

Rubén Darío Capdevielle

**APORTES PARA UNA MEDIACION
EN MATERIA CONCURSAL**

Proyecto de Reforma de la Ley Provincial de Mediación Integral N° 2699

Proyecto para la reglamentación de la Mediación Judicial Voluntaria

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho Civil
Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas
Universidad Nacional de La Pampa

Director de tesis: Abogado Claudio Alfredo Casadío Martínez
Co-Directora de tesis: Mg. Lucía Carolina Colombato

Santa Rosa, La Pampa

Argentina

2022

ABREVIATURAS

Ac.....	Acuerdo/ Acordada
ADR.....	Alternative Dispute Resolution ("Resolución Alternativa de Disputas")
AFIP.....	Administración Federal de Ingresos Públicos
ANSEyS.....	Administración Nacional de la Seguridad Social
APE.....	Acuerdo Preventivo Extrajudicial
art.....	artículo
ATP.....	Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción
BCRA.....	Banco Central de la República Argentina
B.O.....	Boletín Oficial
CASR.....	Cámara de Apelaciones de Santa Rosa
CAGP.....	Cámara de Apelaciones de General Pico
C.E.....	Comunidad Europea
CePuMeJu.....	Centro Público de Mediación Judicial
C.N.....	Constitución Nacional
CNCiv.....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CNCom.....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
C.Civil.....	Código Civil de la Nación Argentina
CCyCN.....	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPCyC.....	Código Procesal Civil y Comercial
C.P.N.....	Contador Público Nacional
CSJN.....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CUIL.....	Clave Única de Identificación Laboral
CUIT.....	Clave Única de Identificación Tributaria
DDHH.....	Derechos Humanos
Dec.Ley.....	Decreto Ley

DGI..... Dirección General Impositiva
D.N.U. Decreto de Necesidad y Urgencia
E.D. Revista "El Derecho"
I.V.A. Impuesto al Valor Agregado
J.A. Jurisprudencia Argentina
JU.FE.JUS..... Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales
LCyQ Ley de Concursos y Quiebras
LCT..... Ley de Contrato de Trabajo
LDC..... Ley de Defensa del Consumidor
L.L..... Editorial La Ley (Thompson Reuters)
MiPyME..... Micro, Pequeña y Mediana Empresa
O.M.S. Organización Mundial de la Salud
P.E.N..... Poder Ejecutivo Nacional
PRES..... Procedimiento reestructuración empresarial simplificado
1ra. Instancia..... Primera Instancia
REPRO..... Programa de Recuperación y Sostenimiento Productivo
Res.Gral..... Resolución General
RGE..... Receptoría General de Expedientes
SMVyM Salario Mínimo, Vital y Móvil
STJ..... Superior Tribunal de Justicia
t.o..... texto ordenado
vbgr.....verbigracia

INDICE

Capítulo I

Introducción. ¿Acuerdos concursales en instancia de mediación?.....	1
1. Mediación en La Pampa. Exclusión de la materia concursal.....	3
2. Marco legal de la mediación en Argentina.....	4
3. Mediación y APEs. Aproximación conceptual.....	5
4. Fundamentos político-económicos para una mediación concursal.....	7
5. Fundamentos normativos para una mediación concursal.....	8
5.1. Constitución Nacional.....	8
5.2 Tratados Internacional en Derechos Humanos.....	9
5.3 Código Civil y Comercial de la Nación y Ley de Consumidor.....	12
5.4 Normativa concursal; defensa del consumidor y sostenimiento MiPyMe.....	13
5.5 Ley Provincial de Mediación Integral Nº 2699.....	16
6. Corolario.....	17

Capítulo II

Acuerdo Preventivo Extrajudicial

1. Introducción.....	18
2. Debate sobre la naturaleza jurídica de los APEs.....	20
3. Constitucionalidad del APE.....	22
4. Presupuestos Formales	23
4 a) Presupuesto objetivo.....	23
4 b) Presupuesto subjetivo. Legitimación amplia más no irrestricta.....	24
5. Denuncia de acreedores. Categorización y libertad de contenido.....	25
6. Aspectos del trámite judicial del APE en la doctrina y jurisprudencia	27

Capítulo III

Mediación

1. Concepto, fundamentos y objetivos de la negociación asistida.....	34
2. Casos mediables y situaciones no recomendables de mediación.....	36
3. Aportes de otros institutos. Diferencias.....	37
4. Diferencias entre mediación y juicio.....	39
5. Diferencias entre mediador y juez.....	41
6. Extrajudicialidad y privatización de la justicia.....	42
7. Principales cuestionamientos a la mediación.....	43
8. Mediación en la provincia de La Pampa.....	45
9. Mediación y su interpretación en la jurisprudencia.....	47

