

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
Y JURIDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES
TEORICAS RECIENTES**

**TÍTULO: “¿Cómo evitar un
acuerdo abusivo?”**

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: Domínguez, Carolina
Luisa y González, Valentín Vicente.

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho
Concursal y Cambiario.

Encargado del curso Prof.: Casadio Martínez, Claudio A.

Lugar: Santa Rosa, La Pampa.

Año que se realiza el trabajo: 2024.

Resumen

El acuerdo preventivo judicial y extrajudicial son mecanismos legales utilizados para mitigar situaciones de insolvencia de personas de existencia visible, de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte. En el ámbito judicial, este acuerdo implica la presentación de una propuesta de pago a los acreedores, supervisada por un juez. Por otro lado, el acuerdo extrajudicial se negocia directamente entre partes involucradas, sin intervención judicial en principio, ya que posteriormente necesita la homologación de un juez para que surtan los efectos en todos los acreedores. Ambos buscan preservar la continuidad de la empresa y proteger los intereses de los acreedores.

Sin embargo, el abuso del derecho puede surgir cuando alguna de las partes utiliza alguno de estos acuerdos de manera indebida, perjudicando a otras partes o desvirtuando el propósito original. Esto puede manifestarse a través de propuestas deshonestas, ocultación de información relevante o manipulación de procedimientos para obtener ventajas injustas. La legislación busca prevenir este abuso mediante la imposición de requisitos y controles adecuados en los procesos de acuerdo, garantizando equidad y transparencia.

El juez ante un acuerdo abusivo debe decretar la no homologación del mismo, y frente a esta situación la jurisprudencia nos brinda otro instituto, la tercer vía, para que se pueda remediar, superar los obstáculos que impidieron la homologación y que el concurso preventivo siga adelante y no fracase.

Palabras clave: *Acuerdo preventivo, acreedores, perjudicial, protección de intereses, abuso del derecho*

Tabla de contenido

Introducción	4
Acuerdo Preventivo Judicial	5
Facultades Homologatorias del Juez Concursal	9
Antecedentes	9
Régimen Actual	11
El Control Judicial	12
El Abuso del Derecho	14
Concepto	14
¿Qué se Necesita para Considerar que Hay Abuso del derecho?.....	15
¿Dónde se Encuentra Receptado Actualmente?	16
¿Qué Podemos Tener en Cuenta para Determinarlo?.....	17
Supuestos de Abusividad en Materia Concursal.....	19
Propuesta Abusiva por Quita o Espera Excesivas	19
Cesión de Créditos o Subrogaciones.....	20
Abuso en la Denominada “Propuesta Residual”	22
La Falta de un Plan de Negocios	23
Fraude a la Ley y su Diferencia con el Abuso	25
Tercera Vía	26
Precedentes Jurisprudenciales	26
Concepto	28
Ante la No Homologación de un Acuerdo: ¿Tercer Vía o Salvataje?	29
El Acuerdo Preventivo Extrajudicial: Su Naturaleza y el Abuso del Derecho	30
Conclusión	34
Referencias	35

Introducción

En el presente, las legislaciones contienen procedimientos para que las personas no caigan en crisis, para ello, se sirven de diversos métodos, concursales o hasta pre concursales.

Los principios de colectividad, universalidad e igualdad de condiciones derivan en la subsistencia de la empresa como la mejor alternativa, teniendo como fundamento el bienestar general. Por lo tanto, la venta de los bienes del fallido y su distribución viene a ser la última alternativa concursal a utilizar; es decir, sólo debe darse una vez desechadas todas las herramientas previas de recuperación.

Aquí, toma relevancia la actuación del juez, quien debe evaluar la empresa, su fuente de trabajo y viabilidad económica para asentir su conservación.; dicha decisión puede verse reflejada al momento de homologar un acuerdo preventivo, ya sea extrajudicial o judicial, en el proceso de salvataje o en la adopción de la tercera vía.

En estas soluciones concursales, los jueces, mediante la aplicación del art. 52 LCQ tienen la expresa facultad de valorar las propuestas ofrecidas y analizar si son abusivas o en fraude a la ley.

En base a esto, es menester saber cuándo estamos frente a una situación abusiva o fraudulenta, y, para ello, debemos tener en claro el concepto de cada instituto y las circunstancias de cada caso en particular.

En el presente trabajo nos adentraremos a explicar que es el abuso del derecho en materia concursal, cómo y en qué momentos puede manifestarse y que medidas puede tomar el juez frente a estas situaciones, construyendo así la respuesta a la pregunta: ¿Cómo evitar un acuerdo abusivo?

Acuerdo Preventivo Judicial

Como lo sugiere Richard (2009) “la expresión “acuerdo” no es la prevista en el código civil, sino que se refiere a la posibilidad de que una propuesta del deudor - en caso de ciertas sociedades también de terceros(art. 48 LCQ)- pueda ser aceptada por mayoría”(p.2).

Dicho negocio requiere de homologación judicial para imponerse a los demás afectados.

Dictada la resolución judicial donde se declaran verificados, admisibles o inadmisibles el crédito o el privilegio, el concursado tendrá 10 días hábiles judiciales para ofrecer propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo si lo quisiese, para ello debe presentar a la sindicatura y al juzgado una proposición fundada de agrupamiento y clasificación de los acreedores verificados y admitidos.

Luego de la citada resolución de los créditos, dentro de los 20 días hábiles judiciales posteriores, el síndico debe expresar su opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación.

Una vez presentado el informe general, los acreedores que hubieran solicitado verificación tienen 10 días hábiles judiciales para formular observaciones sobre la propuesta de clasificación.

Finalmente, dentro de los 10 días hábiles judiciales posteriores al cierre del periodo de observaciones al informe general, el juez debe dictar una resolución fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas.

El criterio para la aprobación de la clasificación propuesta por el deudor, radica en la razonabilidad del denominador común de cada grupo, esto es a los fines de evitar una “manipulación de clases”, es decir, que la clasificación no se haga al solo efecto de neutralizar el poder de decisión de algunos acreedores, agrupándolos con otros donde no hay elementos comunes de afinidad que justifica la necesidad o conveniencia de la propuesta de acuerdo diferenciada.

El texto legal prevé que la categorización deberá contener, como mínimo, el agrupamiento de los acreedores en 3 categorías: quirografarios, quirografarios laborales -si existieran- y privilegiados. Estas categorías son exigibles sólo en caso de existir propuestas diferenciadas, y cuando además hubiera propuestas que comprendan a acreedores privilegiados.

Al ser la clasificación un beneficio para el deudor, nada impide que, en caso de no existir créditos quirografarios laborales, y el concursado no proponga acuerdo a los acreedores privilegiados, se formule una sola propuesta de acuerdo preventivo para todos los acreedores comunes, lo que torna innecesaria la clasificación de los mismos.

