UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS RECIENTES

TÍTULO: Acuerdo preventivo extrajudicial.

Apellido y Nombres del/los alumno/s: Piazza, Mauro Iván – Reymann, María Lourdes

Asignatura sobre la que se realiza el Trabajo: Derecho Comercial II

Encargado de Curso Prof.: Casadío Martínez, Claudio A.

Año que se realiza el trabajo: 2019

Lugar: Santa Rosa – La Pampa.

SUMARIO

El acuerdo preventivo extrajudicial (en adelante APE) es un proceso concursal regulado en la actualidad por la ley 24522 en el Título II, Capítulo VII, artículos 69 a 76, tendiente a superar la crisis económica y/o financiera de carácter general que se desarrolla de manera privada mediante un acuerdo entre el deudor y sus acreedores quirografarios. El instituto tiene asidero en la idea de que nadie se encuentra en mejor posición que el deudor y sus acreedores para diseñar de manera conjunta y de acuerdo a sus intereses un acuerdo que les permita sobrepasar la crisis económica en la que se encuentra.

Palabras claves: ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL – PRIVADO – REESTRUCTURACIÓN – HOMOLOGACIÓN – EFECTOS

INDICE

Sumario

1.- Introducción…….. 1

2.- Antecedentes Históricos…… 1

3.- Evolución legislativa…… 2

4.- Naturaleza Jurídica……4

4.1.- Tesis contractualista……4

4.2.- Tesis concursalista……4

5.- Petición y tramite……5

5.1.- Forma……6

5.2.- Libertad de contenido……7

5.3.- Sujetos comprendidos y excluidos……8

5.3.1.- Reseña sobre el fallo "Banco Hipotecario"……9

6.- Homologación……10

6.1.- Requisitos……10

6.2.- Mayorías……13

6.2.1.- Acreedores privilegiados ¿excluidos? ……14

6.3.- Publicidad…… 14

6.4.-Abuso del derecho……15

6.4.1.- Reseña sobre el fallo "Arcángel Maggio S.A"……18

6.5.-Fraude a la ley……19

7.- Oposición de acreedores……19

8.- Efectos……21

8.1.- Efectos de la homologación……21

8.2.- Efectos de la no homologación……23

9.- Problemática sobre los libros de comercio ……23

10.- Conclusión……25

11.- Bibliografía……26

1.- INTRODUCCIÓN

La tendencia actual del Derecho Concursal es la privatización del mismo, es decir privilegiar las negociaciones directas entre acreedores y el deudor de manera extrajudicial ya que se considera que los procedimientos legales son rígidos, costosos, largos y dificultan cualquier tipo de negociación y financiamiento.

De manera preliminar, recordamos que nuestra ley concursal contiene tres mecanismos para sobrepasar el estado económico desfavorable, por un lado tenemos al concurso preventivo y al acuerdo preventivo extrajudicial como mecanismos de reestructuración de deuda, y por el otro a la quiebra la que tiene como objeto liquidar el patrimonio y distribuir el producido.

La principal característica del APE es que es un acuerdo oponible a todos los acreedores de causa anterior a la presentación, por lo que sus efectos son equiparados a los de un acuerdo preventivo resultado del trámite de un concurso preventivo ordinario.

Analizaremos las particularidades que presenta este instituto y que lo diferencian de un acuerdo preventivo en la etapa judicial.

2.- ANTECEDENTES

En nuestro derecho, este tipo de acuerdo tuvo nacimiento doctrinario mucho antes de ser legalmente regulado.

Para el caso si bien la ley 19.551 no contenía ninguna disposición sobre este tema, en su vigencia tuvieron lugar los denominados “clubes de bancos”, a través de los cuales, mediante una reunión informal de los acreedores de un deudor común, estos negociaban un acuerdo de reestructuración de las obligaciones de ese deudor con el conjunto de los acreedores financieros. De ese modo se llegaba a una refinanciación privada. Tal antecedente surgió en el marco de la mencionada ley, entre otros motivos, porque contenía un brevísimo plazo de tres días desde que se conocía la cesación de pagos para concursarse, cuestión que jamás era satisfecha.

Tal práctica era sin dudas de naturaleza contractual, ya que solo un contrato es una figura susceptible de producción privada y con efectos vinculantes entre las partes sin oponibilidad con relación a terceros.

3.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la primera regulación legislativa del acuerdo preventivo extrajudicial vino de la mano de la ley 22.917 que modificó la ya mencionada 19.551. Esta nueva ley en su artículo 125, incisos 1 y 2 regularon los entonces llamados acuerdos preconcursales. La normativa era la siguiente:

Artículo 125-1. - ACUERDOS PRECONCURSALES. Los acuerdos preconcursales celebrados con todos o parte de los acreedores, tendientes a superar dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general o su cesación de pagos, y los actos que son su consecuencia, incluso pagos, son ineficaces respecto de la masa solamente cuando, de los estudios realizados al momento de celebrarlos o de otros elementos objetivos conocidos por los acreedores, fuere indubitable que mediante ellos o las medidas previstas como presupuestos para su concreción resultare imposible conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos.

Aún no dándose los supuestos previstos en el párrafo anterior las prendas, hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos son inoponibles, en la quiebra posterior, en la medida del interés de los acreedores de causa o título anterior a su constitución o registración, en caso de ser esta última necesaria.

Artículo 125-2. - HOMOLOGACION JUDICIAL. El deudor puede convenir con los acreedores someter el acuerdo preconcursal a la homologación judicial, en cuyo caso cualquiera de ellos puede requerirla ante el juez que sería competente en el concurso del deudor.

Ante el pedido, el juez ordena publicar edictos por cinco (5) días en los diarios y jurisdicciones previstos por los artículos 28 y 29, citando a los acreedores interesados a deducir oposición dentro de un plazo no inferior a veinte (20) días.

La oposición puede fundarse en:

1. El interés del acreedor en incorporarse al acuerdo, en las condiciones estipuladas;

2. Estimar inadecuada la solución para la situación del deudor.

En el primer caso, se sustancia la petición con audiencia del deudor y de los demás acreedores comprendidos en el acuerdo. No admitida la incorporación por cualquiera de éstos, el acreedor puede ejercer las acciones que estime pertinentes.

