

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y
JURÍDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES
TEÓRICAS RECIENTES**

**EL ABUSO DEL DERECHO Y
LA TERCERA VÍA EN EL
PROCESO CONCURSAL**

Alumnos: **ROLHAISER, Patricia Lucía- URUEÑA, María José**

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: **DERECHO COMERCIAL II**

Profesor: **CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A.**

Lugar: **SANTA ROSA**

Año que se realiza el trabajo: **2019**

Introducción

Para abordar el estudio del “**Abuso del derecho y la tercera vía**”, eje central del presente trabajo, y también, visualizar como esta novedad en muchas oportunidades roza los límites impuestos por el derecho, llevaremos adelante un análisis pormenorizado de la jurisprudencia que le dio lugar a la misma. Pero previamente es imprescindible examinar, al menos con carácter general y de manera sintetizada, lo que conocemos como “concurso” y las variantes existentes dentro del mismo. La legislación vigente en nuestro país reconoce dos tipos de concursos: el concurso preventivo y la quiebra, pero es al primero de ellos al que dedicaremos toda nuestra atención.

Para introducirnos en el tema principal podemos adelantar que, luego de transcurridas todas las etapas pertinentes, llegaremos al momento de la homologación del convenio, regulado en el art. 52 de la ley n° 24.522 de Concursos y Quiebras.

Es allí donde en el inciso 4° hace mención a la prohibición del juez de homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, pero, ¿Qué es el abuso del derecho? ¿Cómo se configura? Son interrogantes que trataremos de dilucidar en el transcurso de esta tesis, y además, algo sumamente importante como poder visualizar cuáles son sus consecuencias.

Pero más relevante aún es que el abuso en la propuesta por parte del concursado nos abre camino para poder determinar, en el caso concreto, los parámetros de la tan discutida tercera vía y su posible aplicación.

Y así, finalizado el estudio exhaustivo de este instituto, llegar a la conclusión de si se encuentra o no dentro del marco de la legalidad, y si constituye una verdadera oportunidad para el concursado de evitar la quiebra según las diversas jurisprudencias analizadas.

Índice

Introducción	1
Índice.....	2
1. Concurso preventivo	4
1.1. Concepto.....	4
1.2. Presupuestos para su existencia.....	4
1.3. Principios rectores del derecho concursal.....	6
1.3.1. Universalidad.....	7
1.3.2. Concursalidad.....	7
1.3.3. Paridad entre los acreedores.....	8
1.3.4. Oficiosidad e inquisitorialidad.....	9
1.4. Presentación y apertura.....	10
1.4.1. Requisitos sustanciales.....	10
1.4.1.1. Sujetos.....	10
1.4.1.2. Representación.....	11
1.4.2. Requisitos formales.....	12
1.4.3. Oportunidad de solicitarlo.....	14
1.5. Apertura del concurso.....	15
1.5.1. Generalidades.....	15
1.5.2. Resolución de apertura.....	19
1.5.3. Desistimiento.....	21
1.6. Efectos de la apertura del concurso.....	22
1.6.1. Efectos con relación al concursado.....	22
1.6.2. Efectos con relación a los acreedores.....	24
1.6.3. Efectos con relación a los contratos.....	25
1.6.4. Efectos con relación a los juicios contra el concursado.....	26
1.7. Periodo informativo.....	27
1.7.1. Proceso de verificación de créditos.....	27

1.7.2. Informe individual del síndico.....	29
1.7.3. Informe general del síndico.....	31
1.8. Acuerdo preventivo.....	33
1.8.1. Propuesta de categorización de acreedores.....	33
1.8.2. Periodo de exclusividad.....	35
1.8.3. Plazos para obtener la aprobación del acuerdo preventivo.....	37
1.9. Homologación del acuerdo.....	38
2. Abuso del derecho en la propuesta concursal.....	43
2.1. Casos donde se configura el abuso en la propuesta concursal.....	46
2.2. Casos donde no se configura el abuso.....	47
2.3. La novedad jurisprudencial.....	47
3. La tercera vía.....	48
3.1. Origen jurisprudencial de la tercera vía.....	50
3.2. Fundamento de la tercera vía.....	53
3.3. Posturas adversas a la tercera vía.....	56
Conclusión.....	59
Bibliografía.....	62
Jurisprudencia consultada.....	63

1. Concurso preventivo

1.1. Concepto

El concurso preventivo, es un proceso tendiente a lograr un acuerdo entre el deudor y los acreedores para superar el estado de cesación de pagos y evitar la quiebra, solo procede a pedido del propio deudor. Se puede decir que se trata de un proceso concursal de prevención o de reorganización.

En cambio la quiebra, es un proceso por el cual se liquidan todos los bienes del deudor para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. La quiebra puede ser directa, cuando es pedida por el deudor o algún acreedor. O indirecta cuando fracasa el concurso preventivo.

La ley de concursos también refiere a un tercer instituto que se denomina Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

1.2. Presupuestos para su existencia

Para iniciar un proceso concursal deben reunirse dos presupuestos:

El objetivo: que se refiere al patrimonio.

El subjetivo: que refiere al sujeto titular de dicho patrimonio.

Como presupuesto objetivo principal es indispensable que el deudor se encuentre en “estado de cesación de pagos” receptado por el artículo 1 LCQ 24.522.

De conformidad a lo expuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo “*Inkwil S.A sobre quiebra*”, la cesación de pagos no es un incumplimiento sino un estado del patrimonio, razón por la cual, los hechos reveladores de aquel deben tender a

acreditar que el deudor se halla económicamente, en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones en una forma general¹.

Para que efectivamente exista estado de cesación de pagos, deberían reunirse las siguientes características:

- 1- En principio debemos tener en cuenta que no se trata de un simple incumplimiento, si no de un estado del patrimonio.
- 2- Impotencia del patrimonio para hacerle frente a las obligaciones.
- 3- Que el estado sea generalizado y permanente.
- 4- Que se exteriorice por hechos reveladores.

La ley n° 24.522 enumera en su artículo 79, ciertos hechos que pueden ser considerador reveladores del estado de cesación de pagos. El juez será quien deba determinarlo y dicha enumeración no es taxativa.

Art. 79 LCQ- Hechos reveladores. Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entro otros:

- 1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor.*
- 2) Mora en el cumplimiento de una obligación.*
- 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.*
- 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.*
- 5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.*

¹ Cámara Nacional en lo Comercial- Sala A- 13/02/2009- "Inkwil S.A s/ Quiebra".

6) *Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.*

7) *Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.*

El artículo 2 de la LCQ, recepta el aspecto subjetivo del concurso, determinando la concursabilidad de los sujetos, es decir, aquellos que pueden ser concursados. Incluye a las personas de existencia visible, las personas ideales de carácter privado y las sociedades con participación estatal. Y da también la posibilidad de concursar el patrimonio del fallecido. La norma se complementa con el art. 5º de LCQ, que se refiere a los sujetos que pueden pedir la formación de su concurso preventivo¹, haciendo mención a que son los mismos e incluyendo además a las personas de existencia ideal en liquidación².

Atento a que la legislación argentina adhiere al concepto amplio respecto del presupuesto subjetivo llegamos a la conclusión de que todos los sujetos de derecho son concursables; ese es el sentido legal, entonces debe entenderse que en principio las únicas excepciones son las estipuladas legislativamente.

Es importante destacar que a los efectos de la petición del concurso como la declaración de la quiebra, es indiferente que el deudor sea o no comerciante³.

No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por las leyes nº 20.091⁴, 20.321⁵ y 24.241⁶, así como las excluidas por leyes especiales.

1.3. Principios rectores del derecho concursal

² Graziabile, Darío J.- Derecho Concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 58.

³ C. N en lo Comercial- Sala D- 06/07/79- "Agesta Adolfo E. s/ pedido de concurso civil por Arias Eduardo D.".

⁴ Ley nº 20.091 "Ley de entidades de seguros y su control".

⁵ Ley nº 20.321 "Ley de asociaciones mutuales".

⁶ Ley nº 24.241 "Sistema integrado de jubilaciones y pensiones".

1.3.1. Universalidad

El patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores queda involucrado en su totalidad en el proceso concursal. Así expresamente lo determina el art. 1, segundo párrafo de la LCQ, salvo excepciones determinadas por ley.

En pos de la operatividad de este principio, la ley procura la intangibilidad del patrimonio, a través de las acciones recuperatorias o de integración patrimonial, por lo que el principio tiene aplicación temporal diversa, se extiende del pasado al presente, y de este al futuro, con tope en el cese de la inhabilitación del fallido⁷. Y además ésta universalidad de bienes, como principio, está asegurada por la separación jurídica que se opera entre patrimonio y deudor titular, en sentido de que este solo puede enriquecer el patrimonio incautado pero no empobrecerlo⁸.

1.3.2. Concursalidad

Como principio fundamental del proceso concursal, la concursalidad impone que todas las cuestiones patrimoniales sean resueltas en un único procedimiento y por un solo juez. Hablamos de universalidad de conocimiento, la sustitución del procedimiento contencioso y todas las relaciones extrajudiciales, por su acumulación temporal y procedimental en el trámite del concurso⁹. Este principio también se ha entendido como la reunión en un solo proceso de todos los acreedores, por eso también se lo llama concurso de acreedores.

⁷ García Martínez, Roberto- Derecho concursal- Ed. Abeledo-Perrot- 1997- p. 39.

⁸ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 85.

⁹ Richard Efraín H.- En torno a la concursalidad en la nueva ley de concursos- p.58 y 61.

La concursalidad tiene íntima relación con la concurrencia de acreedores, la primera somete a la ley y al procedimiento concursal las obligaciones por causa o título anterior y la segunda les impone a los acreedores titulares de dichas obligaciones la carga de la verificación para poder participar en aquel. La nota típica de la concursalidad es el fuero de atracción y el de la concurrencia es la verificación. La concurrencia de acreedores significa la aplicación práctica dentro del proceso de la concursalidad, esto es, la colectividad de acreedores. La ley determina en el segundo párrafo del art. 78 de la LCQ, que no es necesaria existir la pluralidad de acreedores, es decir que puede existir concurso con un solo acreedor.

1.3.3. Paridad entre los acreedores

La concursalidad que venimos estudiando viene ligada a la “par condicio creditorum”, o principio de igualdad entre los acreedores, que en la actualidad, viene siendo una “igualdad entre iguales” o una “igualdad en igualdad de condiciones” y no una igualdad absoluta –esto debido al régimen de preferencias y privilegios existentes en materia concursal-; se trata de un trato paritario.

Sin embargo, esa paridad contemporáneamente se ve limitada por un enorme caudal de preferencias que contiene la normativa concursal¹⁰, aunque estas no afectan la sustancia del principio analizado porque las relaciones se presentan ya al concurso como desiguales y puede decirse que no son excepciones si no parte de la regla, pero circunscribiendo su contenido fundamental.