En cuanto a los plazos, desde la resolución judicial sobre los créditos hasta la resolución judicial sobre la clasificación de los acreedores, son 40 días hábiles judiciales.

Luego de la resolución judicial de clasificación y notificada la misma, tiene lugar el periodo de exclusividad. Durante este, el deudor puede ofrecer propuesta de acuerdo preventivo y lograr su aprobación por los acreedores. Su duración será de 90 días hábiles judiciales o por el plazo que exprese el juez concursal, el que no podrá exceder los 30 días del plazo ordinario.

La propuesta debe hacerse conocer públicamente, presentándola en el expediente concursal, por lo menos, 20 días hábiles judiciales antes del vencimiento del período de exclusividad. La omisión causa la quiebra indirecta, salvo la posibilidad del art. 48 LCQ.

En cuanto al contenido, el art. 43 LCQ, enuncia a modo ejemplificativo, modalidades de propuestas. Sin embargo, se admite cualquier acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, en relación con el total de los acreedores.

Debe integrarse, también, un régimen de administración y limitaciones a actos de disposición, aplicable en la etapa de cumplimiento, y la conformación de un comité de control que actuará como controlador del acuerdo.

De todas formas, hay límites a dicha propuesta, lo primero tiene que ver con la licitud, es decir, el contenido tiene que estar sujeto a las reglas del derecho común, su objeto no puede ser un hecho material o jurídicamente imposible, ni contrario a la moral, buena fe, o a las buenas costumbres.

Luego hay propuestas que se consideran inadmisibles, estas consisten en una prestación que depende de la voluntad del deudor.

Asimismo, hay propuestas discriminatorias, que son una especie dentro del género nombrado anteriormente; estas contienen cláusulas vejatorias, como las que crean una categoría para los acreedores que votan negativamente o los que se incorporan tardíamente al pasivo, perjudicándolos.

El deudor debe indicar que oferta es considerada residual, de tal manera que el acreedor que no ha podido decidir sobre la propuesta por haber sido inadmisibile (luego admitido por vía de revisión) o tardíos, queden incluidos en ella.

La aprobación de la propuesta debe gestionarla el concursado extrajudicialmente ante cada uno de quienes tienen poder de decisión sobre ésta, es decir, ante cada categoría de acreedores.

Dichas aprobaciones deben instrumentarse por escrito, en instrumento privado cuyas firmas estén certificadas por escribano público, autoridad judicial o en caso de entes públicos, autoridad administrativa.

Las conformidades para formar las mayorías necesarias, tanto de personas como de capital, a fin de que se apruebe la propuesta, deben justificarse ante el juzgado del concurso dentro del período de exclusividad.

Se celebrará una audiencia informativa en su caso, si a cinco días hábiles judiciales del vencimiento del período de exclusividad no se obtuvieron las conformidades suficientes. La misma se celebra a fin de que el deudor dé

explicaciones sobre la negociación, y los asistentes puedan formular preguntas acerca de las propuestas. La audiencia informativa es de suma importancia ya que es la última oportunidad que establece la ley para que el deudor pueda modificar la propuesta de acuerdo, sin embargo, la no celebración de ésta o su frustración, no tienen consecuencias jurídicas.

Cuando existan acreedores titulares de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos en serie, la LCQ en su art. 45 bis regula un procedimiento especial de determinación de conformidades o disidencias al acuerdo preventivo.

Será optativa la formulación de propuestas a los acreedores privilegiados. Si el deudor las formulare, puede hacerlo condicionando la propuesta de los quirografarios a la aprobación de la propuesta de los privilegiados. Si ese condicionamiento no se realiza, la falta de aprobación de la propuesta para privilegiados no produce la frustración del concurso preventivo; éste prosigue siempre y cuando, se aprobará la propuesta para quirografarios.

Si el deudor no presentara en el expediente, en el plazo correspondiente, las conformidades de los acreedores quirografarios, será declarado en quiebra y esta decisión es inapelable, salvo que se den las condiciones necesarias para que proceda el salvataje.

Este instituto, inspirado en la protección del interés de la empresa y de su organización jurídica, está conformado por un segundo período de negociación que se abre para que terceros puedan ofrecer, negociar y acordar propuestas de acuerdo preventivo con los acreedores y los socios de la parte deudora. Cabe aclarar que en este nuevo periodo la concursada también queda habilitada para seguir negociando propuestas.

Caso contrario, es decir, si el deudor hubiese obtenido y presentado las conformidades requeridas por la LCQ, el juez dictará resolución sobre la existencia

de acuerdo preventivo. En esta instancia la tarea del juez será verificar que se hayan reunido las mayorías necesarias para la aprobación de las propuestas.

Dentro de los 5 días de notificada dicha resolución por ministerio de ley, los acreedores tendrán la posibilidad de realizar las impugnaciones que crean correspondientes, conforme a las causales del artículo 50 de la LCQ.

Se encuentran legitimados para ello los acreedores verificados y admitidos, comprendidos dentro de la clase o categoría correspondiente a la propuesta objeto de impugnación, los acreedores que hubieran promovido incidente de verificación tardía, aunque este no estuviese todavía resuelto y los solicitantes de verificación tempestiva, inadmitidos o no verificados que hubieran promovido recurso de revisión.

Si el juez considera que la impugnación es procedente, en la resolución debe declarar la quiebra. De lo contrario, homologará el acuerdo.

Facultades Homologatorias del Juez Concursal

Antecedentes

Las facultades homologatorias del juez tienen como fecha de nacimiento la ley belga de 1883. La misma le puso fin al, hasta ese entonces, predominante interés de los acreedores. Desde este momento, comienza a tenerse en cuenta la situación del deudor inculpable de su insolvencia, que libre de todo actuar malicioso o imprudente, había caído en la cesación de pago. Así el concurso preventivo quedaba habilitado para el deudor que lo mereciera, y, se otorgaban facultades al juez para evaluar mérito y conducta del mismo, extremos exigidos por la ley para la homologación del acuerdo.

En Argentina, con la ley 4.156 de 1902, la facultad del juez de homologar el acuerdo preventivo quedaba limitada por la voluntad de los acreedores; su función se reducía a homologar o rechazar el acuerdo aprobado por mayoría.

Más tarde, en 1933 se sanciona la ley 11.719 que le permitió al juez realizar un análisis del concordato antes de darle efectos. La misma, en su artículo 40, lo facultaba a negarse a aprobar el acuerdo si consideraba que las bases aceptadas por la mayoría eran notoriamente gravosas para el interés general.

Así, mediante este artículo, la ley cumplía con su fin: proteger los intereses de los acreedores minoritarios.

Ya para 1972 se sanciona la ley 19.551, y con a misma se vieron ampliadas las facultades del juez. Este comienza a realizar el “control de legalidad”, es decir, verificar si los requisitos legales de promoción del concurso y pasos siguientes habían sido satisfechos y por lo tanto, si merecían de su homologación.