En el segundo caso pueden otorgársele garantías suficientes sobre bienes ajenos al deudor, que el juez califica.

No otorgada la garantía o declarada insuficiente, el juez designa uno o más síndicos de los comprendidos en la lista del artículo 277, para que dictaminen sobre la situación del deudor y la factibilidad de los planes previstos para el cumplimiento del acuerdo dentro del plazo de treinta (30) días, de este informe se corre vista por diez (10) días a los interesados, que no se notifica por nota.

El juez debe resolver una vez vencido el plazo, sin más trámite. La resolución es apelable.

No deducida oposición por acreedor, incorporado el acreedor al acuerdo, prestada garantía suficiente o pronunciada la homologación, no puede declararse la ineficacia prevista en el artículo 125-1, primer párrafo.

Las costas del trámite de homologación del acuerdo son siempre a cargo del deudor. Los honorarios no pueden superar el medio por ciento (1/2 %) de los créditos comprendidos en el acuerdo, límite que asciende al uno por ciento (1 %) cuando existe dictamen del síndico'.

Como vemos, el primer inciso hablaba de los efectos de los acuerdos no sometidos a homologación judicial, de hecho fueron los que mayor recepción practica tuvieron en el diseño de los ya en funcionamiento clubes de banco, y el segundo nos adentraba en un complejo trámite de homologación que lo distancio de sobre manera de la práctica comercial.

A la postre, la ley 24.522 no irrumpió con grandes cambios en esta materia. Se ocupó simplemente de ubicar el acuerdo en forma independiente, nominándolo como se hace actualmente “acuerdo preventivo extrajudicial”.

Ahora bien, teniendo en cuenta los nuevos paradigmas comerciales que operaban en el mundo tendientes a privilegiar negociaciones directas entre el deudor y sus acreedores limitando la intervención judicial y la casi nula aplicación práctica del APE en nuestra realidad, se inspiró la ley 25.589 que nos otorgó un instrumento adaptado a los requerimientos de un pragma comercial mucho más simple y ágil.

4.- NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de su naturaleza encontramos dos grandes posturas: una contractualista y otra concursalista.

4.1.- Tesis contractualista

Quienes sostienen la postura contractualista, entre ellos HEREDIA, entienden que el acuerdo extrajudicial es un contrato y por más que no se logre la homologación el acuerdo va a ser válido para las partes. Con la homologación judicial ese contrato se convierte en acuerdo obligatorio para todos los acreedores. Agregan en sus motivos que el APE no es de naturaleza concursal porque no hay concurrencia de acreedores, además no rige el artículo 1 de la LCQ 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.

4.2.- Tesis concursalista

Aquellos que sostienen una postura concursalista, afirman que el APE es un subtipo concursal en primera medida porque el legislador al regular el instituto lo hizo dentro de nuestra ley de concursos y quiebras, ratificando dicha postura en las modificaciones que sobrevinieron; y en segundo lugar, porque es un procedimiento que se desarrolla en un trámite judicial simplificado y no en el ámbito extrajudicial, aunque si nace fuera del proceso; por lo que sería una “subespecie del concurso preventivo, con trámite judicial simplificado”.

En este extremo encontramos a ROUILLON, quien señala que el acuerdo homologado judicialmente es un mecanismo de reorganización formal y que su verdadera naturaleza es la de ser un concurso preventivo abreviado con efectos sobre las minorías de acreedores, y ya no un contrato

de limitada obligatoriedad a sus firmantes. El resultado que se obtiene de él es similar al del concurso preventivo salvo que con doble brevedad: menos trámite y menor tiempo[1]

5.-PETICIÓN Y TRÁMITE

Para solicitar este remedio concursal, la ley comienza por morigerarnos el presupuesto objetivo en relación al concurso preventivo.

Así, el art 69 de la Ley de Concursos y Quiebras indica: *Legitimado. "El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial"*

Podemos observar que puede solicitar el acuerdo el deudor que se encuentre en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras de carácter general. Cabe aclarar que si bien en el marco teórico existen marcadas diferencias entre lo que serían causales económicas – refiriendo a la rentabilidad - y las financieras – equiparada a la liquidez-, a los fines prácticos las mismas no tienen relevancia ya que en virtud de la conjunción disyuntiva "o" las dos se encuentran habilitadas como presupuesto para la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial.

Esta generalidad implica que se debe comprender la situación patrimonial del deudor en su integridad, ya que estos tipos de dificultades económicas surgen cuando los medios para obtener ingresos resultan impotentes para cancelar las obligaciones contraídas. Aquí hacemos referencia a cuestiones como:

a) la rentabilidad
b) la liquidez
c) la disponibilidad o medios para cumplir con las obligaciones contraídas
d) el nivel de endeudamiento

La generalidad de las dificultades económicas o financieras es entendida como la afección a todo patrimonio, en lo que no se diferencia de la cesación de pagos. Entonces estando ante una condición común (generalidad) de ambos presupuestos, puede afirmarse que tiene una unidad de esencia y ella

[1]ROUILLON, Adolfo A; "Regimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. 14ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 160 y ss.

es la crisis patrimonial. Sin embargo esas dificultades de carácter general, no necesariamente deben ser permanentes, pudiendo ser pasajeras o transitorias[2]

5.1.- Forma

La Ley 24.522 en su artículo 70 indica: *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, deberá agregarse al instrumento. No es necesaria que la firma de los acreedores sea puesta el mismo día.*

El acuerdo exige el instrumento privado[3] como forma mínima. En el caso que sea otorgado de este modo la firma de los acreedores debe estar certificada por escribano público.

Se discute si la formalidad exigida es una forma ad probationem o ad solemnitatem. En el caso de la primera ante la omisión de la formalidad exigida el acto será válido, pero su existencia deberá ser probada por otro medio de prueba; para la segunda, si el acto carece de la formalidad sería nulo.

En relación a la firma[4], esta se trata de un requisito esencial para el acto.

