este hecho²⁶ ha puesto en el tapete una circunstancia que hace algunos años hubiera resultado “herética” en el ámbito de los concursalistas nacionales: la existencia de un procedimiento destinado a la superación de la insolvencia que pudiera no abarcar a todos los acreedores quirografarios existentes al momento de darse inicio a dicho procedimiento o, más claramente, a excluir a un grupo de acreedores quirografarios de los alcanzados por el procedimiento, a caballo de seguir pagándoles la obligación tal y como fue contraída.

Esta idea, en los casos ocurridos ante nuestros Tribunales, ha tenido cierta razonabilidad, en tanto y en cuanto los pasivos a reestructurar (y por los que el procedimiento se iniciaba) no consideraban a los créditos que se pretendía excluir, pues éstos resultaban insignificantes respecto de aquellos. Esta circunstancia, casi de equidad (pues pretendía no perjudicar a un universo de acreedores plenamente atendibles) importa tanto como crear un procedimiento concursal acotado²⁷, un juicio universal (menos universal en cuanto a pasivo), que parece ser claramente, una de las vertientes por las que transita el derecho de la insolvencia en éstos días²⁸.

Esto importa, claramente, aceptar una reformulación del alcance que damos a los principios concursales (básicamente la universalidad y la concursalidad). Esa reformulación determina la necesidad de aceptar que un procedimiento o mecanismo seguirá siendo universal - en tanto pretende la superación de una situación de cesación de pagos, insolvencia, o graves dificultades económico – financieras de carácter general - siempre que pretenda remover o

²⁵ Se ha denominado al deudor que recurre al APE como “acuerdista”, “apista”, incluso Dasso –con algún toque socarrón- lo llama “apeado”. Uno de los autores del presente, seguramente en un exceso de purismo, resiste suscribir el texto si no se emplea la primera de las denominaciones (única que reconoce como aceptable)

²⁶ Admitido en los APES de Autopistas del Sol S.A., Multicanal S.A., Acindar S.A., entre otros.

²⁷ casi como la contracara de un “patrimonio de afectación”, al que podríamos denominar un “pasivo de afectación”, excluido fáctica y jurídicamente del procedimiento concursal.

²⁸ Ello nos lleva a la pregunta de si ¿Esta circunstancia admitida en el APE es trasladable a otros procedimientos concursales?, la que resultará uno de los interrogantes a resolver en los próximos años.

superar la misma, aún cuando para ello no necesite reestructurar todo su pasivo sino la parte sustancial del mismo ²⁹.

Tal la experiencia del derecho norteamericano, donde en el “prepack” el deudor reconoce (es decir: **admite**) todos los créditos que serán alcanzados por el plan o acuerdo, como así también aquellos otros pasivos que no serán afectados por el mismo. Además, en un “prepack”, típicamente el deudor obtiene inmediata autorización judicial para continuar honrando, en su tiempo y modo propios, los créditos anteriores a su petición de homologación del “prepack” que no han de ser afectados por el plan de reestructuración de deuda (³⁰).

Lo mismo sucede cuando un APE tiene por propósito reestructurar sólo parte del pasivo quirografario del deudor (generalmente el financiero o afín) ya que, en ese caso, el deudor debe continuar pagando los restantes créditos en tiempo y forma, tanto los privilegiados como los quirografarios no alcanzados por el APE.

Hemos concluido que una interpretación teleológica de la norma del art. 72 *in fine* LCQ indica que la suspensión de las acciones judiciales de contenido patrimonial provenientes de estos créditos no alcanzados por el APE no tiene razón de existir ni, por ende, de ser decretada por el juez (³¹).

Para eludir los efectos de la suspensión automática de todas las acciones (y su contracara, la prohibición al deudor de seguir cumpliendo tales obligaciones), típicamente el deudor en un “prepack” obtiene inmediata excepción judicial a dicha suspensión genérica permitiéndole continuar honrando, en su tiempo y modo propios, los créditos anteriores a su petición de homologación del “prepack” que no han de ser afectados por el plan de reestructuración de deuda (³²). Lo mismo sucede cuando un APE tiene por propósito reestructurar sólo parte del pasivo quirografario del deudor. En ese caso, el deudor debe

²⁹ En el trabajo citado de Barreiro – Lorente sobre el APE para entidades financieras, campeaba la idea de recurrir a dicho mecanismo para superar la crisis de aquellas, pensando exclusivamente en reestructurar las obligaciones con los inversores (particulares e institucionales), motivadas en la propia crisis de fines de 2001, y la modificación de reglas de juego que ella importó para todos los actores del mercado.

³⁰ Conf. la "General Order 201" dictada por el Tribunal Federal de Bancarrotas del Distrito Sur de Nueva York ("Procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York"), de fecha 2 de febrero de 1999, punto IV.C. 13-18.-

³¹ Lorente, Javier A, “El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el “prepackaged plan” (“prepack”): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales”, Errepar –DSE – Nro. 201 –agosto/04 –T. XVI – pág. 892.

³² EHRENFELD, Joshua A, *Quieting the Rebellion*, 70 U. Chi. L. Rev. 621, 635 n. 92 (2003); y “Guidelines” (nota anterior 19) punto IV.C. 13-18.-

continuar pagando los restantes créditos en tiempo y forma, tanto los privilegiados como los quirografarios no alcanzados por el APE, y una suspensión de las acciones judiciales de contenido patrimonial provenientes de estos créditos no alcanzados por el APE no tiene razón de existir ni, por ende, debe ser decretada por el juez.