En 1995 la ley 24.522 reemplazó el texto del art. 61, ley 19.551, por el del art. 52 de corte privatista que establecía: “No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días”.

Si analizamos el artículo, podemos deducir que, alcanzadas las mayorías, el juez se encontraba obligado a homologar el acuerdo, omitiendo cualquier otra consideración sobre éste, sea a favor o en contra.

A raíz de la reforma comenzó a plantarse en doctrina qué facultades tenía el juez concursal. Por un lado, la postura minoritaria establecía que la única facultad del juez era verificar que se hayan alcanzado las mayorías exigidas por la ley para la aprobación del acuerdo. Por el otro, la mayoría de los autores sostenían que, a pesar del texto legal, el juez conservaba la potestad de llevar adelante un control de legalidad, teniendo en cuenta los principios generales del derecho.

Es notable destacar que actualmente, aunque el acuerdo cumpla con las mayorías establecidas por ley, los tribunales no necesariamente lo homologan ya que pueden considerarlos abusivos, fraudulentos o contrario a la moral y a las buenas costumbres. Ejemplo de ello es el fallo "Línea Vanguard SA s/concurso preventivo" en el cual se ha dicho que “no obstante lo que pareciera resultar del

texto del actual art. 52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales, toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad (arts. 953 y 1071, CC)"(Muñiz, s.f., pp. 43-50).

Régimen Actual

Después de este breve recorrido por la historia queremos resaltar que las facultades homologatorias del juez han quedado plasmadas y fundadas art. 52 de la LCQ, el cual ha quedado redactado de la siguiente forma gracias a las reformas introducidas por la ley 25.589:

ARTÍCULO 52.- 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;

iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes.

Entiéndese 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. (Ley 24.522. Ley de Concursos y Quiebras, 1995 de 7 de Agosto)

Analizando el texto del mencionado artículo podemos sostener que se trata de dar una solución equilibrada entre las facultades homologatorias del juez concursal y de la voluntad de los acreedores.

El Control Judicial

El control judicial del acuerdo es un paso fundamental que debe realizar el juez. El mismo consiste en analizar si el concordato se ha realizado conforme a las buenas costumbres, la moral y si no es abusivo, ni fraudulento.

Una vez verificado esto, el juez lo legitima formal y sustancialmente, tornándolo obligatorio para todos los acreedores por causa o título anterior al proceso, hayan o no intervenido.

Nos parece interesante destacar lo expresado por los jueces en una serie de causas con respecto a los extremos que deben tenerse en cuenta en el ejercicio de las facultades homologatorias para realizar un óptimo control judicial:

1) El carácter abierto de la fórmula del abuso del derecho y la necesidad de ponderar con criterios de razonabilidad las pautas relativas a la moral y a las buenas costumbres, es decir, lo que la Cámara Nacional denomina “un valor social medio”.

2) El rol de la empresa, dadora directa e indirecta de empleo, en pleno crecimiento, productora y exportadora de bienes, aspecto que se desprende con nitidez en el caso de Editorial Perfil con más de 300 trabajadores. Aquí se alza la relevancia social y económica del emprendimiento a la luz de la comunidad donde se inserta y el impacto que su continuación o cese puede implicar para la economía del sector de que se trate.

3) El plan de empresa a la luz de los informes agregados por la sindicatura y concursada, o requeridos expresamente por el juez, a saber, la inserción social de cada empresa en el medio. En este punto está presente la correcta administración de la empresa concursada y lo que podemos denominar credibilidad de la propuesta y específicamente, posibilidades de control y seguimiento de la administración y, por ende, de la gestión empresarial.

4) La relación existente entre el plan de pagos y la efectiva capacidad de generar ingresos por parte de la concursada. Esta perspectiva es lo que la Corte ha denominado prueba del máximo esfuerzo entre la capacidad de pago de la concursada y el sacrificio de los acreedores que permita ponderar como razonable la “natural solidaridad en las pérdidas” que implica el concurso preventivo. Hoy diríamos la demostración del “esfuerzo compartido”.

5) El eventual resultado del dividendo falencial en caso de liquidación. Esta última pauta es significativa para evaluar la mantención del emprendimiento, en

atención a su utilidad y viabilidad productiva, y la inconveniencia de su liquidación coactiva. (como se cito en Junyent Bas, 2018, pp.10 -11)

El Abuso del Derecho

Concepto

La doctrina es rica en este punto, por lo tanto, nos limitamos a recopilar una serie de definiciones sobre el instituto;

Siguiendo lo establecido por Casadio Martínez (2013) habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, 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. (p. 1)

Según Spota nos encontramos ante un acto anti funcional, contrario al espíritu del derecho, un derecho absoluto de carácter incausado ajeno a la finalidad social y económica perseguida por la norma. Postula que los derechos individuales deben ajustarse a los fines, al espíritu de la norma, a su objeto, siendo las prerrogativas jurídicas de esencia social. Las directivas de aplicación para el juez se entroncan con la buena fe, la moral y las buenas costumbres, el equilibrio de intereses, el ejercicio funcional, la presencia de interés real y confesable. (como se citó en Mayordomo, 2013, p. 41)

Jaime Lluís y Nava, por su parte, establecen que el abuso del derecho consiste en el ejercicio de un derecho contra su razón de ser y en perjuicio de un tercero y, por lo tanto, exponen que esto constituye una extralimitación.

Además, fundamentan que lo expresado concuerda con la concepción académica de la idea de abuso, ya que el Diccionario de la Real Academia Española

entiende por abusar “usar mal, excesiva, injusta impropia o indebidamente alguna cosa”.

Refiriéndonos a la terminología, existe alguna doctrina según la cual no puede concebirse el uso abusivo de un derecho, ya que un mismo acto no puede ser simultáneamente conforme y contrario a derecho. Dentro de esta postura encontramos a Marín quien sustenta que “la expresión “abuso de derecho” es contradictoria, pues la idea de abuso se contrapone a la de derecho”. La misma línea siguieron en Francia Planiol y en Italia Brunetti quienes sostenían que el derecho cede donde el abuso empieza. Igual postura adopto el jurista argentino Luis Moisset de Espanés. (Lluis y Navas, 2013, p. 3)

¿Qué se Necesita para Considerar que Hay Abuso del derecho?

Existen diversas respuestas a esta pregunta y con ellas nacen distintas teorías;

Subjetivas: Son las que fundan el acto abusivo en la intención del sujeto. Presentan el problema de la dificultad probatoria.

Objetivas: Fundan el acto abusivo en el hecho de contrariar el destino económico y social que motivó el reconocimiento del derecho y la contradicción entre el espíritu de la norma y la conducta desplegada.