Además la ley exige agregar los documentos habilitantes o copia autenticada de ellos; por ello, si ocurre al acto un presidente de directorio será necesario agregar copia certificada del estatuto, del acta de asamblea en que fue designado y del acta del directorio en el que se distribuyen los cargos; si en cambio se presenta un apoderado bastará con la copia del poder autenticado.

No es indispensable que el acuerdo sea otorgado en el mismo día, esto indica que serán válidas las conformidades que se presenten posteriormente, de manera sucesiva[5]. Asimismo podrán existir instrumentos simultáneos o diferidos que tengan como fin el otorgamiento de un único contrato.

Esto último se condice con la realidad, ya que las negociaciones del deudor con sus acreedores muy difícilmente se den de manera simultánea y se incorporen a un único instrumento. Es más bien

[2]RIVERA, Julio César "Derecho Concursal" 2ª.edicion actualizada y ampliada, Tomo II Concurso Preventivo, La Ley 2014, pág. 666.

[3] Código Civil y Comercial, artículo 287 Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

[4] Código Civil y Comercial, artículo 288 Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

[5] Juzg. CC 3ª Nom. Córdoba, LL 2003-A, 738. Citado por RIVERA, Julio César "Derecho Concursal" 2ª.edicion actualizada y ampliada, Tomo II Concurso Preventivo, La Ley 2014, pág. 677.

probable que el deudor entable negociaciones individualizadas con cada acreedor y llegue a arreglos en idéntico sentido.

5.2.- Libertad de contenido

Rige la más amplia libertad respecto al contenido que se le pretenda dar al acuerdo, pero debemos tener en cuenta que esto es posible siempre y cuando no se lo someta a homologación judicial.

Esta respectiva libertad se encuentra en el artículo 71: *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.*

Se pretende la libertad de contenido como una manifestación de la autonomía de la voluntad, cuestión regulada en nuestro ordenamiento civil y que atraviesa de manera transversal la tendencia hacia la privatización del derecho concursal. Justamente con este principio el APE recobra importancia, y lo diferencia nítidamente del acuerdo judicial.

Nada impide que el deudor convenga con sus acreedores propuestas diferenciadas de acuerdo a los intereses que presenten cada uno de ellos, se podrá, por lo tanto categorizar a los acreedores.

La jurisprudencia admite la facultad de clasificación cuando sostiene que "el APE judicializado es concurso preventivo judicial de origen extrajudicial y por su naturaleza la categorización de los acreedores y la *pars conditio creditorum* hacen a su esencia. Y si bien no se encuentra reglado de manera expresa en el texto legal, nada obsta a que el deudor pueda categorizar y tal posibilidad surge del principio de libertad de contenido del artículo 71, de donde nada le impide a que acuerde con sus acreedores propuestas diferenciadas según la naturaleza de la relación crediticia que los une y los intereses de cada grupo o clase[6]".

La razonabilidad de dicha categorización se evaluará teniendo en cuenta la posibilidad de cometer abuso.

Por lo mencionado precedentemente, las partes pueden acordar todo lo que sea más ventajoso a sus derechos y necesidades, indicando las pautas sobre quita, espera, entrega de bienes a los acreedores, entre otros, que consideren convenientes y así conseguir el mayor beneficio posible para las partes del acuerdo.

[6]ALEGRÍA, Héctor, "Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial", CNCom., sala A, "Sideco Americana S.A", 27.6.2005, SJA 26/10/2005,

5.3.- Sujetos comprendidos y excluidos

Sobre los sujetos podemos ver que los legitimados para realizar un acuerdo preventivo extrajudicial son aquellos deudores que pueden requerir un concurso preventivo. Los artículos 2 y 5 de la LCQ refieren a la legitimación de los acreedores concursables. Por lo tanto serán:

a) personas de existencia visible;
b) personas de existencia ideal de carácter privado;
c) aquellas en el que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte;
d) el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores;
e) los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país;
f) las asociaciones mutuales;
g) las personas de existencia ideal en liquidación.

Por el contrario serán sujetos excluidos:

a) las entidades financieras;
b) las entidades aseguradoras. Esto se debe a que la propia ley de entidades aseguradoras así lo ha previsto instituyendo al efecto un propio mecanismo liquidativo.

<u>Casos especiales</u>

a) agrupamientos y granates
b) sujetos en periodo de inhibición
c) sujetos que no llevan contabilidad regular

Respecto a los agrupamientos y garantes no habría problema en que estos sujetos presenten un APE, siempre y cuando cada uno de ellos presente un acuerdo de manera simultánea, ante el mismo juez y haciendo una propuesta unificada. Lo mismo ocurre para el deudor principal y garante, los que deben elaborar una propuesta unificada. Esta reestructuración de los pasivos de los diversos sujetos se traduce en una significativa economía de costos.

Sobre los sujetos en periodo de inhibición del artículo 59 de la LCQ nos encontramos ante la visión de Truffat, quien sostiene que no es posible solicitar un APE por parte de estos sujetos e indica que se aplica la regla del artículo 31 de la LCQ: "*Rechazada, desistida o no ratificada una petición de concurso preventivo, las que se presenten dentro del año posterior no deben ser admitidas, si existen pedidos de quiebra pendientes*".

Por último los sujetos que no llevan una contabilidad regular, estos no están excluidos y tiene fundamento en el artículo 72 inciso 4 de la LCQ que exige "*enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor"*. Si bien existe discrepancia entre los libros que debe presentar un comerciante que se encuentre inscripto y uno que no lo esté, o si lo que se requiere no es una contabilidad regular sino una contabilidad confiable, lo importante del caso es que el deudor tenga un respaldo cuanto menos documental que le permite al contador certificar sobre los puntos exigidos por la ley. En definitiva, como en el caso del artículo 11 inciso 5 de la LCQ se permite que el deudor cuente con un amplio y flexible margen probatorio a fin de proporcionar los datos necesarios para que los acreedores puedan conocer su estado patrimonial, al hablar el artículo 72 de "*acreedores registrados*" no debe interpretarse en sentido estricto sino en un sentido amplio, compresivo de todos aquellos que surjan de cualquier base documental que el contador pueda compulsar y así certificar su existencia.