La par condicio es un principio que actúa en protección del interés general, que indirectamente recae sobre el interés individual de los acreedores, como medio de

¹⁰ Maffía, Osvaldo J.- “Prior in tempore vs. “Par condicio”- p. 87

preservación ética en los procesos concursales. Y en la práctica eso se ve plasmado en la relación entre el concursado y sus acreedores, imposibilitándose que aquel otorgue ventajas a alguno de estos y que en las relaciones entre acreedores prohibiéndose uno o algunos se vean perjudicados por otro u otros¹¹.

1.3.4. Oficiosidad e inquisitoriedad

como consecuencia de los principios mencionados anteriormente nacen la oficiosidad y la inquisitoriedad del proceso concursal, lo que importa el impulso y disposición procesal que se encuentra a cargo del oficio del concurso, esto es, el juez como director del proceso y la sindicatura como funcionario técnico económico – contable.

Los principios si bien son similares no son iguales. La oficiosidad la relacionamos con deberes del oficio del concurso para llevar adelante el proceso tomando las medidas que crea necesarias para instarlo; y la inquisitoriedad, disposición del proceso por el oficio concursal, se relaciona con facultades dentro del proceso para la investigación procesal sin necesidad de que las circunstancias sean introducidas por las partes, es decir que existe un impulso procesal oficioso y un conocimiento inquisitivo. Sin embargo, ambos principios coinciden en que los poderes del juez -o del oficio de la quiebra, así queda incluido el síndico- son acrecidos no solo cuantitativamente sino respecto de las decisiones a tomar.

¹¹ García Martínez, Roberto- Derecho Concursal- Ed. Abeledo-Perrot- 1997- p. 32 y 88.

Declarado el concurso, el que no se instaura de oficio, el juez impulsa el proceso (aspecto procesal) y recurre a las instituciones y remedios más aptos, aun sin petición de parte de otro órgano (aspecto sustancial)¹².

Luego de la reforma de la ley 26.086 también existe la posibilidad de que le juez autorice el pronto pago laboral ex officio (art.16 segundo párrafo, LCQ).

Lo cierto es que el juez actúa la mayoría de las veces en forma inquisitiva, y rara vez en forma oficiosa.

En cuanto la inquisitoriedad o poder investigativo del oficio concursal, entendemos que tiene sus límites impuestos por la Constitución Nacional y la garantía del debido proceso (art. 18 CN).

Debemos dejar en claro que esto no afecta a los derechos de los deudores y acreedores sino que el oficio de la quiebra insta el proceso en forma oficiosa y produce cognición en forma inquisitiva, sin suplir cargas procesales de las partes.

1.4. Presentación y apertura

1.4.1. Requisitos sustanciales

1.4.1.1. Sujetos

La legitimación activa para demandar el concurso preventivo de un sujeto en estado de cesación de pagos es exclusiva del deudor in malis¹³.

¹² Alegría, Héctor- Algunas cuestiones de derecho concursal- p. 97.

¹³ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 221.

Cuando examinamos el tema del presupuesto subjetivo concursal, dejamos sentado un criterio amplio de presentación concursal y sus excepciones que quedan reducidas a ciertas leyes especiales, mencionadas anteriormente.

1.4.1.2. Representación

Esta cuestión está regulada en el art. 6 y siguientes de la LCQ, analizando por separado cada uno de los sujetos y a debida representación que requieren.

La presentación o petición de las personas de existencia ideal debe ser hecha por medio de su representante legal y en su caso cuando la representación- administración no sea unipersonal debe tener la previa resolución del órgano de la administración. Por ejemplo, si se trata de una S.A, el pedido de apertura lo debe firmar el presidente del directorio, y estar autorizado para ello por una decisión previa del mismo directorio, que debe ser acompañada a la presentación en copia certificada por escribano o por el mismo secretario del tribunal¹⁴. Debe ratificarse en un plazo de 30 días, acompañando constancia de la resolución de continuar el trámite adoptada por el órgano de gobierno.

Algo similar sucede con los incapaces e inhabilitados, donde los solicita su representante legal, debiendo ratificar también dentro del plazo de 30 días por el juez que declaró la incapacidad o inhabilitación, previa vista al Ministerio Pupilar.

Respecto al patrimonio de la persona fallecida, puede pedirlo cualquiera de los herederos, pero al igual que en los supuestos anteriores la ratificación deberá hacerse dentro de los 30 días por los restantes herederos.

¹⁴ Rivera, Julio Cesar- Instituciones de derecho concursal, Tº 1- Ed. Rubinzal-Cunzoni- p. 296.

Si no cumple con este requisito se produce la cesación del procedimiento de pleno derecho, implicando el desistimiento de la petición.

1.4.2. Requisitos formales

Los requisitos con que debe ser acompañada la presentación se encuentran enumerados taxativamente en el art. 11 de la LCQ. Haremos una breve mención de ellos:

1) Los deudores matriculados y las personas de existencia ideal regularmente constituidas, acreditar la inscripción en los registros respectivos. Las últimas acompañarán, además, el instrumento constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones pertinentes. En cuanto a las demás personas de existencia ideal que no se encuentran regularmente constituidas, deberán acompañar los instrumentos constitutivos y sus modificaciones.

2) Expresar las causas concretas de su situación patrimonial indicando la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado, es decir, hechos reveladores.

3) Acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con dictamen suscripto por contador público nacional.

4) Acompañar copia de los balances u otros estados contables exigidos al deudor por las disposiciones legales que rijan su actividad, correspondientes a los TRES (3) últimos ejercicios.

5) Acompañar nómina de acreedores, (indicando sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores, privilegios, etc.) Además, debe

acompañar un legajo por cada acreedor, en el cual conste copia de la documentación sustentatoria de la deuda denunciada, con dictamen de contador público sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y sus registros contables o documentación existente y la inexistencia de otros acreedores en registros o documentación existente. Debe agregar el detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.

6) Enumerar precisamente los libros de comercio y los de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado, en cada caso, y ponerlos a disposición del juez, junto con la documentación respectiva.

7) Denunciar la existencia de un concurso anterior y justificar, en su caso, que no se encuentra dentro del período de inhabilitación, es decir el período durante el cual el deudor tiene prohibido volver a solicitar su concurso preventivo, o el desistimiento del concurso si lo hubiere habido.

El escrito y la documentación agregada deben acompañarse con DOS (2) copias firmadas.

8) Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público.

Además de todos estos requerimientos manifestados en el artículo antes mencionado, el inc. 7 en su segunda parte otorga una especie de plazo de gracia de 10 días, para el caso

de que el deudor haya omitido cumplir con alguno de los requisitos. El juez será quien deba determinar si es correspondiente concedérselo, siempre que la causa del incumplimiento haya sido debidamente fundada. Según Rivera, en la práctica el plazo siempre se concede porque es virtualmente imposible cumplir con los estados de activo y pasivo y nómina de acreedores y legajos que deben ser confeccionados a la fecha de la presentación¹⁵.

Otro requisito formal no menos importante que los anteriores es que en el primer escrito que se presente el deudor debe constituir domicilio procesal en el lugar de tramitación del juicio, bajo apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados del juzgado.

1.4.3. Oportunidad para solicitarlo

El concurso preventivo puede solicitarse mientras no se haya declarado la quiebra. Debe dejarse a salvo el caso de conversión de la quiebra en concurso preventivo, prevista en el art. 90 de la LCQ.

El concurso preventivo puede solicitarse existiendo pedidos de quiebra pendientes, lo que impide la presentación es la quiebra decretada, aunque no se encuentre firme¹⁶.

El art. 10 de la LCQ dispone la prevalencia del concurso preventivo por sobre los pedidos de la quiebra, pero dicha prevalencia solo juega para el caso de que aun no se haya dictado la sentencia de quiebra por el juez.

¹⁵ Rivera, Julio Cesar- Instituciones de derecho concursal, Tº1- Ed. Rubinzal-Cunzoni- p. 306.

¹⁶ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p.233.

Se ha resuelto que la presentación en concurso preventivo realizada el mismo día que se ha decretado la quiebra del sujeto tiene los mismos efectos prevalentes que la efectuada con anterioridad, porque los términos se cuentan por días y no por horas. Y también si por no tener conocimiento de la petición del concurso preventivo se declaró la quiebra, debe dejar sin efecto ésta, para proceder a sustanciar la petición¹⁷.

Por su parte también jurisprudencia plenaria de la Cámara Civil y Comercial de Rosario en el fallo “Celulosa Argentina S.A” del 15/04/1982 a reafirmado esta idea de prevalencia, sosteniendo que “... iniciado el trámite del concurso preventivo, encontrándose pendiente de resolución ante otro Juzgado la solicitud de quiebra contra el mismo deudor, incoada por un tercero de fecha anterior, debe el concurso preventivo continuar su tramitación en su Juzgado de origen...”.

1.5. Apertura del concurso

1.5.1. Generalidades

Para decidir la apertura o el rechazo de la petición respectiva, el análisis del juez se encuentra doblemente limitado. En lo temporal, por el breve plazo de cinco días dentro de los cuales el juez debe emitir el pronunciamiento; en lo material, por los elementos que solo el deudor aporta con su presentación inicial o plazo que se le otorgue conforme al art. 11 in fine¹⁸.

La tarea del juez consiste en verificar que se encuentren satisfechos todos los recaudos formales, a fin de obtener un convencimiento sobre la admisibilidad formal. En caso de

¹⁷ Tonon, A.- Derecho concursal- p. 90.

¹⁸ Rouillon, Adolfo- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 73.

duda, debería estar a favor de la apertura del concurso por la finalidad que este entraña y quiere alcanzar. Por su parte, los presupuestos sustanciales también pueden y deben ser analizados por el juez. Tomando en consideración a lo propuesto por el Dr. Rouillon, se puede decir que debido a la gran amplitud de sujetos que pueden solicitar el concurso preventivo torna infrecuente el rechazo fundado en no ser el peticionario un sujeto susceptible de concurso¹⁹.

Puede suceder que el juez rechace la apertura, esta resolución es solo apelable por el deudor y el recurso se concede en relación y con efecto suspensivo. Si bien son diversos los motivos por los cuales el juez puede rechazar, se trata de una enumeración taxativa. Ellos son: el deudor no es sujeto concursable (art.5 LCQ), aunque como mencionamos anteriormente es difícil que suceda; no cumple con los requisitos formales del pedido (art.11 LCQ); se encuentra inhibido para pedir su concurso preventivo (art. 31 y 59 LCQ) y por falta de competencia del juez (art.3 LCQ).

Otra situación que se puede dar es la posibilidad de un pedido abusivo del concurso, y así la exigencia de analizar si el juez concursal debe desestimar el pedido de proceso concursal con fundamento en el principio general del abuso del derecho, interpretando y aplicando con armonía el ordenamiento jurídico.

Si bien nuestro tema principal es el abuso del derecho direccionado al momento de la homologación de las propuestas, en el cual se podría habilitar la aplicación del instituto de la tercera vía, no está de más hacer mención e indagar si se puede o debe rechazar la apertura cuando la solicitud se hizo abusivamente.