Mixtas: Conjuga elementos de ambas corrientes.

Cabe aclarar que las posturas subjetivas han ido quedando en desuso, basta con que nos encontremos frente a un acto que se ejercita de manera anti funcional o contra las finalidades generales del derecho, prescindiendo de toda intención maléfica, negligencia o culpa del agente. Ha quedado esto asentado por nuestra Corte en el fallo "Dir. Nac. Vialidad c/ Barbagelata e Hijos SRL y otras" en el que se sostiene que "La imputación de culpa no constituye uno de los parámetros legales exigidos para considerar verificada la existencia del abuso de derecho".

Además, podemos fundar la imposición de la teoría objetiva por sobre la subjetiva en lo sostenido por la Corte Suprema:

...en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva, o cuando sea abusiva o en fraude a la ley. (Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo, 2007, considerando 9, parr. 3)

¿Dónde se Encuentra Receptado Actualmente?

El artículo 14 de la Constitución Nacional (1995 de 3 de enero) es de suma importancia en el tema ya que consagra: “Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”.

A través de esta directiva podemos sostener que no todos los derechos son absolutos, sino que deben ejercerse relativamente, es decir, son susceptibles de limitaciones o restricciones, siempre que se tenga un fin constitucionalmente válido.

Por otra parte, y esta vez sí de forma expresa, encontramos al abuso del derecho en el artículo 10 del código civil y comercial (2014 de 1 de octubre):

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Así el legislador se ha encargado de determinar cuándo una conducta es abusiva, sustentándose en nociones generales como la buena fe, la moral y las buenas costumbres, que nos servirán de guía para una correcta interpretación en todos los casos.

En cuanto a la Ley de Concursos y Quiebras (1995 de 7 de Agosto), solamente hace expresa mención en el artículo 52 inciso 4, donde establece: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

En caso de que el juez estime que la propuesta es abusiva, no deberá homologar el acuerdo, y puede disponer la quiebra indirecta, el comienzo del proceso de salvataje u ordenar adecuar la propuesta.

¿Qué Podemos Tener en Cuenta para Determinarlo?

El abuso del derecho es de difícil determinación, por lo tanto, para saber si estamos frente a una situación, o en el caso que nos concierne, una propuesta concursal abusiva, debemos; en primer lugar, tener en cuenta las características propias del caso concreto y, posteriormente, servirnos de ciertos parámetros, criterios y presupuestos doctrinales y jurisprudenciales que han ido surgiendo y que nos permiten establecer cuando existe abuso del derecho.

A continuación, y a modo de ejemplo citamos algunos de ellos;

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, fija que para que se configure abuso del derecho debe existir:

- Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal.
- Un uso contrario a los claros fines de la norma.
- La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario.

- Un grave daño, ya que no cualquier daño es suficiente para configurar el ejercicio abusivo del derecho; debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo; de tal magnitud que resulte una injusticia. (como se cito en Casadio Martinez, 2013, p.4)

En la reunión académica del instituto de derecho comercial de la Universidad Notarial Argentina, realizada el 24 de abril de 2004, se expusieron las siguientes pautas que se pueden tener en cuenta para determinar si hay abuso:

- Si la voluntad de los Acreedores es relevante acompañando la totalidad de los acreedores (denunciados, insinuados, en revisión, en verificación tardía) y la proporción que votó el acuerdo;
- Si la voluntad de los acreedores fue libre o fue obtenida mediante manipulaciones hechas por el deudor,
- La comparación de lo ofrecido en la propuesta con un eventual dividendo de quiebra, y
- La existencia de empresa socialmente útil y generadora de empleo, y sin que ninguna resulte en sí misma configurativa o excluyente. (como se cito en Negro, 2023, párr. 25)

Por otra parte, en el cuarto Congreso Provincial de Síndicos Concursales, se hizo referencia a los parámetros que puede tener en cuenta el síndico a la hora de determinar si una propuesta resulta abusiva. Los expositores propusieron:

- Comparar el importe del crédito verificado con lo que se propone pagar a los fines de determinar el porcentaje real de cobro. (Dres. Mujica-Ramírez), teniendo en cuenta el plazo de cumplimiento de la propuesta. (Dra. Osso).
- Solicitar a la concursada un estado patrimonial en oportunidad de la homologación a los fines de determinar el eventual dividendo concursal en una ulterior quiebra con el crédito a cobrar. (Dres. Mujica-Ramírez).

- Tener en cuenta el tiempo insumido en el trámite concursal ya que la espera propia del proceso conlleva una quita. (Dres. Mujica-Ramírez).
- Compatibilizar los derechos de los acreedores con la continuidad empresarial y la fuente de trabajo, merituando el impacto socio económico que provocaría la quiebra de la deudora. (Dra. Rodríguez).
- Analizar la posibilidad de cumplimiento de la propuesta. (Dra. Rodríguez).
- Determinar el valor máximo que pueda pagar el deudor (Dra. Rodríguez).
- Conocer la existencia de un plan de empresa que permita evaluar su viabilidad. (Dres. Rodríguez y Osso).
- Evaluar la conducta asumida por la concursada y en su caso los administradores ante la cesación de pagos. (Dra. Rodríguez).
- Tener en cuenta la existencia de renunciaciones a privilegios y la existencia de acreedores complacientes, cesiones y pagos por subrogación que se realicen durante el concurso (Dra. Osso). (Comisión de Admisión de Trabajos y Redacción de Conclusiones, 2009 de 5 de septiembre, p. 2)

Supuestos de Abusividad en Materia Concursal

El abuso dentro del proceso concursal se puede encontrar de distintas maneras: en una propuesta de acuerdo abusiva por quita o espera excesivas, cesiones de créditos, renunciaciones de privilegios, categorización injustificada, propuesta residual, subrogaciones de acreedores declarados verificados o admisibles que tienen en miras fines extra concursales, etc.

Propuesta Abusiva por Quita o Espera Excesivas

Con relación a la quita, la actual legislación no hace mención a la proporción mínima que se debe pagar, pero como antecedente, la ley 19.551, establecía que el deudor debía ofrecer al menos el pago del cuarenta por ciento de los créditos quirografarios anteriores a la presentación. No obstante, a pesar de su abolición, este mínimo sigue siendo utilizado por los jueces.

En definitiva, no existen parámetros estandarizados para juzgar cuando una quita y espera resultan abusivas.

A nuestro entender lo que el juez debería tener en cuenta es que la propuesta concordataria sea la máxima que puede cumplir el concursado en el plazo y condiciones declaradas. Para esto debe servirse de dos indicadores; el valor presente de la propuesta y la real capacidad de pago que tendrá el concursado en el tiempo de espera que conlleva el acuerdo. De esta manera podrá tomar una decisión más adecuada a la realidad. Pues decretar abuso de derecho por el solo dato del valor presente, puede condenar a la empresa a su quiebra cuando realmente no está en condiciones de pagar algo más de lo que propone.