Se debe tener en consideración que la calidad de tales sujetos será diferente respecto a la postura que se tome sobre las tesis que se postularon en el punto 4, es decir que aquellos que sostienen que el acuerdo preventivo extrajudicial es materia contractual, podrá ser realizado por las entidades financieras y las aseguradoras, el cual será válido entre las partes. En cambio aquellos que sostienen la postura concursalista indicarán que tales entidades –financieras y aseguradoras –quedan excluidas del mismo.

5.3.1 Reseña sobre el fallo "Banco Hipotecario"

El fallo interpreta si el Banco Hipotecario, como entidad financiera sujeta a una regulación específica –ley 21526-, puede presentar un APE –regulado en la ley 24522-.

La CSJN ratifica la decisión de Cámara que expresaba la imposibilidad de las entidades financieras de utilizar un mecanismo como el APE para superar su realidad económica. Para esto interpreta la norma concursal, la ley que regula las entidades financieras, y sobre todo la naturaleza del APE.

Cualquiera sea la naturaleza que se le otorgue a dicha clase de acuerdo, y respetando sus características propias, puede predicarse —al menos— que se trata de un medio de saneamiento preventivo que no es extraño a los procedimientos contra la insolvencia, y que, a partir de los efectos que a su homologación judicial le otorgó el artículo 76 de la ley 25.589, se intensificó notablemente la proximidad —o semejanza— con el concurso preventivo, pues aquella norma en

forma expresa y mediante una simple remisión, sujetó al acuerdo preventivo extrajudicial, a las mismas disposiciones que en la ley concursal regulan la homologación del concurso preventivo.

Si la ley 21.526 (y sus modificaciones) estableció para las entidades financieras un acotado elenco de remedios preventivos a los que pueden acudir para solucionar sus crisis económicas, y les vedó la posibilidad de solicitar la formación de su concurso preventivo (artículo 50), la concertación de un acuerdo preventivo extrajudicial —y su posterior homologación—, implicaría un modo de solución de dichas crisis, al margen de la intervención que en el esquema ideado por la ley de entidades financieras, se le ha dado al Banco Central de la República Argentina, y de los procedimientos allí establecidos.

6- HOMOLOGACION

Es menester precisar que un APE será homologado con efectos hacia terceros no votantes, siempre que exista una situación de total claridad y transparencia:

a) con relación a la composición del activo y pasivo del deudor;
b) respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales;
c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento[7]

6.1.- Requisitos.

La LCQ en su artículo 72 enumera los recaudos a considerar a la hora de la homologación del acuerdo extrajudicial.

Artículo 72: *Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, conforme lo dispuesto en el artículo 3, junto con dicho acuerdo, los siguientes documentos debidamente certificados por contador público nacional:*

Para la homologación del acuerdo deben presentarse ante el juez competente, siendo entonces el juez del domicilio del deudor, con todas las excepciones que corresponden a cada sujeto.

[7] RIVERA, Julio C; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel R. “Ley de concursos y quiebras”, 3° ed. Act. Rubinzal-Culzoni, 2005, pág 216

Así, para las personas de existencia visible corresponde ser presentado ante el juez de la sede de administración de sus negocios. Subsidiariamente el del lugar del domicilio.

En caso de tener varias administraciones, será competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal.

Para las personas de existencia ideal, privadas y regularmente constituidas, entiende el juez del domicilio.

En las no constituidas regularmente, el juez del lugar de la sede o sino el del establecimiento o administración principal.

Para los deudores domiciliados en el exterior, será competente el juez del lugar de la administración en el país. Sino hubiere el del lugar del establecimiento o actividad principal.

El requisito respecto a la certificación por parte de contador público nacional, es que busca dar respaldo sólido y objetivo al informe del estado patrimonial del deudor. Ya que respecto a este informe se va a determinar la proporción de acreedores otorgantes del acuerdo.

1. *un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación.*

Este estado contiene la información sobre el patrimonio del deudor, esta información va a ser proporcionada por el propio deudor y con esto el juez debe valorar la situación patrimonial en la que se encuentra.

2. *Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación.*

Asimismo se debe indicar la graduación de los créditos que corresponda a cada acreedor; el listado abarcará a todos los acreedores y es de suma importancia suministrar tal información al juez para así determinar los acreedores computables para las mayorías.

La omisión de adjuntar la documentación respaldatoria de los créditos impide tanto al juez como a los acreedores controlar su legitimidad. Los acreedores que no prestaron conformidad y tienen derecho a formular oposición no están en condiciones de ejercer sus derechos ante el voto de la mayoría, si no tienen posibilidades de conocer el origen de los créditos, si están respaldados por documentación suficiente y auténtica, si se presenta una causal de exclusión para votar, u otras cuestiones que puedan afectar la validez del acuerdo. A su vez, el juez no puede ejercer el control

jurisdiccional si solo cuenta con la declaración unilateral del deudor sobre los créditos denunciados. Existe una notoria situación de colisión de intereses que impide atribuirle eficacia probatoria a su mera manifestación.[8]

3. *Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite con condena no cumplida, precisando su radicación.*

Este inciso refiere a procesos con contenido patrimonial, así los contadores deben tener presente los juicios contra el deudor para realizar las previsiones que sean necesarias o en su caso dejar constancia en notas.

La importancia del recaudo es mayor que para el concurso preventivo, ya que aquí no existe proceso judicial que determine el pasivo y el detalle de aquellos procesos ayuda al juez a conocer la situación real del deudor.

De esta manera se le otorga mayor seguridad a los acreedores, en virtud de que el patrimonio del deudor no se vea afectado por sentencias en su contra.

También es importante tener en cuenta los juicios en que el deudor es actor.

4. *Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio usado a la fecha del instrumento.*

Se deben presentar todos los libros que hagan a la actividad del deudor.

Deben cumplir con ello los sujetos que llevan libros contables; sin embargo aquellos que no lo hagan no será un requisito excluyente y también podrán presentarse a homologar el acuerdo, pudiendo presentar todo tipo de elementos documentales y registraciones extracontables que posea.

Estos elementos de registración, rudimentarios o no, deben dar sustento al presupuesto objetivo en que se encuentra el deudor.

Es importante remarcar que los libros de ninguna manera deben ser entregados, ya que el deudor va a continuar con su explotación comercial y necesitará de ellos para sus registros.