¹⁹ Rouillon, Adolfo- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 74.

De no proceder la aplicación de este principio general, el juez debiera decretar la apertura del proceso concursal una vez cumplido con los requisitos de ley a pesar que desde la luz del principio general del abuso del derecho resultara de ello perjuicio para el deudor, los acreedores, el orden jurídico y el orden público.

Un situación que podemos destacar y que ha sido objeto de casos jurisprudenciales es que se realiza el pedido de concurso con el único fin de paralizar inminentes remates, estando en presencia de una práctica abusiva que excede las vallas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres previstas en el C.C y C.

Tomando como ejemplo una destacada sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Matanza, en el fallo “Dinardo, Liliana María Rita s/ Concurso Preventivo Pequeño”²⁰, se explicará esto.

En el caso citado, al momento de peticionar la apertura del proceso concursal, la concursada contaba en su haber con diversos juicios en los que era demandada. En dos de ellos se había ordenado recientemente la subasta de un inmueble y en el tercero se había dictado sentencia de trance y remate. Se denunció como fecha probable del comienzo del estado de cesación de pagos, el mes de noviembre de 1999 y paradójicamente el proceso concursal se inició cuatro años más tarde en fecha coincidente con aquellos actos de ejecución.

En primera instancia se rechazó “in limine” el pedido de concurso preventivo con fundamento en la teoría del abuso de derecho en materia concursal, decisión que fue posteriormente confirmada por el Tribunal de Alzada, con nuevos argumentos que merecen unas líneas.

²⁰ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Matanza, Sala II- 22/03/ 2005 -“Dinardo, Liliana María Rita s/ Concurso Preventivo Pequeño”.

Establece el art. 21 de la LCQ que “la apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a la presentación, y su radicación ante el juez del concurso. Con fundamento en esta normativa, de suyo en el caso era evidente que el objetivo de la peticionante no era otro que el de frenar los remates.

Dijo el tribunal que: (...) contraría el principio de buena fe que se promueva el concurso preventivo de una persona con el fin inmediato, o mediato, de suspender la subasta del inmueble, propiedad del fallido, lo que solo es un efecto del proceso universal como los son también el fuero de atracción, el deber de verificar, vencimiento de los plazos, suspensión de intereses, etc. (...).

Se advierte que el objetivo de la petición de concurso preventivo en las circunstancias indicadas no es encontrar la salida al desastre patrimonial, sino la suspensión de los remates ya ordenados por otros tribunales por aplicación de la norma que impide la realización de actos de ejecución forzosa.

La actitud asumida por el Tribunal se enrola evidentemente en un criterio estricto a la hora de evaluar los recaudos formales del art. 11 de la LCQ con miras a evitar el abuso en la materia.

Es dable destacar que se puede dar también la abusividad a través de la solicitud de la quiebra por parte de un acreedor por ejemplo, con la finalidad de satisfacer un crédito individual y obtener ventajas sobre los demás, pero no nos detendremos en su análisis por no constituir uno de los temas a desarrollar en el presente trabajo.

1.5.2. Resolución de apertura

El art. 14 de la LCQ regula in extenso todo lo que debe contener la resolución del juez que dispone la apertura del concurso preventivo, debido a su importancia haremos una transcripción del mismo, con la finalidad de visualizar todos los detalles y lograr una mejor comprensión.

Art. 14 LCQ: “Cumplidos en debido tiempo los requisitos legales, el juez debe dictar resolución que disponga:

1) La declaración de apertura del concurso preventivo, expresando el nombre del concursado y, en su caso, el de los socios con responsabilidad limitada.

2) La designación de audiencia para el sorteo del síndico.

3) La fijación de una fecha hasta la cual los acreedores deben presentar sus pedidos de verificación al síndico, la que debe estar comprendida entre los QUINCE (15) y los VEINTE (20) días, contados desde el día en que se estime concluirá la publicación de los edictos.

4) La orden de publicar edictos en la forma prevista por los artículos 27 ° y 28ª, la designación de los diarios respectivos y, en su caso, la disposición de las rogatorias, necesarias.

5) La determinación de un plazo no superior a los TRES (3) días, para que el deudor presente los libros que lleve referidos a su situación económica, en el lugar que el juez fije dentro de su jurisdicción, con el objeto de que el secretario coloque nota datada a continuación del último asiento, y proceda a cerrar los espacios en blanco que

existieran.

6) La orden de anotar la apertura del concurso en el Registro de Concursos y en los demás, que corresponda, requiriéndose informe sobre la existencia de otros anteriores.

7) La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor y, en su caso, los de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los registros pertinentes.

8) La intimación al deudor para que deposite judicialmente, dentro de los TRES (3) días de notificada la resolución, el importe que el juez estime necesario para abonar los gastos de correspondencia.

9) Las fechas en que el síndico deberá presentar el informe individual de los créditos y el informe general.

10) La fijación de una audiencia informativa que se realizará con cinco (5) días de anticipación al vencimiento del plazo de exclusividad previsto en el artículo 43. Dicha audiencia deberá ser notificada a los trabajadores del deudor mediante su publicación por medios visibles en todos sus establecimientos.

11) Correr vista al síndico por el plazo de diez (10) días, el que se computará a partir de la aceptación del cargo, a fin de que se pronuncie sobre:

a) Los pasivos laborales denunciados por el deudor;

b) Previa auditoría en la documentación legal y contable, informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago.

12) El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales.

13) La constitución de un comité de control, integrado por los tres (3) acreedores quirografarios de mayor monto, denunciados por el deudor y un (1) representante de los trabajadores de la concursada, elegido por los trabajadores.

La resolución- así la denomina la ley- de apertura del concurso preventivo es una verdadera sentencia²¹. Debe contener todos los requisitos de la misma y principalmente motivación suficiente, aunque sea breve, por la índole del pronunciamiento y el escaso tiempo para emitirla.

A partir del dictado de la sentencia se abre el proceso universal y se producen los efectos propios del concurso preventivo en relación al deudor y los acreedores. La sentencia produce la declaración de un estado preexistente y la concurrencia de los presupuestos concursales. Cabe destacar que la misma es insusceptible de ser recurrida por medio de la apelación, tal como lo dispone el art. 273, inc. 3 de la LCQ.²².

1.5.3. Desistimiento

Podemos hacer una breve mención de que también que existe la posibilidad de desistimiento, generando la finalización del concurso preventivo. Este puede ser de dos formas, sancionatorio y voluntario.

El desistimiento sancionatorio se produce cuando la ley le impone diferentes sanciones al concursado que incurre en incumplimiento. Entre esas sanciones podemos

²¹ Maffía, Osvaldo J.- Derecho concursal- p. 298.

²² Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 255.

mencionar el desistimiento del pedido de concurso preventivo, es decir, la sanción que se le aplica al concursado que incumple una carga impuesta por la ley. Dichas cargas pueden ser: presentar los libros referidos a su situación económica, en el lugar que el juez fija dentro de su jurisdicción (art. 14 inc. 5 LCQ), depositar judicialmente el importe necesario para abonar los gastos de correspondencia (art. 14 inc. 8 LCQ) y publicar edictos (art.27 y 28 LCQ).

A diferencia del sancionatorio, el desistimiento voluntario implica que el propio concursado se lo solicita al juez. Esta solicitud se puede hacer solo hasta el momento que comienza el período de exclusividad, es decir, el momento en que el deudor presenta las propuestas para llegar al acuerdo con los acreedores. A partir de allí, el abandono del concurso por parte del concursado implica la quiebra indirecta.

Una vez desistido, no se admitirá un nuevo pedido de concurso preventivo dentro del año posterior al desistimiento, cuando existiesen pedidos de quiebras pendientes, según lo estipula el art. 31 in fine de la LCQ.

1.6. Efectos de la apertura del concurso

Es posible, y además necesario, hacer una clasificación de los efectos de la apertura del concurso para una mejor comprensión.

1.6.1. Efectos con relación al concursado

En el concurso preventivo no se produce plenamente el desapoderamiento sino que el concursado ejerce la administración de sus bienes, bajo la vigilancia del síndico y con autorización judicial dispondrá en ciertos casos de ellos, y en otros estará

imposibilitado de hacerlo por prohibición expresa de la ley concursal. La continuación del deudor en la administración de sus bienes es la consecuencia lógica del concurso que busca que éste logre un acuerdo con sus acreedores²³.

Es posible considerar entonces que se produce una especie atenuada de desapoderamiento, o *sposamento attenuato*, como lo ha llamado Provinciali²⁴.

Dentro de estos efectos podemos mencionar:

-Actos permitidos bajo vigilancia del síndico, surgen del art. 15 LCQ, y dentro de ellos tenemos actos conservatorios (por ejemplo, inscribir un inmueble, interrumpir la prescripción, etc.) y actos de administración ordinaria (por ejemplo, ventas que hace el concursado de cosas que pertenecen a su giro comercial, percepción y pago de rentas, etc.)

- Actos sujetos a autorización judicial, son aquellos a los que se refiere el art. 16 in fine de la LCQ, y que sin estar prohibidos exceden la administración ordinaria del giro comercial del concursado, por ejemplo, actos relacionados sobre bienes registrables, actos de disposición o locación de fondos de comercio, emisión de debentures con garantía especial o flotante, entre otros. En estos casos el juez le dará la autorización, previo haber escuchado al síndico y comité de control. Esta resolución es inapelable.

-Actos prohibidos, regulados en el art 16 LCQ, se refiere a actos a título gratuito, es decir, todos aquellos que importen una disposición de bienes sin contraprestación correlativa. Por otro lado tenemos a aquellos actos que pueden alterar la situación de

²³ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 281.

²⁴ Provinciali, Renzo- Tratado de derecho de quiebra, vol. III- p. 314.

los acreedores anteriores a la presentación del concurso, por ejemplo, no podría pagarle a un acreedor y a otros no, porque se altera el principio de *pars condicio creditorum*²⁵.

Otro efecto no menos importante, que se produce sobre el concursado, es la limitación a realizar viajes al exterior, prevista en el art. 25 de la LCQ.

Esto se trataría más de un efecto personal, que patrimonial como los enunciados anteriormente, ya que el concursado y en su caso, los administradores y socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad concursada, no pueden viajar al exterior sin previa comunicación al juez del concurso, haciéndole saber el plazo de la ausencia, el que no podrá ser superior a 40 días corridos. En el caso de que la ausencia sea por plazos mayores, deberá requerir autorización judicial.

Esta limitación se funda en la necesidad de asegurar el buen desarrollo del proceso concursal, para ello el deudor está obligado a otorgar toda la información pertinente al juez o sindico. Por importar limitaciones a la garantía constitucional de entrar y salir libremente del país, estas reglas no son susceptibles de extensión analógicas y deben interpretarse con carácter restrictivo.

1.6.2. Efectos con relación a los acreedores

Es necesario hacer mención de cuáles son los acreedores comprendidos en el proceso concursal, para luego identificar los efectos que se producen sobre los mismos. Quedan sometidos al proceso concursal los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso.