Cesión de Créditos o Subrogaciones

En principio el pago por subrogación efectuado por un tercero o la cesión de créditos hecha por un acreedor originario respecto de una deuda incluida en el pasivo concursal, no se encuentran vedados por el ordenamiento normativo.

El problema se suscita a partir del reconocimiento de la participación en el periodo de exclusividad de acreedores no originarios, es decir, distintos de los verificados y declarados admisibles. En este sentido, no puede desatenderse que el pago de estos podría llegar a utilizarse de manera abusiva o fraudulenta por el deudor pudiendo así liberarse de un acreedor que impide lograr las mayorías o por parte de acreedores para obtener una posición dominante frente al acuerdo.

Es dable destacar que, en los concursos, el derecho de voto se atribuye en la persona del acreedor y no del crédito que ostenta.

Esto refiere que, si un acreedor posee varios créditos exigibles, dispone de un solo voto, y no uno por cada crédito.

Para lograr esta mayoría, sucede que el acreedor votante no es un acreedor originario, sino que quien lo hace ha adquirido su crédito por un contrato de cesión o pagando de forma subrogada, lo que en muchas ocasiones resulta en que es el propio deudor quien termina votando su propuesta. (Gorodischer, 2021, parr. 9 -11)

Actualmente para evitar dichos sucesos, la LCQ excluye del derecho a voto a ciertas personas; parientes del deudor, socios, administradores y cesionarios de sus créditos dentro del año anterior a la presentación en concurso.

Pero lo que no ha tenido en cuenta el legislador es que existen otra serie de supuestos de los que se podría valer el deudor o acreedor malicioso para lograr las mayorías requeridas.

Igualmente, el poder judicial funciona como un filtro para estos casos, ejemplo de ello es lo resuelto en el fallo Ganino, Antonio s/ Quiebra (2016) en el que se ha expuesto:

No puede admitirse que un tercero no interesado sin la conformidad expresa del acreedor y mediante un pago parcial de la deuda por el monto verificado, pueda quedar subrogado en los derechos, acciones y garantías que éste tenía y por lo mismo ejercer el derecho de voto, “dado que ello importaría reconocer un supuesto de pérdida de un derecho patrimonial meramente suspendido que no se encuentra previsto legalmente y violentaría el derecho de propiedad”. En este sentido, la magistrada afirmó que la subrogación en el "Ius votandi" vulnera los derechos del acreedor, pues “cercena su derecho a voto con una propuesta que le es desfavorable a sus intereses”.

En aras de la transparencia de la formación de la voluntad colectiva concordataria, el resguardo y protección del derecho de las minorías, debe excluirse el derecho de voto de esos terceros no interesados, que pagaron lo que no debían para incorporarse al concurso y prestar su conformidad a sabiendas de que aún cuando hipotéticamente se cumpla el concordato tendrán una pérdida patrimonial, sin un interés jurídico tutelable -cuanto menos debidamente explicitado-, por lo que esta exclusión es consecuencia del ejercicio abusivo y disfuncional del derecho que evidencia esa conducta (art. 1071, párrafo segundo, CCiv.), que debe encausarse a efectos de no desnaturalizar el recto sentido del voto. (considerando 2 y 4)

De esta forma, podemos ver que para determinar si la sustitución del acreedor originario en el concurso preventivo es conforme a derecho, será necesario estudiar cada caso específico y analizar tanto el interés encubierto que las partes persiguen, como el carácter lícito o ilícito en que se transmite.

Abuso en la Denominada “Propuesta Residual”

La LCQ en su art. 43 habilita al deudor a formular distintas propuestas para las diferentes categorías de acreedores y, a su vez, realizar diversas propuestas dentro de una misma categoría.

A raíz de esto, existe un debate que gira en torno a cuál debe ser la propuesta aplicable a aquellos acreedores que no hayan exteriorizado voluntad positiva alguna, como es el caso de titulares de acreencias que no participaron del acuerdo, por no haber prestado conformidad con el mismo, o por haber logrado el reconocimiento de sus créditos, por ejemplo, mediante las vías de revisión o verificación tardía.

Es así como algunos deudores tomaron la iniciativa de que, al momento de formular el menú de propuestas, indicaban como “propuesta residual” a la más gravosa, contemplando una mayor quita o mayor tiempo de espera.

Esta práctica opera no sólo como una manera indirecta de intimidar a los acreedores, sino que también afecta la libertad en la toma de decisiones, al principio de igualdad que rige entre ellos y los somete así a una situación de abuso. Vemos entonces que, el no prestar su conformidad, los condenaría a quedar atados a la propuesta más perjudicial del abanico y a cobrar su crédito en términos desiguales.

Por esa razón, si el juez llegara a la conclusión de que la propuesta residual es más perjudicial que otras, tiene el deber de rechazarla, o en todo caso establecer cuál de todas las propuestas debe ser considerada aplicable a los acreedores que no prestaron conformidad.

En base al tema de la abusividad en la denominada propuesta residual, hubo varios pronunciamientos judiciales, uno de ellos lo hizo la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas (2003) quien expreso:

La aceptación de una propuesta por los acreedores es un acto positivo y no puede aceptarse que dicha manifestación de la voluntad recepticia sea presumida por el silencio. La propuesta de la concursada pretende vulnerar este régimen de mayorías y crear una clase de acreedores no prevista legalmente: los acreedores que no votaron el acuerdo. Estos últimos, de seguirse la tesis sostenida por la concursada y la sindicatura quedarían afuera del principio de la mayoría y serían sometidos a una propuesta no votada ni aceptada sino ilegítimamente impuesta. Quienes ejercieron sus derechos creditorios conforme su derecho a no votar no pueden quedar en peores condiciones que los que sí votaron la propuesta del menú porque no hay norma alguna que establezca tal penalidad.

A su vez, más recientemente se estableció que debe tenerse por no escrita la disposición de una propuesta que establece que los acreedores tardíos, revisionistas, disidentes y los impedidos de votar quedan sujetos a la alternativa más gravosa para sus derechos, ya que ello viola el principio de igualdad de los acreedores de una misma categoría y constituye una cláusula abusiva en los términos del artículo 52, inciso 4, de la ley 24.522. (Serra, 2008, p. 27)

La Falta de un Plan de Negocios

Para introducirnos en este caso, debemos tener en consideración el concepto de empresa.

En general, una empresa es una agrupación, tanto de personas como de bienes, materiales y financieros, cuyo fin es producir algo o prestar un servicio en particular.

En el supuesto de que el concursado lleve adelante una organización de estas características, resulta de interés considerar que al formular la propuesta de

acuerdo preventivo a sus acreedores, presente un plan de negocios mediante el cual dé sustento de lo ofrecido.