5. *El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.*

[8] C. Nac. Com; sala C, 17/03/2006, Leuzzi, Catalina s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

Este requisito debe ser entendido como que alude a los acreedores que surgen de los libros o documentación que lleve el deudor y luego debe ser puesto a disposición del contador para que este realice la certificación contable.

La certificación del contador no importa un juicio técnico por parte de este, sino que solo refiere a la constatación de situaciones presentadas ante la documentación que le fue otorgada.

Es importante hacer mención a la discusión sobre qué tipos de acreedores habla este recaudo, es decir si son quirografarios solamente o todos los acreedores del deudor comprendiendo también a los privilegiados. Sobre esta consideración nos remitimos al punto 6.2.1.

> *Ordenada la publicación de edictos del artículo 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuesta por el art 21.*

Las acciones se suspenden a partir de la orden judicial de publicación de edictos, es decir que el juez va a dictar una resolución cuando considere cumplidos los requisitos correspondientes, ordenando dicha publicación de edictos y la suspensión de acciones.

6.2.- Mayorías

Este es un requisito que se debe cumplir para conseguir la homologación del APE.

El artículo 73 dispone que: *Para que se dé la homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del art 45.*

Observamos que estas mayorías son las mismas que la LCQ indica para la homologación del acuerdo preventivo en el marco de un proceso. Es decir que está formado por un sistema de doble mayorías:

a) Mayoría absoluta de personas (más de la mitad de los acreedores quirografarios)
b) Y dos tercios del capital computable (refiere al capital quirografario)

Cuando se computan los dos tercios del capital debemos comprender que él quedan incluidos también los acreedores privilegiados que hayan renunciado a su privilegio; caso contrario es el de los acreedores laborales, los cuales no pueden renunciar a dicho privilegio.

Los acreedores que se van a computar en la mayoría absoluta de personas van a ser los quirografarios.

6.2.1 Acreedores privilegiados ¿excluidos?

La hermenéutica de nuestra legislación concursal en una primera aproximación parce excluir determinantemente a los acreedores privilegiados, circunscribiendo este instituto a la sola voluntad de los acreedores quirografarios. Esto es así dado que el artículo 73 de la LCQ exige doble mayoría de acreedores quirografarios y el artículo 56 de la LCQ, al que accedemos por remisión del artículo 76 de la LCQ, prevé el efecto que el acuerdo preventivo tiene respecto de los acreedores quirografarios y los privilegiados que hubiesen renunciado a dicho privilegio.

Pero al hacer una lectura detenida del artículo 69 de la LCQ, este autoriza al deudor a "*celebrar un acuerdo con sus acreedores*" sin especificar categoría, y en el mismo sentido el artículo 57 de la LCQ nos revela cuales son los efectos de los acuerdos para acreedores privilegiados.

Esta última interpretación es la que toman autores como Truffat para declarar admisible el acuerdo preventivo extrajudicial para acreedores privilegiados.

6.3.- Publicidad

Como mencionamos en el punto 6.1 donde explicamos los requisitos para que se dé la homologación, el último párrafo del artículo 72 refiere a que el juez ordene la publicación de edictos.

La publicidad es de suma importancia ya que mediante ella se va a dar a conocer la presentación del acuerdo a todos los acreedores que no formaron parte de dicho acuerdo, ya sea porque no dieron su conformidad o porque no fueron denunciados por el propio deudor para lograr así su eventual presentación.

El artículo 74 indica cómo se debe realizar dicha publicidad: *La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha a conocer mediante edictos que se publican por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un (1) diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los*

edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.

Podemos observar que la publicación de los edictos en la jurisdicción o en caso de más de una jurisdicción, no difiere ni presenta algún tipo de incompatibilidad con los artículos 27 y 28 de la LCQ respecto del acuerdo preventivo en el marco de un proceso judicial.

El diario de publicaciones legales en la provincia de La Pampa es el Boletín Oficial. La elección del diario de gran circulación se considerará en cada caso concreto –apreciación que debe ser realizada el juez –.

Si bien el artículo 74 de la LCQ no establece de forma específica que contenido deben presentar, se tendrán en consideración ciertos recaudos mínimos, dichos edictos deberán contener la caratula y radicación del APE, los datos del deudor y de los socios con responsabilidad ilimitada en su caso, y el plazo para que los acreedores puedan presentar oposiciones.

Este plazo para las oposiciones se debe indicar ya que no es fijado por el juez, sino que corre a partir de la última publicación.

6.4.- Abuso del derecho

Es dable considerar y nuestra ley concursal parece no ofrecer dudas sobre el asunto, que todo acuerdo ya sea en el marco de un proceso judicial o extrajudicial lleva implícita una propuesta. Por lo tanto no escapa al APE la disposición del artículo 52 inciso 4 de la LCQ que indica: "*En ningún caso el juez homologara una propuesta abusiva o en fraude a la ley"*.

Dicho esto profundizaremos en el asunto.

<u>Acuerdo abusivo</u>

Lo dicho anteriormente se corresponde a la materia que nos ocupa con el poder de negociación y pautas contractuales que el deudor puede imponer a sus acreedores. Serán abusivas las propuestas que tengan cláusulas que importe una desnaturalización del derecho de los acreedores o que imponga a alguno de ellos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría[9]

[9] Revista de derecho privado y comunitario, 2002-3: Concursos 1/ALEGRÍA Héctor 1° ed. Rubinzal-Culzoni, pág 115.

Si bien es acertado decir que las condiciones de negociación entre deudor y acreedores se verán afectadas por la realidad que impera en la economía del primero, y esto se va a trasladar a condiciones de quita y/o espera, la razonabilidad es un imperativo que no debe incumplirse.

Ahora bien, el abuso para configurarse debe corresponderse en una clara imputabilidad en la persona del deudor y generar daños a los acreedores. Entendemos que la valoración de estos extremos, que le corresponden al juez, será realizada atendiendo principalmente el fin del instituto el cual recordamos es superar su estado patrimonial y no una mera quita de pasivo.

Como pautas de valoración que debe considerar el juez nos encontramos ante la buena fe, la moralidad de las pautas del acuerdo y las buenas costumbres.

a) ¿Cómo definimos al abuso del derecho?