Los efectos que podemos mencionar son:

²⁵ Rouillon, Adolfo.- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 80.

-La suspensión de intereses está regulada en el art. 19 LCQ y establece que se suspenden los intereses de los créditos de causa o título anterior a la presentación. Esta suspensión no se aplica a los créditos garantizados con prenda o hipoteca y los créditos laborales, aunque la doctrina no es uniforme en esta última cuestión. Cabe destacar que implica la suspensión de intereses pero no su extinción, por lo tanto recién al momento de celebrar el acuerdo entre los acreedores y el concursado determinaran que hacer con los intereses posteriores a la presentación del concurso.

-El artículo antes mencionado también prevé la conversión de deudas no dinerarias a su valor en moneda de curso legal. La conversión se hará al momento de la presentación en concurso o el día de vencimiento de la deuda (si fuese anterior) a opción del acreedor. Y para el caso de que el acreedor no ejerce su derecho, lo hará el síndico de la manera más favorable para el concurso.

-Pronto pago de créditos laborales, regulado en el art. 16 de la LCQ, es el derecho que tienen los acreedores laborales de cobrar sus remuneraciones e indemnizaciones sin necesidad de presentarse a verificar sus créditos, ni obtener una sentencia en juicio laboral previo. Esto tiene fundamento en que cuando existe una crisis empresarial el trabajador es el más perjudicado, por este motivo, el pronto pago importa una preferencia temporal.

1.6.3. Efectos con relación a los contratos

Debemos distinguir entre:

-Contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes, donde el concursado puede seguir con el cumplimiento de los mismos. Pero previo a ello

requerirá autorización del juez que le solicitará la opinión al síndico. Existe la posibilidad de que el co-contratante pueda resolver el contrato si el deudor no le comunico su intención de continuarlo en el plazo de 30 días de abierto el concurso.

- En cuanto a los servicios públicos, contemplados en el art. 20 de la LCQ, se dispone que las empresas prestadoras de los mismos no pueden suspender el servicio al concursado por las deudas anteriores a la apertura del concurso. Pero los servicios prestados al concursado con posterioridad a la apertura deben ser pagados puntualmente su vencimiento bajo apercibimiento de ser suspendidos.

1.6.4. Efectos con relación a los juicios contra el concursado

Uno de efectos principales respecto a esta cuestión es que con la apertura del concurso se produce la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación y su radicación en el juzgado del concurso. A esto se le denomina fuero de atracción.

Las excepciones al fuero de atracción que se pueden indicar son los procesos de expropiación, los basados en relaciones de familia, las ejecuciones de garantías reales, los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales y en los procesos en que el concursado sea parte en un litisconsorcio necesario. Todos estos continúan su tramitación en el juzgado donde se hubiesen radicado originalmente.

Otros efectos que podemos enumerar son:

-La prohibición de la deducción de nuevas acciones de contenido patrimonial por causa o título anterior a la presentación del concurso, contra el concursado. Esta prohibición rige a partir de la publicación de edictos.

-No procederá el dictado de medidas cautelares y las que se hubieran ordenado serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados cuando se trate de procesos de conocimiento, juicios laborales y procesos en que el concursado sea parte en un litisconsorcio necesario.

- La rendición de cuentas por remate no judicial: el art. 23 de la LCQ establece que el acreedor titular de un crédito con garantía real que tenga derecho a ejecutar bienes de la concursada mediante remate no judicial, es decir, sin necesidad de juicio previo, deberá rendir cuentas en el concurso dentro de los 20 días de haberse realizado el remate. Además, si ya se hubiesen publicado los edictos sobre la apertura del concurso, el acreedor deberá informar al juez la fecha, lugar, día y hora fijados para la realización del remate. La omisión vicia de nulidad el remate.

-Por último, tenemos la suspensión de remates y medidas precautorias en la ejecución de los créditos con garantía real, previsto en el art. 24 de la LCQ. En este supuesto el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan al concursado el uso de la cosa gravada. Solo procede la suspensión por cuestiones de necesidad y urgencia y no puede exceder los 90 días.

1.7. Período informativo

El período informativo es aquel en el cual los intervinientes se encargan de aportar al proceso la información necesaria para que el concursado, posteriormente, pueda presentar a los acreedores las propuestas de acuerdo. Cabe destacar que dicho período abarca desde el proceso de verificación de créditos hasta el informe general del síndico inclusive.

1.7.1. Proceso de verificación de créditos

El llamado proceso de verificación de créditos tiene por finalidad obtener el reconocimiento de la legitimidad de las acreencias, así como la graduación de ellas (quirografarias o privilegiadas). Los titulares de los créditos contra el concursado persiguen el propósito de ser considerados acreedores concurrentes, esto es acreedores habilitados para participar en el concurso, decidir sobre la propuesta de acuerdo y en última instancia cobrar²⁶.

Es un trámite típico de los procesos concursales, donde todo acreedor que quiere ingresar al concurso debe necesariamente, como regla, acudir a la verificación de créditos. Esta regla de la verificación, tiene su excepción en el pronto pago laboral.

Los acreedores del concursado que deben presentarse a verificar, son solo los de causa o título anterior a la presentación de éste en concurso preventivo.

A partir del art. 32 de la LCQ, se regula la verificación tempestiva, o sea, la solicitada dentro del plazo fijado en la sentencia de apertura concursal. Vencido ese término la verificación se considera tardía y se rige por el art. 56 de la LCQ, pudiendo llevarse a cabo en dos momentos: antes de concluir el concurso, por medio de un incidente de verificación tardía o luego de concluido, mediante una acción individual. Tiene un plazo de dos años desde la presentación en concurso, excedido ese plazo se produce la prescripción.

Es menester señalar que la verificación de los créditos es una carga, y como tal su incumplimiento implica varias consecuencias desfavorables para quien no lo lleva a cabo, por ejemplo, puede ocurrir que prescriba el derecho o que caduque la instancia del proceso pendiente contra el concursado.

Es un requisito esencial en esta etapa expresar y probar la causa del crédito, aún en aquellos títulos abstractos como el pagaré, el cheque, letra de cambio, entre otros. Esta imposición a

²⁶ Rouillon, Adolfo.- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 109.

partir de los plenarios, “TRANSLÍNEA c/ ELECTRODINIE S.A” del año 1979 y “DIFRY S.R.L” del año siguiente, se fue morigerando y flexibilizando con la finalidad de no dejar afuera del pasivo a muchos acreedores, que si bien resultaban ser verdaderos, carecían de documentos. De todos modos la exigencia para estos títulos de crédito sigue rigiendo.

Las solicitudes tempestivas de verificación se presentan ante el síndico, en su oficina. Allí también debe concurrir el deudor para informarse, y también todos los solicitantes de verificación acerca de las restantes solicitudes, para ejercer el control sobre ellas. Prácticamente toda la tramitación de la verificación se desenvuelve fuera del tribunal.

Para continuar con este análisis general de los institutos y etapas del concurso preventivo, podemos mencionar el periodo de observación de créditos, previsto en el art. 34 de la LCQ. El artículo mencionado establece que una vez vencido el plazo para solicitar la verificación, el concursado y los acreedores que se hayan presentado a verificar, tendrán 10 días para revisar el legajo de cada acreedor e impugnar u observar las solicitudes presentadas. Los trabajadores también tienen derecho a efectuar ese control, más allá de no ser acreedores.

1.7.2. Informe individual del síndico

Vencido el plazo para formular observaciones, el síndico tendrá 20 días hábiles judiciales para presentar en el juzgado un informe en donde debe dar una opinión fundada aconsejando la procedencia o improcedencia de la verificación de cada uno de los créditos y privilegios reclamados.

Constituye así, un verdadero dictamen, técnico e imparcial, que debe estar suficientemente respaldado en los antecedentes obrantes en cada legajo y la información obtenida por el síndico en su labor instructoria²⁷.

Posteriormente a la presentación del informe individual, tiene el juez un plazo de 10 días para dictar una resolución expresando la verificación, no verificación, admisibilidad o inadmisibilidad d un crédito o privilegio. La decisión del juez va a depender de si el crédito o privilegio fue impugnado u observado.

Si no hubo impugnaciones u observaciones el juez podrá:

- Declarar la verificación, y en este caso, tiene el máximo de beneficios para el acreedor porque le permite participar y decidir en la propuesta de acuerdo, y es irrecurrible.
- Declarar la no verificación y el acreedor no va a poder participar en la decisión de la propuesta, pero es recurrible por revisión.

Si hubo impugnaciones u observaciones el juez lo que podrá hacer es:

- Declarar la admisibilidad y ante esta situación, el acreedor podrá participar en la decisión de las propuestas de acuerdo, pero es susceptible de recurso de revisión. Esta posibilidad aparece cuando se desestiman las observaciones o impugnaciones.
- Declarar la inadmisibilidad, cuando el juez hace lugar a las impugnaciones que se realizaron. Su titular no puede participar en la toma de decisión de las propuestas, pero puede recurrir esta resolución adversa por medio del recurso de la revisión.

²⁷ Rouillon, Adolfo.- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 115.

Es relevante destacar que ninguna de estas resoluciones es apelable directamente, sino por medio del recurso de revisión previsto en el art. 37 de la LCQ.

1.7.3. Informe general del síndico

Según lo expuesto por Rivera, el informe general del síndico es una suerte de radiografía de la empresa o actividad del concursado, o bien de su patrimonio estáticamente concebido si el concursado no lleva ninguna actividad empresarial²⁸.

El síndico debe presentar este informe general 30 días hábiles judiciales después de haber presentado efectivamente el informe individual del art. 35 de la LCQ.

El contenido del informe general guarda cierto paralelismo con los datos exigidos al concursado como requisitos formales de la presentación²⁹.

Para Maffía, el informe general “es un informe, pero no solo informe, también es dictamen”³⁰. Considerándolo como “la pieza más importante de todo el proceso”³¹, que permite conocer “el pasado, el presente y el futuro de la concursada”³².

El art. 39 de la LCQ determina detalladamente el contenido que corresponde al informe general, que enumeraremos seguidamente.

Dicho informe debe contener:

- Análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor.

²⁸ Rivera, Julio Cesar- Instituciones del derecho concursal, Tº 1- Ed. Rubinzal-Culzoni- p. 417-

²⁹ Rouillon, Adolfo.- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 121.

³⁰ Maffía, Osvaldo- Derecho concursal, Tº 1- p. 562.

³¹ Maffía, Osvaldo- La ley de concursos comentada- p. 145.

³² Maffía, Osvaldo- Manual de concursos- p.241.

- La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles.
- La composición del pasivo, que incluye también como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciará en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles.
- Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado y el cumplimiento de los art. 320, 322, 323 y 326 del C.CyC.
- La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en su caso de sociedades, sobre las de contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada.
- La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen.
- En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se le pueda imputar con su actuación en tal carácter.
- La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119.

- Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores.
- Deberá informar, si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el capítulo III de la ley 25.156, por encontrarse comprendido en el art. 8 de dicha norma.