El problema radica en que los deudores de alguna manera limitan el ofrecimiento sin dar las pautas ni explicaciones de cómo se generaron los recursos con los cuales afrontará en tiempo y forma las obligaciones asumidas.

El artículo 45 de la Ley de Concursos y Quiebras (1995 de 7 de Agosto) nos indica:

“El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento...”.

A raíz de este artículo nos encontramos ante dos problemáticas marcadas:

Primero, la vaguedad de la expresión “régimen de administración”, ya que no pueda ser automáticamente asimilado a un verdadero plan de negocios, y, en segundo lugar, es criticable que los tribunales se conformen con el simple hecho de que el deudor se comprometa a continuar con la marcha de la empresa y a hacer un pronóstico positivo sobre el futuro de la misma.

Es preocupante que en la práctica los jueces homologuen esta clase de acuerdos ya que es ilógico que una persona que llega a esta instancia no deba realizar un correcto plan de negocios que le permita sostener que va a ser capaz de afrontar las obligaciones contraídas.

Así, una propuesta que no contenga una explicación de cómo se va a administrar la empresa, y como se pretende cumplir con los acreedores se tornaría en abusiva.

Sobre este tema destacamos lo expuesto por Casadio Martínez (citado en Richard, 2009) en referencia al caso Fachadas Integrales SRL:

Si bien somos partícipes que sea obligatoria la presentación de la justificación de la propuesta o plan de empresa, no surge del fallo que se hubiera intimado a la concursada a presentarlo, razón por la cual estimamos que la omisión

de confeccionar un plan de administración de sus negocios, conforme lo exige el art. 45 de la LCQ, ello es motivo per se para decretar la quiebra.

Se reconoce así que la propuesta se integra no sólo con la previsión económica, sino con el régimen de administración que conforma un plan de negocios y con la designación del Comité de control debidamente aceptado por cierta mayoría, que comporta que ha tanteado con los acreedores la propuesta económica que formaliza.

Fraude a la Ley y su Diferencia con el Abuso

Como podemos ver de lo que resulta del art. 52 de la LCQ, no sólo el juez deberá controlar que la propuesta sea en abuso del derecho, para decidir no homologarla, sino que también debe prever que no haya sido hecha en fraude a la ley, y es acá donde debemos diferenciar estos dos institutos.

Conceptualmente, no se deben confundir. A grandes rasgos, el fraude supone acogerse a una norma para burlar las consecuencias de otra, mientras el abuso implica un exceso en el ejercicio de un derecho desviándose de su finalidad.

Señala Asúa, el abuso del derecho atenta contra la disposición utilizada, mientras el fraude supone servirse de una norma para atentar contra otra; en otras palabras, el objetivo de ambos es distinto. No obstante, ambas figuras tienen en común el intento de apoyo en una disposición para llegar a un resultado no querido por el legislador. (citado en Lluís y Navas, 2013, p. 14)

Vemos entonces que ambas figuras no coinciden en el objetivo específico, pero sí en su finalidad, la cual es ilegítima. Aunque la diferenciación sea clara entre estos conceptos, hasta los propios jueces incurrir en confusiones al momento de aplicar la ley.

En materia concursal, uno de los claros ejemplos de fraude se da cuando el deudor se pone de acuerdo con uno o más acreedores para perjudicar a otros o a terceros, y también cuando obra solo, por ejemplo, engañando a quienes firman el

acuerdo. Es decir, se trata de un instituto íntimamente vinculado al concepto de dolo, como vicio de la voluntad.

Además de estos ejemplos, el fraude en el concurso preventivo puede recaer sobre la identidad del deudor contrariando lo dispuesto en el art. 11 LCQ en cuanto el mismo exige su individualización, sobre el estado de cesación de pagos; presupuesto necesario para la apertura de un concurso contemplado en el art. 1 LCQ, sobre la radicación del concurso; constituyendo un domicilio ficticio (art. 3 LCQ), sobre la omisión en la denuncia de todos los acreedores (art. 11 inc. 5 LCQ) y sobre el alcance ficticio de las mayorías que requiere el art. 45 LCQ.

Tercera Vía

La tercera vía tiene lugar al momento de decidir sobre la homologación o no del acuerdo concordatario. En este contexto, se puede decir que la primera vía es la homologación del acuerdo preventivo, la segunda vía es la declaración de la quiebra o salvataje, y la tercera vía consiste en la posibilidad de que el concursado reformule los términos del acuerdo con la finalidad de mejorar su propuesta y subsanar las causas por las cuales no se logró su homologación. (Balduzzi, 2014, p. 194)

Precedentes Jurisprudenciales

El origen de la tercera vía es pretoriano, por lo que no se encuentra receptado en ningún texto legal.

Tuvo su punto de partida en un caso en el que propuesta consistía en el pago del 40% de los créditos verificados en un plazo de 5 años, 20 cuotas anuales y sin intereses, resultando la misma abusiva. Así, surgió la posibilidad de readecuar la propuesta; específicamente con el voto del Dr. José Luis Monti, quien sostuvo:

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. (Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo, 2001)

También merece nuestra mención el caso Curi hermanos S.A (2002), donde resumidamente el acuerdo consistió en una forma de pago para los acreedores verificados y declarados admisibles, y otra forma de pago para los verficantes tardíos o revisionistas. Dicho acuerdo no cumplía con uno de los requisitos legales para su homologación, la igualdad de trato de los acreedores en cada categoría. Es por eso, que el magistrado Eduardo Favier Duboi, resolvió homologar el acuerdo, pero modificándolo para cumplir con el requisito legal infringido, condicionado al consentimiento del concursado.

Finalmente, es interesante la respuesta que nos da Aida Kemelmajer de Carlucci frente al siguiente interrogante:

¿Debe el juez ante una situación abusiva o fraudulenta atenerse a la literalidad de la norma (Art. 52 inc.4 LCQ) y no homologar el acuerdo o puede proponer otra alternativa?

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" 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; 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.

Cuando el legislador quiere limitar las posibilidades judiciales frente al abuso lo hace expresamente. Así por ej., el nuevo art. 52. 2.b. intenta paliar el abuso del acreedor minoritario, pero para poder homologar, no obstante la inexistencia de mayorías dentro de una categoría, el tribunal debe ceñirse a todos y cada uno de los recaudos previstos en la ley.

En cambio, ese mismo legislador usó una fórmula abierta para combatir el abuso del deudor en la propuesta de concordato, aunque haya sido votada por una mayoría. (Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas., 2003)

En este contexto, el tribunal resolvió remitir la causa al juzgado de primera instancia, para que dicte un pronunciamiento que permita subsanar el abuso declarado.