Capítulo IV

Mediación concursal en el Derecho Comparado

1. Proceso de mediación en la Unión Europea.....	52
2. Mediación concursal en España.....	54
3. Mediación concursal en Italia.....	56
4. Mediación concursal en Francia.....	59
a) Sobreendeudamiento consumeril.....	59
b) Endeudamiento del empresariado.....	62
5. Mediación concursal en Alemania.....	63
6. Mediación concursal en el Reino Unido.....	65
7. Mediación concursal en Estados Unidos.....	67
8. Mediación concursal en América Latina.....	71
9 Corolario.....	76

Capítulo V

Proyectos de ley en el Congreso Nacional

Cámara de Diputados.....	79
Expte. N°7210-D-2018.....	79
Expte.N°1896-D-2020.....	80
Expte. N°1855-D-2020.....	84
Expte. N°1925-D-2020.....	85
Expte. N°1771-D-2020.....	86
Expte. N°2908-D-2020.....	87
Expte. N°3415-D-2020.....	88
Expte. N°2130-D-2020.....	90
Cámara de Senadores.....	91
Expte. N° 665-S-2020.....	91
Expte. N° 870-S-2020.....	92
Expte. N° 896-S-2020.....	92
Expte. N° 897-S-2020.....	93
Expte. N° 144-S-2020.....	94
Expte. N° 1651-S-2020.....	97
Reflexiones sobre los proyectos de reforma legislativos.....	98

Capítulo VI

Conclusiones finales

Hacia una mediación en materia concursal	101
--	-----

Capítulo VII

Proyecto de Reforma de la Ley Provincial de Mediación N° 2699	107
Proyecto de Reglamentación de la Mediación Judicial Voluntaria	109
Bibliografía referenciada	112

Anexo.

Proyectos parlamentarios citados en Capítulo V (formato pdf)

Capítulo I

INTRODUCCIÓN. ¿Acuerdos concursales en instancia de mediación?

En nuestro país es un dato fáctico y normativo que mediación y concursalidad no han sido mecanismos pensados por el legislador ni tratados por los operadores como instrumentos jurídicos afines; compatibles entre sí.

Ello, por que si bien es cierto que algunas leyes provinciales de mediación no contienen ninguna temática prohibida, tampoco prevén en forma expresa la posibilidad de abordaje en esa instancia de la problemática generada por el quebrantamiento en la cadena regular de los pagos.

Sin embargo, aún en estos casos locales de no prohibición expresa que conduciría por imperativo constitucional a una permisión implícita –art. 19 C.N.- el exagerado concepto economicista con que se percibe la materia concursal, parece reducir su aplicación a la realidad del empresariado comercial, industrial o agropecuario, donde el arribo concordatario de pagos y el eventual salvataje de una empresa se conciben aspectos circunscriptos a un microsistema propio y específico de normativa de la bancarrota, que poco o nada conecta con la mediación, a la que se asocia con el incumplimiento de obligaciones contractuales comunes; reclamaciones derivadas del derecho de consumo, de las relaciones parentales, conflictividad escolar, medianería, etc.

De tal modo, en los centros públicos o privados de mediación la mora es abordada como un fenómeno de incumplimiento individual que, con base en los buenos oficios del mediador, resulta remediable en el marco de un acuerdo. Pero resulta que en no pocos casos, esa demora puede no necesariamente ser un episodio de iliquidez transitorio, sino determinada por causas estructurales generadoras de pérdida de respaldo financiero que, al escalonarse los impagos, el impacto ya no será inmanente a un caso, sino trascendente al mismo porque el problema ya no se traduce en clave de mora sino como insolvencia, y ella no afecta a un acreedor puntual, sino a una masa de ellos.

El presente trabajo pretende demostrar que a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, en nuestro país no se propició un desarrollo normativo ni una aplicación práctica en el ámbito del sector público el abordaje de la cesación de pagos o de dificultades económico-financieras de carácter general en instancia de mediación; y que ambos institutos –insolvencia y mediación- pueden amalgamarse en forma eficiente para la superación de la problemática vinculada con el incumplimiento de obligaciones de distinta naturaleza. A esos fines, con base en normativa española –Ley N° 5/2012- como

en distintos métodos alternativos de solución de disputas implementados en otros países, afirmamos que resulta factible implementar en jurisdicción pampeana una efectiva implementación y desarrollo de la mediación concursal.