Reiteramos que muy habitualmente, tanto en los “prepacks” como en los APEs, el deudor continúa atendiendo, en el curso normal de su negocio, el pago de créditos anteriores a la demanda de homologación pero que no han de verse afectados por el acuerdo. Entre ellos, los que nuestro art. 20 LCQ define como contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes.

Al “prepack” resulta formalmente aplicable la Sec. 365 del BC que habilita al deudor a asumir o rechazar la continuidad de los *executory contracts*, pero debido a lo reducido del proceso y la naturaleza consensual del “prepack” (a la vista de las conformidades previamente obtenidas de la mayoría de sus acreedores), típicamente el deudor continúa cumpliendo normalmente sus contratos en curso de ejecución que hacen al giro ordinario de su negocio, haciendo los pagos que de tal asunción contractual se deriven. Salvo, claro está, que intente incluir a algunos créditos emanados de estos *executory contracts* dentro de las deudas a ser reestructuradas dentro del *prepackaged plan* ⁽³³⁾, o bien que haya decidido rechazar el cumplimiento de tales contratos.

Si bien es cierto que las normas aplicables al APE nada disponen respecto de la conducta que debe adoptar el deudor frente a sus contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes (conf. arts. 20 y 144 LCQ), no es menos cierto que el tratamiento de este tipo de contratos en un tópico habitualmente regulado consensualmente entre acreedores y deudor en el propio APE.

Por otra parte, del estrecho marco temporal y procesal del APE se desprende que el deudor tácitamente asume todos aquellos contratos en curso de ejecución que no busca afectar con su reestructuración de deuda.

Hay nuevos paradigmas en el “derecho de la insolvencia” que están gestándose o probándose, que ponen en “crisis” otros anteriores, en definitiva esta es la historia del

³³ CARTER, Courtney C., *Saving Face in Southeast Asia: The Implementation of Prepackaged Plans of Reorganizations in Thailand, Malaysia and Indonesia*, 17 Bank. Dev. J. 295, 299, 306, 307-08 (2000). Conf. “Guidelines” (nota 16 ut supra) punto VI.C.18. -

derecho mercantil del que aquel forma parte.³⁴ El desafío es construir institutos jurídicos “sustentables” bajo estos nuevos paradigmas, evitando que, a pesar de crujidos, la estructura no se resienta.

IV. NOTICIA SOBRE LA ‘DOBLE QUITA’.

Dijimos más arriba que este tema no es exclusivo del APE y, por ello, no avanzaremos sobre el mismo. Vale la pena reseñar, sin embargo, que existe alguna sensibilidad naciente entre los jueces (y de ello dan cuenta dictámenes como los formulados por la Fiscalía de Cámara in re: ‘Impresora Internacional de Valores S.A.’ –dictamen Nro. 96.826- ‘Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. s/concurso preventivo’ –dictamen Nro. 99.333-) respecto de la existencia de propuestas que si bien formalmente parecen brindar tratamiento ‘igualitario’ a todos los ubicados en la misma categoría comportan *en verdad* la imposición de una solución de mayorías a la que se arriba con las conformidades de sujetos que no quedan sometidos a las mismas reglas que sus aparentes ‘pares’. El tema se ha disparado con motivo de la pesificación [y el tratamiento desigual para aquellos cuyas acreencias podrían restar en dólares –ej: aquellos amparados por el decreto 410/02- y a los que el concordato impone un conversión a pesos, que resulta indiferente a los acreedores en tal moneda] pero el tema va más allá. Se ha postulado que importa un ingreso, bajo la cobertura del análisis del abuso, de posturas en contra de la discriminación³⁵

V.- MISCELÁNEA

Es sabido que los jueces cuando pueden resolver una cuestión por ciertos argumentos que reputan de mayor trascendencia en la causa que otros han de preferir los primeros; dado que solventados estos resulta innecesario ingresar en los segundos. Eso es lo que ha ocurrido en el fallo en comentario donde no fue menester que la CNCom analizara la construcción del Juez de Grado sobre la falta de “claridad y transparencia” del activo y del pasivo.

³⁴ Lo mismo está sucediendo con el derecho penal que, globalización mediante, va definiendo criterios que hace 30 o 40 años habrían parecido también “heréticos”.

Ello, aunque entendible, nos ha privado de una decisión de Cámara sobre un tema de semejante importancia. Muchas voces se han levantado cuestionando el APE (incluso su constitucionalidad) y pivoteando, precisamente, sobre la falta de garantías frente a maniobras como la referida ³⁶. Si los suscriptos no compartimos esos temores es, precisamente, porque postulamos la existencia de un juez activo –tal como fue en su hora el Dr. Favier Dubois (h) ³⁷- que ponga coto a aventuras en ese sentido [la verdadera “clave de bóveda” del sistema instituido por los arts. 69/76 LCQ es precisamente un magistrado concursal, embebido de las exaltadas potestades de ese rol, y para ello, y también por ello, es que insistimos en la condición de instituto concursal de la figura].

³⁵ Truffat, E. Daniel, ‘Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo –con motivo de un fallo tan querible como erróneo-, en prensa en LL, Suplemento Concursal, a la fecha de elaboración del presente

³⁶ Por todos: Vítolo, Daniel, ‘El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial y la violación del derecho de defensa y de debido proceso legal’, ‘Derecho Concursal ...’, T. I, pág. 11

³⁷ Quien dictó, en las postrimerías de su extenso desempeño como juez de primera instancia, el pronunciamiento que –a través del recurso del acuerdista- dio pie a la CNCom para pronunciar el fallo que se comenta