La versión del sindico sobre la actividad del deudor y el estado del patrimonio de éste, volcado en el informe general, después de una exhaustiva labor de investigación, debe ser objetiva, técnica e imparcial y puede coincidir o no con los datos dados por el deudor en su presentación concursal.

El informe general podrá ser observado dentro de 10 días de presentado, por el deudor y por los acreedores que hayan solicitado la verificación. Las observaciones habilitadas tienden a aumentar el caudal informativo, que se pone a disposición de los acreedores para la toma de decisión sobre la aprobación o desaprobación de los acreedores.

1.8. Acuerdo preventivo

1.8.1. Propuesta de categorización de acreedores

La ley de concursos y quiebras permite al concursado agrupar a sus acreedores en diferentes categorías. Dicha clasificación se realiza con la finalidad de ofrecerle a cada categoría una propuesta de acuerdo preventivo diferenciada, de acuerdo a las necesidades y posibilidades que presenten.

El art. 41 de la LCQ establece que: “dentro de los 10 días contados a partir de la fecha en que debe dictarse la resolución judicial sobre los créditos, el concursado deberá presentar

al síndico y al juez una propuesta fundada de la clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles.

Se presentan discusiones doctrinarias en torno al artículo mencionado, en cuanto a la obligatoriedad o no de categorizar. Según Rouillon, el deudor que quiere optar por presentar propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo debe presentar a la sindicatura y al juzgado una proposición fundada de agrupamiento y clasificación de acreedores verificados y admitidos³³. Dicho autor forma parte de la doctrina mayoritaria, que consideran que solo estará obligado a clasificar aquel que tenga la intención de presentar propuestas diversas.

El mismo artículo continua diciendo que la propuesta de categorización debe tener como mínimo tres categorías de acreedores: quirografarios, quirografarios laborales y privilegiados.

La propuesta de categorización que realice el deudor concursado debe ser fundada, para lo cual deberá tenerse en cuenta, conforme lo enunciado en la ley, los montos de los créditos, la naturaleza de la prestación de los créditos, las preferencias de estos y cualquier otra circunstancia que razonablemente determine el agrupamiento. El principal elemento a tener en cuenta al momento de categorizar es la causa de las acreencias. La falta de fundamento, si bien la ley no impone sanción alguna, puede desembocar en el rechazo por parte del juez de las categorías propuestas³⁴.

El fundamento de la categorización debe apoyarse en su razonabilidad, que será evaluada tanto por el concursado como por el juez al momento de resolver. También el deudor llevará a cabo una ponderación de la conveniencia y se vincula con la mejor

³³ Rouillon, Osvaldo- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 123.

³⁴ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p. 454.

chance de obtener las conformidades a las propuestas y el posterior cumplimiento de las mismas, y se refleja en la eficacia de la categorización.

Una vez finalizado el plazo para observar el informe general del síndico, el juez tendrá un plazo de 10 días para dictar una resolución fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas. Como dijimos ut supra, el juez debe evaluar la razonabilidad y principalmente asegurarse que el concursado no haya realizado una manipulación de clases, es decir, realizar la clasificación de manera tal de incluir a acreedores problemáticos en categorías donde su voto fuera minoría y no tuvieran influencia.

1.8.2. Período de exclusividad

El periodo de exclusividad comienza a regir desde el momento en que el deudor se notifica por ministerio de la ley de la resolución judicial sobre la categorización de acreedores.

Dentro de este periodo el deudor (y solo él) puede (o debe, en el sentido de carga y no de obligación) ofrecer propuesta de acuerdo preventivo y obtener su aprobación por parte de los acreedores³⁵. La duración del mismo es de 90 días hábiles, pero el juez puede ampliarlo por 30 días más, dependiendo del número de acreedores o categorías.

En cuanto a las propuestas, la ley en el art. 43 de la LCQ solo hace una ejemplificación enunciativa de las formas en que se puede hacer, dejando al arbitrio del deudor su contenido siempre que obtenga las conformidades³⁶.

³⁵ Rouillon, Osvaldo- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012- p. 128.

³⁶ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal- Ed. LexisNexis- 2006- p. 463.

Las formas que menciona la ley son quita, espera, entrega de bienes a los acreedores, constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores, emisión de obligaciones negociables o debentures, entre otros. Y en el último inciso del artículo demuestra la calidad enunciativa del mismo y no taxativa, diciendo que también podrá consistir en cualquier otro acuerdo obtenido con conformidad suficiente en cada categoría.

Las propuestas deben hacerse de conformidad a ciertas reglas, entre las que podemos enumerar:

-El concursado podrá presentar la misma propuesta para todas las categorías de acreedores o una diferente a cada una de ellas.

-El concursado deberá presentar al menos una propuesta a los acreedores quirografarios, en cambio respecto a los acreedores privilegiados no pesa dicha obligación.

- Las propuestas no podrán consistir en prestaciones que dependan solo de la voluntad del deudor.

-El concursado deberá presentar, junto con la propuesta, un régimen de administración y limitación a actos de disposición, el cual será aplicable a la etapa de cumplimiento del acuerdo. También deberá presentar la conformación del comité definitivo de control que sustituirá al provisorio una vez concluido el concurso, y cuya función será la de controlar el cumplimiento del acuerdo.

-Si la propuesta no consiste en una quita o espera, deberá expresar la forma y tiempo en que se calcularán las deudas en moneda extranjera.

El concursado podrá modificar la propuesta hasta el momento de celebrarse la audiencia informativa, prevista en el art. 45 último párrafo de la LCQ. Esta se lleva a cabo 5 días antes de finalizado el periodo de exclusividad.

1.8.3. Plazos para obtener aprobación del acuerdo preventivo

El art. 45 de la LCQ regula los plazos y las mayorías necesarias para obtener la aprobación del acuerdo preventivo respecto a los acreedores quirografarios. Establece que el concursado deberá presentar en el juzgado, hasta el día del vencimiento del periodo de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada por declaración escrita de los acreedores quirografarios, con firma certificada por escribano público autoridad judicial o administrativa en el caso de ser entes públicos nacionales, provinciales o municipales.

La aprobación de la propuesta debe gestionarla extrajudicialmente el concursado ante cada uno de los acreedores involucrados.

Para lograr el acuerdo con los acreedores quirografarios se requiere una doble mayoría: de acreedores y de capital. Es decir dentro de todas y cada una de las categorías, la propuesta debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los acreedores que a la vez representen las $2/3$ partes del capital computable.

No es admisible compensar el déficit en la mayoría de acreedores, con el excedente de mayoría en el capital, ni tampoco el déficit en una u otra mayoría dentro de una clase, con los excedentes de otra clase, salvo las excepciones de los art. 67 y 52 de la LCQ³⁷.

³⁷ Rouillon, Osvaldo- Régimen de derecho concursal- Ed. Astrea- 2012- p. 134.

Respecto a la obtención de las mayorías para lograr el acuerdo con los acreedores privilegiados, podemos tener en cuenta el art. 47 de la LCQ. La formulación de propuesta a los mismos es optativa. Pero si decide hacerla, deberá obtener una mayoría absoluta de acreedores que a la vez represente las 2/3 partes del capital computable y la unanimidad de los acreedores con privilegio especial a los que alcance la propuesta.

Se puede decir que no es obligatorio formular propuestas a los acreedores privilegiados, pero existe un supuesto en que la no aprobación de la propuesta de los privilegiados hace fracasar el concurso preventivo produce la quiebra indirecta.

Es el caso en que el deudor concursado hubiese manifestado en el expediente que condicionaba la propuesta a acreedores quirografarios a la aprobación de de la propuesta a los acreedores privilegiados. Esto es o se aprueban todas las propuestas o no se entiende aprobada ninguna de ellas³⁸.

Una vez finalizado el periodo de exclusividad sin que el concursado presente las conformidades, se decreta la quiebra indirecta, salvo que se den las condiciones para que proceda el salvataje, regulado en el art. 48 de la LCQ.

1.9. Homologación del acuerdo

Si el concursado hubiese logrado el acuerdo, el juez dentro de los 3 días de presentadas las conformidades necesarias, dictará una resolución haciendo saber la existencia del acuerdo preventivo.

³⁸ Rouillon, Osvaldo- Régimen de derecho concursal- Ed. Astrea- 2012- p. 138.

Esta resolución judicial no importa la aprobación ni la homologación del acuerdo por parte del juez. Para dictarla, el juez debe verificar que se hayan reunido las mayorías necesarias para la aprobación de las propuestas, y ello es todo lo que debe hacer saber³⁹.

La resolución prevista en el art. 49 de la LCQ mencionada anteriormente, resulta inaplicable y solo puede ser impugnada por el procedimiento previsto en el art. 50 de la misma ley. En cambio si la resolución hubiese decretado la quiebra, ésta deviene apelable por la concursada por poner fin al proceso concursal preventivo.

Se puede impugnar dicha resolución como bien dijimos anteriormente y se convierte en un obstáculo a la resolución homologatoria, es decir, un acto impeditivo de la misma. Se hará dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación ministerio legis de la resolución del art. 49 de la LCQ, y se encuentran legitimados para ello los acreedores habilitados para prestar conformidad al acuerdo- con derecho a voto- dice la ley, es decir aquellos incorporados al pasivo concursal⁴⁰.

No obstaculiza la posibilidad de impugnar el hecho de que el acreedor haya prestado conformidad al acuerdo, porque el acreedor puede haber descubierto la causal de impugnación luego de dar conformidad.

Carecen de interés y por ende, de legitimación para impugnar el síndico y el comité de acreedores.

Finalmente llegamos a la etapa de la homologación, prevista en el art. 52 de la LCQ. Para definirla podemos decir que la misma es una sentencia del juez concursal, mediante la cual se aprueba el acuerdo logrado por el deudor con la mayoría de sus acreedores, la

³⁹ Rouillon, Osvaldo- Régimen de derecho concursal- Ed. Astrea- 2012- p. 155.

⁴⁰ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal- Ed. LexisNexis- 2006- p. 514.

que se erige como condición de validez y exigibilidad del acuerdo preventivo. Le da imperio al acuerdo preventivo tornándolo obligatorio para todos los acreedores concursales, incluso para quienes no dieron su conformidad con la propuesta⁴¹.

Es en este artículo es donde comienza el eje central de nuestro análisis, por ende vamos a dedicarle una explicación escueta pero propicia, para poder adentrarnos en tema, luego de su transcripción.

ARTÍCULO 52 LCQ.- Homologación. No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla.

2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías:

a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del artículo 45 o, en su caso, las del artículo 67;

b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:

I) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;

II) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;

⁴¹ Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tº 1- Ed. LexisNexis- 2006- p- 518.

III) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndase como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;

IV) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Cuando hablamos de “homologación” referimos, como se dijo de antemano, a la aprobación por parte del juez del acuerdo preventivo. Es pues esta norma la que brinda las pautas de tal homologación judicial.

El juez debe pronunciarse luego de vencido el plazo de cinco días para impugnar la existencia del acuerdo preventivo.