Expuesto este objetivo general, la tesis propone hacia el final como objetivo específico, puntuales modificaciones a introducir en la Ley de Mediación Integral N° 2699, necesarias para concretar la implementación del abordaje de la insolvencia en instancia de mediación, empleando como vaso comunicante para “mediar con el fenómeno del endeudamiento masivo” la aplicación del Acuerdo Preventivo Extrajudicial respetando con rigor los términos y alcances fijados por el legislador en los arts. 69 a 76 de la Ley N° 24522 a fin de no incurrir -so pretexto de un loable esfuerzo armonizador de ambos institutos- en agravio alguno en materia de estricta incumbencia federal.

Ello se verá complementado con el diseño de un proyecto de reglamentación de la mediación judicial voluntaria, normativa que se encuentra a cargo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, autoridad de aplicación en materia de mediación judicial.

Pese al desarrollo que el tema ha recibido en el derecho comparado, y que a grandes rasgos será abordado en un capítulo del presente trabajo, ello no ha sido recepcionado en la normativa nacional. Algún proyecto aislado, emparentado con lo aquí propugnado recibió media sanción hacia fines de 2011 en el Congreso de la Nación a instancia de la senadora Negre de Alonso. Perdió estado parlamentario y sólo se refería al colectivo de consumo familiar.

Más recientemente, con motivo del flagelo socioeconómico provocado por el Covid 19, fueron propuestos una significativa diversidad de iniciativas parlamentarias en ambas cámaras de la Legislatura Nacional encaminadas hacia la asistencia y estímulo de productores, consumidores y usuarios.

Los proyectos, si bien auspiciosos, sólo atendían a la emergencia inmediata. En la urgencia de recetas paliativas, la Política no estuvo a la altura de las necesidades crecientes de una población que se empobrecía en un contexto de encierro intempestivo, distanciamiento social obligatorio e inevitable gradualidad vacunatoria. Ninguna de esas iniciativas culminaron en ley; además en la mayoría de los casos sólo proporcionaban alivios de ocasión.

Este trabajo pretende avanzar hacia un abordaje eficaz de la insolvencia en instancia de mediación. Pensado y diseñado desde la experiencia concursal cotidiana del autor, propone en tiempos de crisis signados por emergencia socioeconómica y grieta política, algo de diálogo y entendimiento en medio de una vulnerabilidad y desaliento crecientes, inspirado sin más, en el antiguo anhelo del Derecho de dar a cada uno lo suyo.-

1.- Mediación en La Pampa. Exclusión de la materia concursal

Desde que entrara en vigencia de la Ley Provincial N° 2699 sobre creación en el ámbito de la Provincia de La Pampa de la "Ley de Mediación Integral" (18/12/2012; B.O. N° 3031 del 11/1/2013), las cuestiones concursales han quedado excluidas como materia mediable.

Ello ha sido así en razón de lo establecido en su artículo 6º, el cual en lo pertinente dispone lo siguiente: "Quedan excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas: a)... b)...c)... d)... e)... f)... g)... h)... i)... j) Concursos preventivos y quiebras..."

Por lo tanto, con sustento en dicha norma, la ausencia de literatura jurídica en nuestro medio al respecto denotaría que la materia concursal resulta ajena al procedimiento de mediación.

¿Por qué constituye un problema la absoluta exclusión de la materia concursal del ámbito de la mediación?

Porque es un error considerar que el apartamiento deba ser concebido en términos absolutos, dado que razones jurídicas habilitan admitir en instancia de mediación el abordaje de la problemática vinculada, al menos, con el sobreendeudamiento de consumidores y el desfinanciamiento de emprendimientos individuales y de pequeñas o medianas empresas (MiPyME).-

Es que, si bien es cierto que la ley de mediación excluye en forma expresa a los concursos preventivos y quiebras, el régimen normativo impuesto por la Ley 24522 establece una tercera categoría: el acuerdo preventivo extrajudicial (arts. 69/76 LCyQ, modificado por Ley 25589; B.O. 16/5/2002)

A diferencia de la cesación de pago como presupuesto para la apertura de un concurso preventivo (art. 1 LCyQ), al acuerdo preventivo extrajudicial le alcanza para su viabilidad un estado de pre-cesación de pagos consistente en "dificultades económicas o financieras de carácter general" (art. 69 LCyQ).

En ese contexto, el deudor puede celebrar con sus deudores un acuerdo homologable luego judicialmente, con amplia libertad de contenido otorgado en instrumento privado con firmas certificadas (arts. 70/71 LCyQ).

Entonces, si la mediación es un sistema alternativo, voluntario y confidencial de resolución de disputas, que implica un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, el mediador, facilita el diálogo entre las partes propiciando que ellas arriben consensuadamente a una solución mutuamente satisfactoria, somos de la opinión que se puede asociar este espacio con el acuerdo preventivo extrajudicial.