Concepto

La tercera vía tiene por objeto darle la oportunidad al concursado de adecuar la propuesta de acuerdo con la finalidad de superar los obstáculos que impidieron su homologación evitando de esta manera el fracaso del concurso preventivo y permitiendo la continuidad del deudor a cargo de la empresa. (Negro, 2023, parr. 73)

A través de la tercera vía se podrán adoptar distintas soluciones; esto puede verse reflejado en distintos precedentes de jueces que han optado por aplicar la norma de forma flexible.

Ejemplos de esta forma de resolución son la homologación del acuerdo condicionado a que el concursado de su consentimiento sobre los cambios que se le

hayan hecho o acepte mejorar la propuesta de acuerdo según las pautas fijadas por el tribunal o adopte las modificaciones que haya ofrecido en la alzada, o se otorgue un plazo de 60 días para que se lleve adelante otra asamblea de obligacionistas, etc...

Ante la No Homologación de un Acuerdo: ¿Tercer Vía o Salvataje?

Cuando se decide no homologar, ante un supuesto de abusividad o fraude a la ley, el juez en principio declarará la quiebra o iniciará el salvataje. Pero éste último procedimiento no es para cualquiera. No se va a aplicar a los denominados pequeños concursos y va a ser procedente cuando estén involucradas sociedades de capital, sean S.R.L. o S.A., cooperativas, y sociedades que tengan participación del Estado sea nacional, provincial o municipal, excluyendo aseguradoras, mutuales, entre otras entidades.

De modo tal que, en los supuestos en los que no proceda el salvataje, por no estar comprendido en los requisitos que se necesitan para iniciarlo, se podría tomar como alternativa la tercer vía, cuyos argumentos para su procedencia también se basan en la naturaleza y el fin que tiene el concurso preventivo, evitar la quiebra.

Llegar a una justa composición de intereses entre el concursado y los acreedores, superar la crisis económica, el saneo y posterior conservación de la empresa, proteger las fuentes de trabajo, son algunas de las aspiraciones a las que se quiere llegar en estos casos.

Cuando corresponde el procedimiento de salvataje, la utilización de la tercera vía no puede sostenerse, porque éste ya sería una solución factible y combativa a la crisis empresarial, además de que tiene su respaldo legal y no es una mera creación pretoriana, donde se evita la liquidación.

Ahora bien, si bien el salvataje y la tercer vía son opciones que tiene el deudor con un mismo objetivo en común, es importante destacar el fallo "Sociedad

Comercial del Plata S. A.”, donde se vieron expuestos los siguientes fundamentos para considerar que la mejor opción es la tercera vía:

No se vio necesario el “cambio de manos” que supone el salvataje respecto del empresario, dado a que las denuncias de fraude fueron desestimadas, sumado al extenso lapso de tiempo durante el cual la concursada ha continuado con la actividad comercial en el marco del proceso concursal (más de diez años).

Asimismo, 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.

Otro argumento fue la trayectoria y experiencia empresarial de la concursada en el país, lo que hacía presumir que podía afrontar la reestructuración de la empresa si los acreedores votaban favorablemente (Balduzzi, 2014, p.198).

Creemos que este caso, que sigue la línea de los precedentes que dieron origen a su creación, hizo que se remarque la elección de una vía no liquidativa que no está prevista normativamente para superar un estado de cesación de pagos, ponderando las circunstancias fácticas particulares y dando preferencia al dueño actual de la empresa para que gestione un nuevo acuerdo con posibilidades de homologarse.

La elección de la tercer vía hace que el empresario que conoce el negocio y la unidad de producción de bienes o prestación de un servicio en particular siga al mando, sin tener que ser sustituido por un tercero, lo cual es una ventaja, porque si esta titularidad queda en manos de una persona ajena, sería realmente como empezar de cero.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial: Su Naturaleza y el Abuso del Derecho

Hace algunos años, sólo se concebía que la figura del acuerdo preventivo, en la ley concursal, sea judicial, mediante la tramitación de un proceso concursal.

Fue recién en 1983, con la reforma a la antigua ley de bancarrota introducida por la ley 22.917, cuando apareció una figura "pre concursal".

Más adelante, a través de la ley 24.522, se introdujo el llamado "Acuerdo Preventivo Extrajudicial", el cual careció en su momento de aplicación práctica porque solo era obligatorio para las partes que lo suscribían.

Con la modificación de este capítulo por ley 25.589, sancionada en el 2002, fue que se le otorgó una mayor participación a los acreedores, proporcionando un mecanismo en el que prime la autonomía de la voluntad por sobre la intervención judicial y obligue a todos, no sólo a los que participaban en su confección.

Desde la contemplación de un articulado para la regulación del acuerdo preventivo extrajudicial, a través de las reformas a la LCQ, se armó la discusión sobre cuál es su naturaleza jurídica, ya que se previó que los efectos de su homologación sean los mismos que el de un acuerdo preventivo judicial y se apliquen además varias secciones de la ley que fueron hechas para este último.

Ante esto, la doctrina fue adoptando distintas posturas:

Una contractual, donde se establece que el APE es un acuerdo que celebra un deudor con sus acreedores para superar el estado de cesación de pagos en el que se encuentra o las dificultades económicas o financieras de carácter general que lo afecten, la cual implicaría que debe cumplir con todos los requisitos necesarios para los contratos previstos en el Código Civil y Comercial.

Una concursal, donde se pone énfasis en la correspondiente presentación, homologación y los efectos que produce el acuerdo. Esta teoría define al APE como una subespecie o subtipo de concurso. Lo dispuesto en el Art. 76 de la actual ley concursal fundamenta esta posición, además de contribuir a rellenar los vacíos o lagunas que pueden llegar a suscitarse en torno al procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial.

Y por último nos encontramos ante una postura mixta, que une a las dos teorías extremas mencionadas anteriormente. Esta posición doctrinaria lo divide en dos etapas. La primera etapa, que sería el nacimiento de este tipo de acuerdos, tendrá carácter contractual y la segunda, a partir del pedido de homologación le atribuirá la naturaleza concursal.

Así podemos decir, de acuerdo a lo expresado por Junyent Bas, Molina Sandoval y Boretto (citados por Gerbaudo, 2013, p.144) que el acuerdo extrajudicial tiene dos facetas claves:

i) fuerza jurídica que nace de la convención entre el deudor y los acreedores, obtenida en una etapa de negociación extrajudicial; (ii) eficacia omnicomprendiva de los acreedores que sólo se obtiene con la homologación judicial, o sea, con el control de legalidad formal y sustancial del órgano jurisdiccional.

Esta última postura a su vez, se encuentra dividida entre los que sostiene una mirada integral, sin distinción de las dos etapas, y los que delimitan las mismas basados en la subsistencia y obligatoriedad del acuerdo aun sin que sea homologado, ya que el art. 71 expresa: las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial salvo convención expresa en contrario (Ley 24.522, 1995 de 7 de Agosto, Ley de Concursos y Quiebras).