- Si existe una propuesta única para todos los acreedores, aprobadas por las mayorías de la ley, procede a homologar el acuerdo.

- Si hubo categorización de acreedores debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías, pero en caso contrario llevara a cabo el procedimiento denominado cramdown power o también llamado “salvataje”; del art. 48 LCQ.

A los fines de nuestro análisis es menester saber que el salvataje, aplica solo algunas personas de existencia ideal descriptas en la norma; y no a las personas de existencia visible.

Es un procedimiento en donde el juez puede imponer un acuerdo a los acreedores quirografarios, aun cuando no se alcancen las mayorías, para lo cual debe sortear cuatro requisitos: I) que medie aprobación de al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; II) que -mas allá de las categorías- haya conformidad de las tres cuartas partes del capital quirografario; III) que no haya discriminación contra las categorías disidentes (dicha discriminación se puede soslayar con la posibilidad que se le da a estos acreedores de elegir cualquier otra propuesta); IV) que el pago que pueda resultar del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían los disidentes en caso de decretarse la quiebra.

El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

Lo cierto es que a la hora de la homologación de la propuesta el juez efectúa un control de legalidad, por lo que valora todas las propuestas de acuerdo preventivo atendiendo al orden público, al interés general, a la equidad, la moral y buenas costumbres y a la finalidad de los concursos, tales como la conservación de la empresa y la protección del crédito, principalmente cuando se involucran fuentes de trabajo. Temáticas, estas sobre las que volveremos a explayarnos más adelante.

La norma en su parte final (inc. 4º) dispone que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Este último apartado merece según nuestro estudio, especial atención.

No hay duda alguna que, de existir una propuesta fraudulenta, el juez tiene la obligación de reprobarla. Esto sucede cuando por ejemplo existen evidencias de manipulación de las mayorías legales, burlando a algunos acreedores con propuestas irrisorias. Es por ello que a continuación vamos a intentar descifrar cuando y ante que situaciones se configuraría el abuso del derecho.

2. Abuso del derecho en la propuesta concursal

En relación a la abusividad de determinada propuesta, podemos decir que ello lleva un fuerte componente subjetivo o valorativo para el cual la ley no prevé ninguna pauta.

Sin embargo es muy claro el Código Civil y Comercial al explicitar en el segundo párrafo del artículo diez que: “... 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...” constituyendo este uno de los principales rectores de la materia.

Este instituto se erige como un límite al ejercicio de un derecho, 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”⁴²

Las principales teorías para determinar si existe o no abuso del derecho son:

- Teorías subjetivas: consideran que el abuso del derecho existe cuando se ejercita con intención de perjudicar a otro y aún cuando lo haga de manera culpable. A esta teoría se le critica lo difícil que resulta probar la intención.
- Teorías objetivas: según las cuales el abuso del derecho está vinculado con la contradicción que se da entre la conducta y el fin que tuvo la ley, sin tener en cuenta si hubo dolo o culpa.
- Teorías mixtas: ellas toman elementos de las otras dos teorías.

Hasta no hace mucho tiempo, el Código Civil de Vélez Sarsfield regulaba este instituto en su artículo 1071 y a partir de la sanción del nuevo código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, el mismo está receptado en el artículo 10, como parte del título preliminar, lo cual nos da la pauta de que su alcance va más allá del propio código. Es decir, que el abuso de derecho se encuentra regulado como principio general del derecho, el cual debe atravesar todo el ordenamiento jurídico y, por ende, debe ser aplicado a los institutos concursales.

El abuso es de difícil determinación, debiéndose hurgar en cada caso en concreto, no pudiendo ser consideradas las cuestiones generalmente involucradas en la materia (ej.: quita, cuotas concordatorias, espera, tasas de interés) desde un punto de vista estrictamente matemático, porque una propuesta puede resultar abusiva en un caso y no en otro, teniendo

⁴² Casadio Martínez, Claudio A. “El abuso del derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado” MJ-DOC-6175-AR | MJD6175.

en cuenta la actividad del concursado, sus proyecciones futuras, sus posibilidades económico- financieras para hacer frente a los pagos e incluso las causas que lo llevaron a solicitar la formación de su concurso preventivo.

En un antecedente, se trajeron a colación las interesantes conclusiones de la reunión académica del 24/4/2003, de la Universidad Notarial Argentina –instituto de derecho comercial-, donde se destacan las “pautas” que pueden tenerse en cuenta para determinar la existencia del “abuso”:

1. Si la voluntad de los acreedores es relevante comparando la totalidad de los acreedores (denunciados, insinuados, en revisión, en verificación tardía) y la proporción que voto el acuerdo;
2. Si la voluntad de los acreedores fue libre o fue obtenida mediante manipulaciones hechas por el deudor;
3. La comparación de lo ofrecido en la propuesta con un eventual dividendo de quiebra, y
4. La existencia de empresa socialmente útil y generadora de empleo, y sin que ninguna resulte en si misma configurativa o excluyente⁴³.

Ciertamente, en la valoración del acuerdo preventivo, pueden confluir ingredientes de distinta índole que conduzcan a que el magistrado sea estricto a la hora de homologarlo, por ejemplo, que haya existido previamente la anulación de cierto voto caprichoso que denoto

⁴³ Juzg. Proc. Conc. y Registros Mendoza, n.3- 13/4/2004- “Pedro López e Hijos S.A. s/ concurso”.

un eventual abuso en la formación de su voluntad, y que se trate de una sociedad disuelta por imposibilidad de consecución del objeto para el cual se formó⁴⁴.

2.1. Casos donde se configura el abuso en la propuesta concursal

Se ha considerado abusiva la propuesta por ejemplo en el caso “Arcángel Maggio S.A” que llegó hasta la Corte Suprema, donde se entendió inaceptable un acuerdo consistente en el pago del 40% de lo adeudado, en veinte cuotas anuales, con cinco años de gracia, (dicha exposición en el tiempo, según los cálculos, hacía descender la quita al 12,39% del capital verificado y declarado admisible).

A contrario sensu, en otro caso⁴⁵ fue homologada una propuesta consistente en el pago del 40% del capital verificado, en siete cuotas anuales y consecutivas con un plazo de gracia de ocho años y un interés variables del 3% anual (los primeros cinco años), del 5% (los siguientes cinco) y del 7% (los posteriores a los primeros diez).

Otro debate se suscitó en “Impresora Internacional de Valores SA”. Se había propuesto la conversión a pesos de deudas en moneda extranjera a la paridad U\$S 1= \$ 1, sin rédito compensatorio y con una espera de cinco años (cinco cuotas pagaderas a partir del sexto año), resultando según las proyecciones una quita superior al 70% respecto de la cotización del valor libre del dólar⁴⁶.

También se dio en el pleito de “Cash SA”, donde se dijo que no corresponde homologar una propuesta de acuerdo consistente en el 40% de los créditos quirografarios, en veinte cuotas

⁴⁴ Juzg. Civ. y Com. Córdoba, n. 39- 24/2/2005- “Banco Suquia SA s/conc. prev.”)

⁴⁵ Fallo C. N. en lo Comercial- 25/06/2004- “Entertainmet Depot S.A s/ Concurso Preventivo”.

⁴⁶ Juzg. Nac. Com., n. 4- 17/2/2003- “Impresora Internacional de Valores SAIC”

iguales anuales y consecutivas, con una espera de seis años, toda vez que tal propuesta vulneraba el orden público económico y dañaba la protección del crédito⁴⁷.

2.2. Casos en que no se configura el abuso

A contrario sensu, hubo casos en los cuales no se encontró patentizada propuesta abusiva alguna. Entre ellos tenemos a “Banco Comercial del Plata SA” y “Pancor SA”.

En el primero de ellos, el hecho de que la propuesta signifique una quita del 80% no es razón suficiente que imponga no homologar el acuerdo si la propuesta implica una abrupta reorganización de la sociedad concursada, y fue aprobada por una importante mayoría de capital y de personas⁴⁸.

En el segundo, se consideró que no es abusiva la propuesta consistente en el pago del veinte por ciento, sin intereses, en cinco cuotas anuales, iguales y consecutivas, con un año de gracia, máxime si se la enmarca dentro de la realidad económica general, siendo similar –en su resultado financiero- a la ofrecida por el estado nacional para el pago de la deuda externa de los tenedores de bonos, donde se propusieron quitas del 75%, con esperas y pagos escalonados a 25 y 35 años⁴⁹.

2.3. La novedad jurisprudencial

⁴⁷ C. Nac. y Com., Sala E- 19/5/2005- “Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash SA s/ conc. prev. S/ inc. de impugnación al acuerdo preventivo por Calcon Construcciones SRL”.

⁴⁸ C. Nac. Com., sala D- 22/6/2005- “Sociedad Comercial del Plata s/ conc. Prev.”.

⁴⁹ Juzg. Civ. Com. Córdoba- 14/9/2005- “Pancor SA s/ conc. prev.”.

Es importante destacar que en algunos antecedentes los jueces se apartaron de las posibilidades que confiere la ley (quiebra o cramdown, según el caso) y generaron lo que se ha denominado como una tercera vía, es decir dándole derecho al concursado para reformular la propuesta, a fin de hacerla compatible con la normativa concursal.

Es en torno a esta creación pretoriana que este trabajo sienta su eje, tratando de demostrar que esta no solo es viable, sino que además cumple un rol favorable en numerosos casos, donde lo que se busca es mantener sustentable al concursado a merito de la función y rol social que este cumple.

3. La tercera vía

Pocos son los autores que abordan esta cuestión. Y lo cierto es que frente a una propuesta abusiva surge la duda de si el juez tiene o no la facultad de adecuar, o dar las pautas para adecuar la propuesta para que el abuso desaparezca. Y en la medida en que lo hace no solo debe analizarse si esas facultades son ejercidas de modo razonable, si no que se debe cumplir con el fin principal que es el de eliminar el abuso del derecho.

Como bien dijimos anteriormente el abuso del derecho es un estándar, un concepto jurídico indeterminado; consecuentemente también sus efectos, se aviene mejor a las soluciones abiertas que a las cerradas⁵⁰ y que esta receptado por el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La “tercera vía” consiste en otorgarle la oportunidad al concursado de adecuar la propuesta de acuerdo a efectos de superar los obstáculos que impidieron su homologación, evitando así el fracaso del concurso preventivo y permitiendo la continuidad del deudor a cargo de la

⁵⁰ Comentario de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci al fallo “Argentfruit S.A.”- p. 16.

empresa. No cabe atribuirle un único contenido, sino que, como lo demuestra la jurisprudencia relevada, se han dispuesto diferentes soluciones pero todas ellas encaminadas a salvar el acuerdo preventivo otorgándole una oportunidad al concursado. En definitiva, depende de las particularidades del caso concreto y, fundamentalmente, de cuáles han sido los obstáculos que impidieron la homologación del acuerdo.