Ambos institutos se encuentran atravesados por una palabra clave que les resulta común: negociación.

Por lo tanto, la notoria compatibilidad entre ambas categorías determina que suprimir al APE de la instancia de mediación con base en el art. 6 inc. j de la Ley 2699, que no lo prohíbe en forma expresa, estimamos que es un error de interpretación que ha conducido a una desacertada práctica de exclusión que entendemos debe reconocerse en el plano académico y reafirmarse en el marco legislativo.

2.- Marco legal de la mediación en Argentina

En Argentina, la mayoría de las jurisdicciones cuentan con una normativa que en forma expresa excluye como materia mediable a los concursos preventivos y las quiebras, siguiendo los lineamientos de la Ley Nacional de Mediación y Conciliación N° 24.573 (art. 2 inc. 9).

Buenos Aires	Ley 13951 (BO 10/2/2009)	art. 4 inc. 9
CABA	Ley 26589 (Promulg. 3/5/2010)	art. 5 inc. i
Catamarca	LEY 5444 (BO 20/10/2015)	art. 3 inc. g
Chaco	LEY 5444 (BO 20/10/2015)	art. 4 inc.g
Córdoba	LEY 10.543 (BO. 6/6/2018)	art. 6 inc. 10
Corrientes	LEY 6009 (BO 22/9/2010)	únicamente mediación escolar
Entre Ríos	LEY 9776 (reforma CPCyC)	arts. 286 bis inc. 8
Jujuy	LEY N° 5279 (BO 24/7/2002)	únicamente mediación escolar
La Pampa	Ley N° 2699 (BO 11/01/2013)	art. 6 inc. j
Mendoza	Ley N° 6.354 (promulgada 1995)	Acordada N° 22748 (2/6/2010)
Misiones	Ley XII N° 19	art. 4 inc. g
Neuquén	LEY N° 3.095 (BO 29/12/2017)	art. 9 inc. d
Río Negro	LEY N° 5116 (B.O.23/6/2016)	art. 5 inc. e
Salta	LEY 7324 (B.O. 26/11/2004)	art. 10 inc. 10
San Juan	LEY 7454 (B.O.13/8/2004)	artículo 13
San Luis	Ley IV-0700-2009 (BO. 8/1/2010)	art. 4 inc. g
Santa Cruz	Acordada S.T.J. del año 2017	limitada al área de familia
Santa Fe	LEY 13151. (B.O. 13/12/2010)	art. 4 inc. i
Santiago del Estero	Ley N° 6910; reforma CPCyC	art. 803 inc. g
Tucumán	LEY 7844 (B.O. 8/6/2007)	art. 3 inc. 10

* Chubut: por Ley N° 4939 (N° 13/2002, Digesto Jurídico de Chubut), no dispone materias excluidas de la mediación, ya que sólo se marca como requisito que sean cuestiones disponibles por las partes. Es absolutamente voluntaria; la ley no dispone su obligatoriedad en ningún tipo de proceso.

* Formosa: por Ley N° 1310 (B.O. 12/10/2017), en su plexo normativo no dispone materias excluidas. El sistema tiene carácter voluntario y gratuito y se aplica a toda cuestión de carácter patrimonial o extrapatrimonial susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público.

* Tierra del Fuego: LEY 804 (B.O. 30/11/2009) no prevé materia excluida.

* La Rioja no tiene ley de mediación.

3.- Mediación y APEs. Aproximación conceptual

Los tiempos actuales, signados por crisis económicas y emergencias ambientales y sanitarias, se encuentran atravesados por intentos siempre crecientes en implementar y perfeccionar procedimientos de abordaje de problemáticas de toda índole conforme métodos que permitan, según la materia controvertida, avanzar en soluciones autocompuestas de los conflictos, posibilitando la participación directa de las partes, alternativa a la prolongada y onerosa judicialización de disputas.

Uno de estos mecanismos lo constituye la mediación. Mediación es un sustantivo femenino que remite al concepto de concordancia, expresión indicativa de conformidad; correspondencia; aveniencia; consenso y reciprocidad. Conforme tales caracteres, mediar implica pues, interceder amistosamente entre personas para alcanzar de ese modo entre ellas un arreglo o acuerdo sobre algo que disputan, generando que reajusten sus pretensiones en un sentido que aceptan mutuamente. Constituye una opción diametralmente diferente a la litigación.