En simples palabras diremos que es el ejercicio de un derecho excediendo los límites de buena fe o el fin por el cual fue conferido ese derecho, la moral y las buenas costumbres.

El mismo lo encontramos regulado en el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 10 y el cual postula: *"Abuso del derecho. 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 considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".*

En palabras de Casadío Martínez: "(…) frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito"[10]

[10] CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A. "El abuso del derecho y su inclusión en el proyecto del Código Civil y Comercial unificado". MJ-DOC-6175-AR | MJD6175

b) El abuso en el derecho concursal.

En los procesos concursales se pueden evidenciar conductas contrarias al fin propuestos por la normal o a la buena fe. Y ello se manifiesta tanto por parte del deudor como así por parte de los acreedores.

Con el paso del tiempo se han ido desarrollando ciertos presupuestos que permiten identificar cuando nos encontramos frente a una situación de abuso. Algunos de ellos son:

a. Representatividad de los acreedores. Es decir, cuanto mayor sea el número de acreedores que prestaron conformidad a dicho acuerdo, menos estricto debe ser el juez a la hora de considerar este punto.
b. La razonabilidad de la propuesta. Siempre teniendo en cuenta la situación patrimonial en la que se encuentra el deudor y los bienes que presenta para poder hacer la mejor propuesta que este a su alcance y así llegar a un acuerdo, el cual también sea beneficioso, para con sus acreedores.
c. Que el sacrificio impuesto a sus acreedores sea el menor posible. Esto se debe a que los acreedores son quienes van a soportar tanto la quita y/o la espera, por lo que el deudor al realizar una propuesta, que también está pensada en su beneficio, no debe perjudicar de modo excesivo a sus acreedores por lo que ambos tendrán que ceder en determinadas cuestiones y así lograr el mayor beneficio en ambos. En este sentido se ha pronunciado la Corte en el fallo "Arcángel Maggio S.A": "(…) también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la perdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva".
d. Confrontación el dividendo de liquidación en caso de quiebra. Es decir, que el acreedor debería conseguir una propuesta en la que le permita cobrar más que aquello podría obtener el caso en que se liquiden y distribuyan el producido de los bienes debido a la quiebra posterior del deudor.

Se debe tener en cuenta que la legislación sobre concursos y quiebras no se encuentra aislada o independiente del derecho consuetudinario, sino que forma parte del mismo, por lo que no hay razón para que la aprobación del acuerdo no se valore en función de su compatibilidad con los principios superiores del orden público y el interés general. Es por esta razón y sobre la base de estos principios, que el juez no puede acotar su análisis a la mera cuestión formal que presenta el acuerdo, sino que debe merituar si este último es compatible con los principios superiores de orden legal, sin descuidar los propósitos de los procedimientos de quiebra y los principios generales que

los inspiran, entre los cuales podemos mencionar: la conservación de la empresa; la protección del crédito y del comercio en general; la prevención del fraude; y la descalificación de las propuestas "abusivas".

6.4.1.- Reseña sobre el fallo "Arcangel Maggio S.A"

En primer lugar un juez de primera instancia homologó una propuesta de acuerdo entre la deudora y sus acreedores, consistente en el pago del 40% del monto total de los créditos, en 20 cuotas anuales, con vencimiento la primera de ellas a los sesenta meses de la homologación.

El fallo fue revocado en segunda instancia por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con una interpretación polémica de la legislación vigente en ese momento, ya que si bien utiliza como uno de sus fundamentos la disposición de un artículo derogado, en simultáneo elabora un razonamiento lógico en armonía con las modificaciones vigentes que le dan sustento jurídico a una sentencia que impugna como abusivo a un acuerdo preventivo entre la deudora y sus acreedores.

Arcángel Maggio S.A. llega en queja a la C.S.J.N., impugnando de arbitrario el fallo de Cámara, y nuestro máximo tribunal no solo confirma la sentencia que anula la homologación de un acuerdo abusivo sino que además nos entrega pautas valorativas respecto a la configuración del abuso del derecho.

Siendo el abuso del derecho un concepto jurídico indeterminado, dice la Corte "…los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas."

Fortaleciendo este criterio valorativo en el marco de un acuerdo preventivo, señala que "... el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva."

Así, concluye diciendo que la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación. Esto en el marco de las facultades del juez para no homologar un acuerdo abusivo o fraudulento, tal como indica el art. 52 inc. 4 de la LCQ.

6.5.- Fraude a la ley

Otra causal que impide la homologación del acuerdo es el fraude a la ley, regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 12: "*Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".* En su segundo párrafo enuncia: "*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir."*

Este extremo debe ser entendido como la acción u omisión, con el fin de procurar la aplicación de una norma que de no existir tal conducta, no resultaría aplicable.

Esta conducta también abarca el fraude en perjuicio de terceros, pero claro es que tendrá distintas significancias que el fraude a la ley, dado que con el fraude a la ley el perjuicio se causa a intereses superiores de la comunidad (violación del orden público, a modo de ejemplo) y en el fraude en perjuicio de terceros el daño recae sobre el particular.

A modo de aclarar, el deudor al apartarse de un imperativo legal en sentido de otro más beneficioso a sus intereses inmediatamente pretende, claro, beneficiarse pero así mismo busca perjudicar los intereses de su acreedor. Este modo de actuar produce una afectación a intereses superiores de la comunidad –como mencionamos anteriormente –que aunque mediatos, no son menos importantes.

7.- OPOSICIÓN DE ACREEDORES

Debido a que el acuerdo preventivo extrajudicial no contamos con un periodo informativo, lo que la ley hace es abrir un periodo de oposiciones.

Cito artículo 75: *Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inciso 2), del artículo 72. La oposición deberá presentarse dentro de los diez (10) días posteriores a la última publicación de*

edictos, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73. De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del periodo probatorio.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo.

La regulación de honorarios, en caso de existir impugnaciones, será efectuada por el juez teniendo en cuenta exclusivamente la magnitud y entidad de los trabajos realizados por los profesionales en el expediente, sin tomar en cuenta el valor económico o comprometido en el acuerdo, ni el monto del crédito impugnante.