A continuación, enunciamos algunas de las modalidades adoptadas por la jurisprudencia, que nos ilustrará respecto de la diversidad de contenido de la “tercera vía”:

- a) homologación del acuerdo sujeto a la condición de que el concursado preste su consentimiento –expreso o tácito– respecto de las modificaciones que del acuerdo se formulan⁵¹;
- b) homologación del acuerdo sujeto a la condición de que el concursado acepte mejorar la propuesta en base a las pautas mínimas que el tribunal considera como necesarias para superar el abuso declarado⁵²;
- c) no se homologa el acuerdo y se otorga un plazo de 10 días para que la concursada mejore la propuesta de acuerdo según los estándares mínimos que establece el tribunal⁵³;
- d) concesión de un plazo de 60 días a los fines de que se realice una nueva asamblea de obligacionistas⁵⁴;

⁵¹ Juzg. Comercial Nº 9, Sec. 17, 3/4/2002, “Curi Hermanos S.A. s/ concurso preventivo”.

⁵² Juzg. de 1ra. Inst. en lo Civil y Comercial 39º Nom. de Córdoba, 23/9/2005, “Corrugadora Centro S.A. s/ concurso preventivo”

⁵³ Juzg. Comercial Nº 12, Sec. 23, 28/2/2005, “Club Atlético Nueva Chicago Asociación Civil s/ concurso preventivo”.

⁵⁴ Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 10/05/2011, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”

- e) homologación del acuerdo pero con las modificaciones que fueron ofrecidas por la concursada en la alzada⁵⁵.

3.1. Origen jurisprudencial de la tercera vía

1-Línea Vanguard S.A.⁵⁶

El punto de inicio de esta alternativa nos remite al voto del Dr. José Luis Monti en los autos mencionados, en donde sostuvo que: "acorde con la finalidad preventiva que caracteriza a este proceso, y habida cuenta de que el rechazo del acuerdo se basa en circunstancias que podrían revertirse en una reformulación de sus términos, parece factible instar a la instancia de grado para que, sea mediante un nuevo período de exclusividad, sea mediante el procedimiento que se arbitre al efecto, acuerde a la concursada la posibilidad de proponer esa reformulación a fin de hacer compatible la propuesta con los principios enunciados". En dicha oportunidad el tribunal revoca el fallo de primera instancia y rechaza la homologación del acuerdo preventivo que consistía en el pago del 40% de los créditos verificados, sin interés, con 5 años de gracia y en 20 cuotas anuales a contar desde la homologación del acuerdo, por considerar abusivo el acuerdo que se pretendía homologar. Además, ordena al juez de primera instancia adecuar los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a lo previsto por el Art. 48 de la L.C.Q.

2- Curi Hermanos S.A.⁵⁷

Este fue otro precedente importante, en donde el magistrado Dr. Eduardo M. Favier Dubois decidió homologar el acuerdo aprobado, con la modificación que se propiciara,

⁵⁵ Sala D de la Cámara Nacional de Comercio, 19/9/2007, "Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo".

⁵⁶ Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 4/9/2001, "Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo".

⁵⁷ Juzg. Comercial N° 9, Sec. 17, 3/4/2002, "Curi Hermanos S.A. s/ concurso preventivo".

condicionada al consentimiento de la concursada. El acuerdo aprobado consistió en el pago del 100% del capital verificado y declarado admisible mediante dación en pago por entrega de bienes (Art. 779 del Cód. Civil). A su vez, se prevé como alternativa “C” la forma de pago de los verficantes tardíos o revisionistas, a quienes se le propone el pago del 50% del capital con más sus intereses a la tasa Libor, con un plazo de gracia de dos años desde la resolución que los declara verificados y un plazo de cinco años desde el vencimiento del período de gracia, en cinco cuotas anuales, iguales y consecutivas del 20% del total. El magistrado señala que el acuerdo no cumple con uno de los requisitos que establece la ley concursal para su homologación: la igualdad de trato de los acreedores en cada categoría, ya que el acuerdo prevé una forma de pago a los acreedores tardíos y revisionistas distinta que a los acreedores tempestivos, siendo que aquellos no conforman una categoría distinta y propia. Así las cosas, el juez resolvió “HOMOLOGAR el acuerdo aprobado con la modalidad “B” y con la siguiente modificación, condicionada al consentimiento de la concursada que se entenderá prestada si no se opone expresamente dentro del quinto día de notificada la presente. “La propuesta ofrecida como modalidad “C” deberá incluir como opción a favor de los acreedores tardíos y revisionistas la forma de pago de su crédito mediante la entrega de bienes de la concursada o su valor equivalente cancelatorios del porcentaje de capital verificado incluido en el acuerdo votado (art. 43, inc. 2)”.

3- Argenfruit S.A.⁵⁸

A continuación citamos algunos pasajes del fallo que merecen especial atención:

“En mi opinión, la regla formulada por el recurrente es correcta: si el juez hace lugar a la impugnación, decreta la quiebra o dispone seguir procedimiento del cramdown en los casos en que formalmente corresponde; si no hace lugar a la impugnación, verifica que se den los

⁵⁸ SCJ Mendoza, 24/6/2003, “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos SACIA p/conc. s/inc. cas”

otros presupuestos y homologa. La cuestión es si esa regla es absoluta o, por el contrario, cuando el juzgador se enfrenta a una propuesta abusiva o fraudulenta, excepcionalmente, puede moverse con otro tipo de flexibilidad. Mi respuesta es que la regla no es absoluta y que excepcionalmente, sin convertirse en empresario, como dice Favier Dubois, el juez podrá adecuar o dar las pautas para adecuar la propuesta de modo tal que el abuso desaparezca. Me fundo en los siguientes razonamientos: - El abuso del derecho es un estándar, un concepto jurídico indeterminado; consecuentemente, también en sus efectos, se aviene mejor a las soluciones abiertas que a las cerradas. Adviértase que el art. 1071 del Código Civil no enumera taxativamente cuáles son los efectos del abuso. Por el contrario, deja abierta la solución al caso particular, siendo amplísimo el "menú" (abierto) que ofrece la casuística. Si una regla puede darse es que, respetando el principio de conservación del acto, el juez debe preocuparse por eliminar el abuso. Consecuentemente, frente a un acto jurídico que contiene alguna cláusula abusiva, el juez está autorizado por el ordenamiento para conservar el acto, declarar la nulidad parcial y eliminar la cláusula (art. 1039 del CC); sin embargo, a veces esta eliminación no es el remedio completo, siendo necesaria la sustitución de esa cláusula por otra, por lo que muchas veces el sistema normativo le permite integrar el contrato, si así fuera posible (arts. 954, 1198 del Cód. Civil; art. 37 última parte de la ley 24.240, etc.). - Cuando el legislador quiere limitar las posibilidades judiciales frente al abuso lo hace expresamente la opción no es de hierro; frente a la cláusula abusiva, excepcionalmente, el juez está autorizado a la adecuación, salvando la validez del acto jurídico concordatario”.

Tal vez el precedente más relevante sobre la temática abordada lo encontramos en el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en oportunidad de pronunciarse en autos “Argenfruit S.A.”.

El máximo tribunal mendocino declaró abusiva la propuesta de acuerdo porque contenía una propuesta de pago de carácter general –residual– en la que quedaban incluidos aquellos acreedores que no manifestaran su opción por las alternativas “A” o “B”, los acreedores que verificaron en forma tardía sus acreencias y aquellos admitidos en los incidentes de revisión en trámite. El argumento central a favor de la procedencia de la “tercera vía” se basa en considerar que no es absoluta la regla según la cual si el juez decide rechazar las impugnaciones del acuerdo debe homologarlo y en caso de estimar procedentes aquellas debe declarar la quiebra o disponer la apertura del registro de oferentes si correspondiera el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. No se trata de una opción de hierro y el juez está facultado para adecuar la propuesta de acuerdo con la finalidad de eliminar el abuso y conservar el acto jurídico concordatario. Este razonamiento se asienta en dos premisas: a) el abuso del derecho es un concepto jurídico indeterminado y sus consecuencias no están expresamente establecidas en la ley; b) cuando el legislador pretende limitar las atribuciones de los magistrados respecto del abuso lo hace expresamente. El tribunal resolvió remitir los autos al juzgado de primera instancia a efecto de que dicte un pronunciamiento que permita subsanar el abuso que fuera declarado.

3.2. Fundamentos detrás de la “tercera vía”

Es necesario distinguir dos situaciones:

- 1) Supuestos en los que no procede el instituto regulado en el Art. 48 de la L.C.Q.;
- 2) Supuestos en los que sí corresponde el procedimiento de salvataje. En aquellos casos en los que el concursado no posee legitimación, según lo normado por el artículo 48 LCQ, para acceder al procedimiento de salvataje, los fundamentos que sirven de apoyo para sostener la procedencia de la “tercera vía” coinciden con aquellos sobre los cuales se estructura el

mismo concurso preventivo. La posibilidad de sanear crisis económica y retornar in bonis al mercado, la reorganización del pasivo, solucionar las verdaderas causas de la crisis empresarial, la protección de las fuentes de trabajo, la salvaguarda de la integridad del patrimonio del deudor, el principio de conservación de la empresa, etc., todo ello, puede ser utilizado como argumentos para inclinarse por una solución no liquidativa como lo es la “tercera vía” y evitar la declaración de quiebra.

No caben dudas de que la “tercera vía”, en estos casos, resulta armoniosa con la teleología del instituto concordatario.

Ahora bien, en los supuestos en los que el concursado se encuentra habilitado para el procedimiento de salvataje, la “tercera vía” ya no puede apoyarse en los fundamentos y principios del concurso preventivo. Precisamente, el salvataje se incorpora al régimen concursal como una posible solución no liquidativa a la crisis empresarial que consiste en un “segundo período de negociación o doble vuelta concordataria abierta a terceros interesados en “comprar” la sociedad, mediante un acuerdo previo con los acreedores⁵⁹. En definitiva, se trata de un instituto que “permite el rescate de la unidad productiva y, a su vez, se impone un principio de equidad, en virtud del cual los titulares del capital social de la sociedad concursada (socios o accionistas) compartan el sacrificio común de los acreedores⁶⁰.

Así las cosas, cabe preguntarse cuáles serían las razones que hacen ponderar una alternativa no liquidativa –“tercera vía” – por sobre otro instituto que –a priori– tiene similares objetivos y que, además, se encuentra regulado expresamente en la legislación concursal.

⁵⁹ JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*, Tomo I, p. 342 y 343.

⁶⁰ RIVERA, Julio C. – VITOLLO, Daniel R. citado por: JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A.- *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*, Tomo I- p. 341.