La postura mixta que asume parte de la doctrina, es parcialmente correcta, es un instituto de tipo concursal cuyo origen, indudablemente, tiene una naturaleza contractual. Pero el acuerdo preventivo extrajudicial, está previsto en la ley concursal, con un capítulo propio, el cual nos guía en cuanto a la situación en la que se aplica, legitimados, forma, homologación y requisitos, cuyo objetivo concuerda con la finalidad por la que fue creada la ley y en la que se basa el acuerdo preventivo judicial, esto, sumado a la extensión de los efectos a la totalidad de acreedores, hubieran participado o no, que adquiere un acuerdo preventivo

extrajudicial homologado, hace que se descarte la posibilidad de que se trate de un contrato propiamente dicho. Si así lo fuera seguiría las reglas del derecho civil común y así iría ilógicamente contra la regla de los contratos sobre oponibilidad de terceros.

Habiendo recorrido las teorías sobre la naturaleza de este instituto especial, nos corresponde un breve análisis sobre la posibilidad de que se presente una situación abusiva o fraudulenta.

Si sólo queda como un contrato, confeccionado entre deudor y acreedores, quedará sujeto al derecho común, esto es normas del CCyC y la legislación procesal pertinente a la provincia que corresponda. Por lo que será el juez civil ante el que se presente el conflicto quien deberá analizar el abuso y fraude.

En el caso de que se desee que dicho acuerdo sea sujeto a una posterior homologación, cumpliendo con los requisitos que le exige la LCQ, será el juez concursal quien amparándose en el art. 52 inc. 4 LCQ controlará que no exista situación abusiva o fraudulenta alguna. Así lo previsto en el art. 71 LCQ en el que le da la facultad a las partes para que le den al acuerdo preventivo extrajudicial, el contenido que deseen, se verá de alguna forma "limitado" por la facultad del juez.

Conclusión

Como bien se ha expuesto en el presente trabajo, el abuso del derecho existe dentro de ciertos acuerdos que pueden presentarse tanto en procesos preventivos judiciales como extrajudiciales.

Lo crítico de esto es que la facultad del juez para valorar los mismos se desprende en ambos casos del artículo 52 de la LCQ, el cual no expresa ninguna situación, supuesto o parámetro que pueda seguir el juzgador para tener certeza de cuando esta frente a un acuerdo de esta naturaleza y, como consecuencia de ello, debe recurrir a una amplia, variada y desconcertante doctrina y jurisprudencia.

Por ello consideramos que sería necesaria una reforma del artículo en cuestión que contenga una aclaración de que es lo que se entiende por abuso al derecho.

Por otra parte, creemos que la tercera vía ha nacido como consecuencia de la rigidez normativa del artículo anteriormente citado, que únicamente ofrece dos alternativas; homologar o, sin más, decretar la quiebra.

Ambas soluciones completamente opuestas.

Mediante esta creación pretoriana, el juez tendrá una herramienta más para evitar la quiebra, permitiendo la readecuación de aquellos acuerdos que por alguna razón considere abusivos.

Referencias

- Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo (Corte Suprema de Justicia de la Nación 15 de marzo de 2007). Obtenido de https://archivo.consejo.org.ar/Bib_elect/marzo08_CT/documentos/J2889.htm
- Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza 24 de Junio de 2003). Obtenido de <https://www.casm.org.ar/w21/notiver.asp?1204>
- Casadio Martinez, C. A. (2013). El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado. *Pensamiento civil.*, 1. Obtenido de https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_abuso_de_derecho_y_su_inclusion_en_el_proyecto_de_codigo_civil_y_comercial.pdf
- Comisión de Admisión de Trabajos y Redacción de Conclusiones. (2009 de 5 de septiembre). Reafirmando la incumbencia del profesional de ciencias económicas como síndico concursal. *IV Congreso Provincial de Síndicos Concuriales*. Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Obtenido de https://www.cpba.com.ar/old/Actualidad/Eventos_Congresos/2009-03-26_4_Congreso_Provincial_Sindicados_Concuriales_Conclusiones.pdf
- Congreso de la Nación Argentina. (1995 de 3 de enero). *Constitucion de la Nacion Argentina*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (20 de 7 de 1995 de 7 de Agosto). *Ley 24.522. Ley de Concursos y Quiebras*. Boletín Oficial. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (1995 de 7 de Agosto). *Ley 24.522. Ley de Concursos y Quiebras*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (2014 de 1 de octubre). *Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>
- Curi Hnos S.A (Juzgado Comercial n° 9 3 de Abril de 2002). Obtenido de <https://es.scribd.com/document/471715065/Curi-Hnos-s-Conc-Preventivo>
- Ganino Antonio s/ Quiebra (Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 29 de Marzo de 2016). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-ganino-antonio-quiebra-fa16130016-2016-03-29/123456789-610-0316-1ots-eupmocsollaf?>
- Gorodischer, N. (2 de Septiembre de 2021). *¿Se pueden ceder los créditos verificados en los Concursos Preventivos?* Obtenido de IProfesional: <https://www.iprofesional.com/legales/346848-se-pueden-ceder-creditos-verificados-en-concursos-preventivos>
- Junyet Bas, F. (2018). Una nueva mirada del concurso preventivo. *DECONOMI*, 10-11. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0002-N03-JUNYENT-BAS.pdf>

- Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo (Camara Nacional de Comercio 4 de Septiembre de 2001). Obtenido de <https://es.scribd.com/document/505613964/Fallo-Linea-Vanguard-1>
- Lluis y Navas, J. (2013). *El abuso del derecho segun la doctrina y la jurisprudencia*. Obtenido de <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/abusodrechoespana.pdf>
- Mayordomo, D. J. (2013). Hermenautica de a teoria del abuso del derecho. *Perspectivas de las Ciencias Economicas y Juridicas.*, 41. Obtenido de <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3355/3241>
- Muñiz, C. (s.f.). Facultades homologatorias del juez del concurso. El ART. 52, LC (Ley 25.589). *Leccion Muñiz*, 43-50. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/04-leccion-muniz.pdf>
- Negro, E. N. (16 de Julio de 2023). *La “Tercera Vía” o “La última en discordia”: Abuso del derecho o alternativa a la declaración de quiebra o salvataje*. (DyD, Editor) Obtenido de Grupo Professional Blog: <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/la-tercera-via-o-la-ultima-en-discordia-abuso-del-derecho-o-alternativa-a-la-declaracion-de-quiebra-o-salvataje/>
- Richard, E. H. (2009). Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. 2. Obtenido de Acaderc.org.ar
- Serra, S. M. (2008). Propuesta de acuerdo preventivo abusiva: análisis de la figura en el derecho. (IJ, Ed.) *Universidad Austral*, 27. Obtenido de <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1588/Propuesta%20de%20acuerdo%20preventivo%20abusiva.pdf?sequence=1>