Puntualizamos:

a) Legitimados: solo pueden oponerse los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos. Es decir aquellos que tienen un interés legitimo en la posición.
b) El interesado acreditará sumariamente, con documentos o recurriendo a medidas de rápida producción (diez días), la calidad invocada[11] . La acreditación de la calidad que presente, la existencia del crédito y su exigibilidad son indispensables para que no sea denegada su oposición.
c) El plazo para dicha oposición será de diez días posteriores a la última publicación de edictos. Se tomara en cuenta la última publicación que se haya realizado teniendo en cuenta todos los periódicos en que se haya realizado. Además se debe tener en consideración que los 10 días, en el proceso concursal, van a contar en días hábiles –excepto que haya expresa disposición en contrario –.
d) Causales: dichas causales son omisiones o exageraciones del activo o pasivo, como en la inexistencia de mayorías requeridas por el art 73.

   Existe omisión o exageración del pasivo cuando el deudor denuncia deudas inexistentes o cuando las mismas son de un monto inferior. Por cuanto a la omisión o exageración del activo, se toman a consideración aquellas circunstancias que pueden influir a la hora de dar o no el respectivo consentimiento por parte de los acreedores.

   Respecto a la inexistencia de las mayorías, alcanza compulsar los votos obtenidos, con el pasivo del deudor para verificar si se consiguió el porcentaje que se exige legalmente.
e) Se abrirá a prueba de ser necesario, por el plazo de diez días.

[11] MAFFÍA Osvaldo J. “Manual de concursos” Tomo I, La Roca 1997, pág. 435

f) Regulación de honorarios: los honorarios son la redistribución del trabajo realizado por el profesional. En el caso del APE no se presenta en valores rígidos es decir el valor económico de la actuación realizada, sino que se tienen en cuenta parámetros generales y sujetos a valoración judicial; por lo que el juez regulará los honorarios teniendo en cuenta la magnitud y entidad de los trabajos realizados. Es decir, que encontramos una clara contraposición respecto al acuerdo judicial, en el cual encontramos que los honorarios se regulan median determinado porcentaje –del 1% al 4% por ejemplo -en principio, de igual manera estos podrán verse modificados debido a la magnitud o dificultad del trabajo que deba realizar el profesional, es decir que en esos casos se va a tener en consideración los mismos parámetros que encontramos respecto al APE.

8.- EFECTOS

8.1.-Efectos de la homologación

El artículo 76 de la LC refiere a los efectos de los homologación: *El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta Sección produce los efectos previstos en el artículo 56, y queda sometido a las previsiones de la Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley.*

A modo de aclarar y puntualizando sobre algunos de los temas, la homologación va a producir efectos sobre todos los acreedores quirografarios de causa o título anterior, hayan dado o no su conformidad, este les será impuesto. También se va a extender a los socios con responsabilidad ilimitada.

Respecto a la remisión del artículo 56 de la LCQ sostenemos que son equiparables los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial homologado a los del acuerdo preventivo judicial. El artículo 56 indica: "*Aplicación a todos los acreedores. El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento".* En el segundo párrafo este agrega: *"También produce iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados verificados, en la medida en que hayan renunciado al privilegio"*

En la ley de concursos y quiebras podemos ver que no se encuentra establecido el momento en que se debe renunciar a dicho privilegio, por lo tanto se entiende que este se puede realizar antes, durante e incluso después de la homologación. Pero la importancia que tiene el momento en que se realiza la respectiva renuncia es por los efectos que esta produce sobre el régimen de mayorías que

se necesitan para solicitar la homologación, es decir importante aclarar entonces que la renuncia del privilegio va a cobrar relevancia cuando se haya efectivizado con anterioridad a la presentación del acuerdo[12]

Respecto a los socios con responsabilidad ilimitada, los encontramos en la remisión del artículo 56 en su cuarto párrafo que indica: *"Socios solidarios. El acuerdo se extiende a los socios ilimitadamente responsables, salvo que, como condición del mismo, se estableciera mantener su responsabilidad en formas más amplia respecto de todos los acreedores comprendidos en él"*. Del mismo se extrae que el acuerdo se extenderá a dichos socios que respondan por todo el pasivo, salvo que de manera expresa se haya establecido en el acuerdo que los efectos no se extiendan a los mismos.

Ahora, al hablar de novación nos remitimos al artículo 55 de la LCQ, en el que se postula: *"En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior del concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios"*.

Respecto a los efectos novatorios nos encontramos con opiniones diversas al entender que se deben aplicar o no los efectos de la novación, algunos de sus argumentos son los siguientes.

La postura restrictiva indica que:

- Al no haber declaración expresa legal, la novación no debe presumirse y salvo convención expresa, el artículo 55 de la LCQ, solo alcanza al acuerdo preventivo judicial.
- La remisión genérica al artículo 55 de la LCQ no alcanza para su aplicación automática.
- Además en el APE se privilegia la autonomía de la voluntad y la libertad de contenido, por lo que se entiende que la novación debe estar expresamente convenida si se pretende aplicar sus efectos.

La posición contraria, iguala los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial a los del concurso preventivo en el marco de un proceso judicial, basados en que:

- La ley indica que se debe aplicar el artículo 55 de la LCQ
- Hay novación cuando se cambia algún elemento esencial de la relación jurídica y en este caso nos centraríamos en la causa, es decir el acuerdo homologado.

[12] MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Acuerdo Preventivo Extrajudicial", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p 394

Sobre el incumplimiento del acuerdo preventivo extrajudicial, se aplicará el artículo 63 de la LCQ, el mismo se encuentra en el Capítulo V y menciona: *"Pedido y trámite. Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo. Debe darse vista al deudor y los controladores del acuerdo. La quiebra debe declararse también, sin necesidad de petición, cuando el deudor manifieste en el juicio su imposibilidad de cumplir el acuerdo, en lo futuro"*.

Esto indica que nos vamos a encontrar ante un incumplimiento cuando:

a) el deudor no cumpla total o parcialmente el acuerdo,
b) no cumpla con la constitución de las garantías,
c) el deudor manifieste la imposibilidad de cumplir el acuerdo.