En el fallo “Sociedad Comercial del Plata S.A.”⁶¹ se consideró más adecuada la alternativa de la “tercera vía” que la de la apertura del procedimiento de salvataje en base a los siguientes argumentos:

- A- La eliminación del actual empresario no se plantea en el caso concreto como la solución más razonable y/o necesaria. El salvataje supone la posibilidad de un “cambio de manos”, y ello no se justificaría atento que las denuncias de fraude fueron desestimadas –con resolución firme– tanto en sede comercial como en penal.
- B- Se considera que sería sumamente grave si se tiene en cuenta el extenso período de tiempo transcurrido desde la apertura del concurso preventivo; lapso de tiempo durante el cual la concursada ha continuado con la actividad comercial en el marco del proceso concursal.
- C- La concursada ha demostrado tener interés en el procedimiento y voluntad de mejorar la oferta y/o superar los obstáculos que impidieron la homologación del acuerdo concordatario.
- D- Las concursadas forman parte de un grupo empresario que goza de trayectoria en el país y presumida experiencia como para afrontar esta coyuntura de reestructuración empresarial, si los acreedores acompañan con su voto favorable.

A modo de conclusión, se puede decir que es posible encontrar un punto de encuentro entre los argumentos desarrollados para ambos supuestos. En definitiva, la “tercera vía” supone entender que el concurso preventivo está orientado no sólo a la protección del derecho de crédito de los acreedores, sino también, a salvaguardar intereses de carácter colectivo. En los

⁶¹ Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 10/05/2011, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”.

casos en los que no procede el salvataje, la “tercera vía” permite la continuidad de la actividad empresarial y la conservación de las fuentes de trabajo; y en los supuestos en los que sí correspondería la apertura del registro de oferentes, la “tercera vía” permite que el mismo empresario continúe al mando de la unidad de producción, situación que se considera ventajosa ya que se trata de un sujeto con experiencia en el rubro.

3.3. Posturas adversas a la tercera vía

Como toda creación pretoriana, así como hay quienes avalan esta cuestión novedosa del derecho concursal, tenemos a quienes no les parece una buena opción.

Podríamos decir que uno de los autores que con un fundamento no tan acertado según nuestro parecer, se encuentra en negación frente al uso de este artilugio jurisprudencial es el doctor Efrain H. Richard, quien sostiene fervientemente que no duda de la posibilidad del uso de la tercera vía, o sea, la práctica de que el juez imponga –por diversos medios- una nueva posibilidad o mejora en la solución allegada en el caso de acuerdos logrados por deudores individuales.

Sin embargo, para el caso de concurso de sociedades como recurso impuesto por el Tribunal, este autor sostiene que resulta abusivo, y cree que en realidad puede ser sustituida por la aplicación ampliada de la previsión del artículo 48 LCQ. O bien limitarse al cumplimiento de las previsiones dispuestas por la ley societaria y estarse a sus efectos.

Estos autores, son partidarios de que el juez carece de la facultad abrir una “tercera vía” a los fines de evitar la declaración de quiebra o salvataje.

El argumento central sobre el cual se asienta esta postura es muy sencillo, lógico y apegado al texto de la ley. En virtud de lo dispuesto por el Art. 51 y 52 de la L.C.Q., caben las siguientes posibilidades:

a) Si el juez hace lugar a la impugnación del acuerdo, en la misma resolución que resuelve ello debe:

1.- declarar la quiebra de la concursada;

2.- dar trámite al procedimiento de salvataje previsto en el Art. 48 de la L.C.Q.

b) Si el juez rechaza las impugnaciones en contra del acuerdo, o bien, si no se han deducido impugnaciones: el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo preventivo.

De modo tal que, si el juez decide no homologar el acuerdo preventivo –sea porque estima procedentes las impugnaciones deducidas, sea porque encuentra algún obstáculo formal extrínseco, sea porque lo considera abusivo o en fraude a la ley–, debe declarar la quiebra o, si correspondiera, dar inicio al procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q.

Éstas son las únicas alternativas que emergen de la ley concursal. Cualquier otra posibilidad, aunque tenga propósitos loables, excedería el marco de atribuciones que la ley le ha conferido al magistrado.

Pero en otra postura doctrinaria –a nuestro entender mayoritaria– se enrolan aquellos autores que apoyaron las decisiones de la jurisprudencia que negaban la declaración de quiebra o salvataje y concedían una oportunidad para que el deudor pudiera salvar el acuerdo concordatario saneando los obstáculos que impidieron su homologación.

Cabe destacar que los argumentos sobre los cuales se construye esta alternativa consisten en entender que la regla del Art. 51 de la L.C.Q. no es absoluta, que es armónico con el principio de conservación de los actos jurídicos, y que la “tercera vía” resulta coherente con los principios que informan el concurso preventivo y con el interés público que sobrevuela la legislación concursal.

Conclusión

Teniendo en cuenta las bases y principios rectores del concurso, hemos decidido inclinarnos por el aval a la tercera vía en materia concursal y procedemos a continuación a brindar nuestro fundamento.

En primer lugar cuando hablamos de un concurso preventivo, estamos hablando de un proceso en donde el interesado en salir del estado de cesación de pagos es el deudor.

Dada tal circunstancia, entendemos que la voluntad que el sujeto expone al querer superar este estado de insolvencia, implica para el juez un dato no menor, y que lo llevara a hacer un estudio profundo en cada caso para desestimar o no las propuestas que este proponga a sus acreedores.

Es el juez quien al momento de homologar la propuesta, efectúa un control de legalidad, en donde tamizara las propuestas en pos del orden público, la moral, el interés general, la equidad y las buenas costumbres. Y atenderá a una de las cuestiones más importantes según nuestro parecer que es a las finalidades del concurso: la conservación de la empresa y la protección del crédito.

En este control, va a tener en cuenta entre otros un principio fundamental: el abuso del derecho. Instituto que ha quedado incorporado en nuestra legislación civil y comercial inequívocamente.

Y si bien la norma incluida en el régimen concursal es escueta y vaga, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de establecer pautas que permitan su aplicación a cada caso concreto.

Así es que se han determinado diferentes criterios, a modo de ejemplo podemos citar: que no se traduzca en alguna ventaja o beneficio sólo para algunos acreedores, que no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar, que no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes, que no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes, que no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada, entre otros.

Por otro lado, la ley tampoco estipula qué sucede en caso de no homologar el acuerdo abusivo. Lo común, y que la doctrina ha considerado desde un principio como correcto, es que se declare la quiebra del deudor. Pero la jurisprudencia ha creado una alternativa menos gravosa, denominada tercera vía.

Como estudiantes del derecho entendemos que la tercera vía, como creación pretoriana frente a la posibilidad de decretar una quiebra o bien proceder al salvataje, es una decisión que un magistrado no tomara poniéndose en rol de empresario.

Pero que si lo hará pensar en los tiempos que corren, en la empresa como una fuente de trabajo, como un centro de productividad económica, como un lugar de contención, y por sobre todas las cosas como una unidad que se consolida por varias piezas en donde una de las principales son los individuos que se sirven de ella para consolidar sus familias y tener un rol social activo que les permita desarrollarse y prosperar.

Es por estos mismos motivos, que cuando nosotras como futuras operadoras jurídicas, pensamos al derecho, y en particular a la tercera vía, no descartamos la posibilidad de que existan propuestas abusivas, ni tampoco de que dado el caso deba decretarse la quiebra o bien consolidarse el procedimiento del artículo 48 LCQ.

Pero en el mejor de los casos opinamos que un juez al optar por la tercera vía, si se cumple con los requisitos estipulados para que esta sea admisible, va a tomar en consideración las circunstancias del deudor, las propuestas y posibilidades de mantener el centro productivo y los vínculos afianzados, dejando prosperar por el medio más plausible la economía del concursado. Dejando ver que el beneficio no será solo para éste último, sino también para todos los acreedores.

Bibliografía

- Alegría, Héctor- Algunas cuestiones de derecho concursal.
- Casadío Martínez, Claudio A. “El abuso del derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado” MJ-DOC-6175-AR | MJD6175.
- Junyent Bas, Francisco – Molina Sandoval, Carlos A., Ley de Concursos y Quiebras Comentada, Tomo I.
- García Martínez, Roberto- Derecho concursal- Ed. Abeledo- Perrot- 1997.
- Graziabile, Darío J.- Derecho concursal, Tomo 1- Ed. LexisNexis- 2006.
- Maffía, Osvaldo J.- Derecho concursal.
- Maffía, Osvaldo J.- La ley de concursos comentada.
- Maffía, Osvaldo J.- Manual de concursos.
- Maffía, Osvaldo J.- “Prior in tempore vs. “Par condicio”.
- Provinciali, Renzo- Tratado de derecho de quiebra, vol. III.
- Richard Efraín H.- En torno a la concursabilidad en la nueva ley de concursos.
- Rivera, Julio Cesar- Instituciones de derecho concursal, Tomo 1- Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Rivera, Julio C. – Vitolo, Daniel R. citado por: Junyent Bas, Francisco – Molina Sandoval, Carlos A.-Ley de Concursos y Quiebras Comentada, Tomo I.
- Rouillon, Adolfo- Régimen de concursos y quiebras- Ed. Astrea- 2012.
- Tonon, A.- Derecho concursal.

Jurisprudencia consultada

- C. N en lo Comercial- Sala D- 06/07/79- “Agesta Adolfo E. s/ pedido de concurso civil por Arias Eduardo D.”.
- Plenario de la C. N. Comercial- 26/12/1979- “Translinea S.A c/ Electrodinie S.A s/ concurso preventivo.
- Plenario de la C. N. Comercial- 19/06/1980- “Difry S.R.L”.
- Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 4/9/2001, “Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo”.
- Juzg. Comercial N° 9, Sec. 17, 3/4/2002, “Curi Hermanos S.A. s/ concurso preventivo”.
- C. N. Comercial- Sala A- 30/08/2002- “Arcángel Maggio S.A”.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza- 24/06/2003- Fallo “Argentfruit S.A s/ Concurso”.
- Juzg. Proc. Conc. y Registros Mendoza, n.3- 13/4/2004- “Pedro López e Hijos S.A. s/ concurso”.
- C. N. en lo Comercial- 25/06/2004- “Entertainmet Depot S.A s/ Concurso Preventivo”.
- Juzg. Comercial N° 12, Sec. 23, 28/2/2005, “Club Atlético Nueva Chicago Asociación Civil s/ concurso preventivo”.
- Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Matanza, Sala II- 22/03/2005 - “Dinardo, Liliana María Rita s/ Concurso Preventivo Pequeño”.

- C. Nac. y Com., Sala E- 19/5/2005- “Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash SA s/ conc. prev. S/ inc. de impugnación al acuerdo preventivo por Calcon Construcciones SRL”.
- C. Nac. Com., sala D- 22/6/2005-“Sociedad Comercial del Plata s/conc. Prev.”.
- Juzg. Civ. Com. Córdoba- 14/9/2005- “Pancor SA s/conc. prev.”.
- Juzg. de 1ra. Inst. en lo Civil y Comercial 39º Nom. de Córdoba, 23/9/2005, “Corrugadora Centro S.A. s/ concurso preventivo”.
- Sala D de la Cámara Nacional de Comercio, 19/9/2007, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo”.
- C. N. en lo Comercial- Sala A- 13/02/2009- “Inkwil S.A s/ Quiebra”.
- Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 10/05/2011, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”.