Entonces si se homologa el acuerdo y posteriormente el deudor no cumple con el mismo, por cualquiera de los motivos que fueron mencionados anteriormente, se va a poder decretar la quiebra al deudor.

8.2.- Efectos de la no homologación

El rechazo de la homologación del acuerdo no implica la declaración de quiebra, pues la ley no prevé dicha sanción.[13] Por lo que a partir de la no homologación, el deudor podrá:

a) Intentar un nuevo acuerdo;
b) Presentarse en concurso preventivo;
c) Pedir su propia quiebra.

9.- PROBLEMÁTICA SOBRE LOS LIBROS DE COMERCIO

En primer lugar debemos señalar que en el concurso preventivo (artículo 11 inc.6, LCQ) se exige al deudor que ponga a disposición del juzgado los libros de comercio, cuestión que no es exigida en el APE.

[13] Conf. CNCom., Sala D, "Banco Hipotecario SA", 28.4.06, ED 219-390

La enumeración que el deudor debe realizar de sus libros es amplia y comprender en primer lugar los libros obligatorios exigidos por el Código Civil y Comercial –libro diario, de inventario y balances –debe enumerar en definitiva cualquier tipo de libro de comercio y de otra naturaleza que lleve.

Cuestión debatida es el caso del deudor que no tuviera obligación de llevar libros o aun teniendo dicha obligación no llevare contabilidad o lo hiciere irregularmente.

Para el caso, ROUILLON sostiene que los requisitos de homologación enumerados en el artículo 72 de la LCQ indican que el sujeto deudor que no lleva ninguna clase de registración contable -aunque rudimentarias- que posibilite la certificación del contador de su activo y pasivo, no pueden acceder al APE.

Debe contarse con elementos mínimos de registración que sean sustento de la posición en que se encuentra el deudor. Además, la ley no exige que se deba ser comerciante, por lo que cabe descartar toda idea de rechazar un pedido de homologación por esta circunstancia (ausencia de libros de comercio) y se debe permitir el acogimiento a los estrados judiciales a toda clase de deudor que no sea comerciante.

Respecto del comerciante no matriculado, sostiene Heredia que no está previsto que "la homologación pueda ser denegada por no llevar el deudor libros de comercio, carecer de contabilidad o ser ella insuficiente o irregular, aspecto este relacionado con la posibilidad de que esta clase de deudor también pueda ser parte sustancial del contexto examinado… lo que la ley pretende mediante las exigencias documentales del artículo 72, LCQ, jamás podrá tener el sentido de un puro formalismo (el cual ni siquiera ha sido así considerado por la doctrina y la jurisprudencia en relación a los recaudos del art 11, LCQ) sino que lo querido es que el deudor brinde una información suficiente que posibilite el ejercicio del derecho de oposición previsto por el art 75. En este sentido, lo dispuesto en el art 72, LCQ, debe considerarse cumplido sí, no obstante no contara el deudor con libros de comercio o registros contables, puede por la presentación de otros medios documentales trasmitir esa misma información" Luego agrega "que la falta de registraciones contables del deudor y la correlativa imposibilidad de cumplir acabadamente lo dispuesto por el art 72, inc 4 LCQ, (hipótesis en la que podría encontrarse, p. ej., el comerciante de hecho, no matriculado), no debe entenderse como un óbice definitivo a la admisibilidad de la petición de homologación, ni deducirse de ella una falta de legitimación de aquel para obtener lo propio. Por el contrario, el recaudo deberá ser cumplido con referencia a la documentación, de cualquier índole, que resulte en poder del deudor, o como dice Maffía, con referencia a los libros que sí lleve el

deudor, cualesquiera que sean. Se trata, en fin, de un requisito genérico que jamás debe conducir a la exclusión de dicho deudor como posible sujeto del trámite autorizado en esta parte de la ley”[14]

10.-CONCLUSIÓN

Al hablar del Acuerdo Preventivo Extrajudicial nos adentramos en una de las tantas herramientas que el legislador decidió introducir en la ley 24.522 con motivo de las profundas crisis que afronto nuestro país tanto a nivel económico y financiero, como también social.

Como se pudo apreciar, dicha herramienta representa un mecanismo ultra preventivo de crisis que no solo flexibiliza trámites y procura suprimir tiempos procesales muchas veces irrisoriamente extensos que pueden ser contraproducentes para el objeto del deudor y de sus acreedores que es sanear su economía, si no también torna más amplio un concepto que es base en toda nuestra legislación concursal como es la cesación de pagos, permitiendo al deudor acceder al APE aún no encontrándose en aquel estado patrimonial.

En definitiva, siendo simple y buscando emular al APE en ese sentido, nos encontramos ante una alternativa ágil y dinámica que pretende ser puerta de emergencia para la persona de negocios que desarrolla su actividad en un contexto muchas veces adverso.

[14] HEREDIA Pablo, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Editorial Ábaco, T2, p.584 y 589, en el mismo sentido TRUFFAT Edgardo Daniel, APE un instituto concursal que carece de verificación de créditos, pero que requiere de alguna suerte de determinación del pasivo, La Ley, Sup. Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 15/11/2004, 85; ANCHÁVAL Hugo Alberto, deudores sin contabilidad y registros contables ¿Puede recurrir al APE? LA LEY 2007-D, 739. Citado por Sitio Web, www2.jus.mendoza.gob.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5098021783 en fecha 03 de noviembre de 2016.

11.- BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, Héctor. “Revista de derecho privado y comunitario”. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2002-3
- HEREDIA, Pablo. “Tratado exegético de derecho concursal”, T II, Editorial Ábaco, 2002
- MAFFÍA, Osvaldo J. “Manual de concursos”, T I, ediciones La Roca, 1997
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”. Editorial Ábaco, 2003
- RIVERA, Julio César. “Derecho concursal”, T II, La Ley, 2014
- RIVERA, Julio César. ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel R. “Ley de Concursos y Quiebras”, 3° ed. Act. Rubinzal-Culzoni, 2005
- ROULLIÓN, Adolfo A. “Régimen de concursos y quiebras. Ley 24522.” Editorial Astrea, 2005