Es un sistema alternativo, voluntario y confidencial de resolución de controversias; con una metodología de carácter participativa, colaborativa o de reciprocidad. Implica un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, el mediador, facilita el encuentro entre las partes a fin de arribar consensuadamente, es decir sin el emplazamiento ni las intimaciones tan característicos de la instancia judicial, a la solución del conflicto que las involucra.

Su método está basado en el diálogo respetuoso en el que prevalece la comunicación, en cuyo contexto el mediador es un profesional imparcial habilitado por su título universitario o terciario -vbgr. abogado, contador,

asistente social, etc- y por la aprobación de horas de taller de capacitación en mediación exigidos por el legislador. No impone fórmulas concordatarias; no juzga ni toma decisiones, característica esencial para que las partes no sientan que se beneficia a uno u otro.

En suma, es un trámite extrajudicial flexible en el que la ley pretende con la participación coadyuvante del mediador, que las partes arriben con mejorada celeridad, a una solución mutuamente satisfactoria en un ambiente de responsable conversación, empleando un lenguaje sencillo, reduciendo tiempo y costos en comparación con el proceso judicial, siendo ellas protagonistas del proceso de recomposición patrimonial y de la actividad económica, acordando a partir del pasivo denunciado, los términos de una financiación conforme posibilidades reales de pago del deudor sin descuidar la garantía de los derechos de los acreedores.

Este escenario dialógico -no dialéctico, de corte adversarial- resulta propicio para la formulación de propuestas superadoras de crisis por desfinanciación o sobreendeudamiento. Es el ambiente adecuado para la negociación asistida que posibilita alcanzar acuerdos preventivos extrajudiciales. Los APEs claramente han sido utilizados para el abordaje concordatario de grandes deudas -vbgr. Cablevisión S.A; Telecom, Milkaut, Acindar, Autopistas del Sol, Modo SATA; etc- (Pastore, 2007) pero también han constituido un adecuado mecanismo para el tratamiento de preocupaciones domésticas o emprendimiento familiar menores. Aquí conecta una problemática de acuciante actualidad en nuestra economía, la deuda consumeril y del empresariado de la micro, pequeña mediana empresa.

El sobreendeudamiento del consumidor es la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes y servicios esenciales. El destinatario de la protección es el consumidor persona humana, y detrás de ella, el grupo familiar en el que se encuentra inserto y sobre la que impacta los efectos adversos de la deuda devengada. Incluso el emprendimiento de capital mínimo e inicial de todo proyecto futuro a gran escala, es decir, las denominadas MiPyMes, está requiriendo de un procedimiento de gestión para sus dificultades generales de pago en el marco de una preinsolvencia para la cual las categorías del derecho concursal clásico se aprecian desajustadas por sobredimensión.

La mediación concursal implica una articulación armoniosa que emplea la estructura flexible del instituto de los acuerdos preventivos extrajudiciales para el tratamiento de insolvencias de menor complejidad (MiPyMEs y

consumeril) en el marco de la mediación. Es una alternativa superadora que debe receptarse legislativamente estimulando al deudor a refugiarse en los primeros momentos que detecta con hechos reveladores ciertos, los síntomas de la iliquidez. Es una instancia extrajudicial donde el deudor convoca a su masa de acreedores previa a la tradicional resolución concursal en instancia judicial, cuando las posibilidades preventivas de quiebra en muchos casos, resultan mínimas ante la incapacidad irreversible de pago, en un contexto procedimental público, largo y costoso.

4.- Fundamentos político-económicos de la mediación concursal

Se aprecia objetable aplicar a quienes sólo cuentan con un pequeño emprendimiento personal o de estructura familiar (MiPyME) el mismo tratamiento procedimental para la insolvencia de grandes empresas, y más aún con relación a aquellos que se encuentran en el otro extremo de la sociedad de consumo.

Resulta evidente que la rigidez estructural del proceso concursal debe flexibilizarse hacia un abordaje de la problemática del sobreendeudamiento de usuarios y consumidores de bienes y servicios o de las dificultades financieras de carácter general de pequeños empresarios hacia un esquema preventivo de quiebra más razonable en cuanto a requisitos de admisibilidad, tiempos y gastos de litigación.

Es deber del Estado brindar una respuesta jurisdiccional que aporte abordaje al caso particular del concurso mínimo. Esto entronca con el concepto de acceso a la justicia, el cual no se agota por el mero hecho de proveer un trámite legal al justiciable en cesación de pagos, insolvencia o apremio financiero, sino además que la vía proporcionada se constituya en una herramienta eficiente y de costos lógicos acordes con la naturaleza y cuantía del pasivo denunciado.

Claro que no se desconoce la incorporación al plexo normativo de los denominados "Pequeños Concursos y Quiebras" (arts. 288/289 LCyQ), pero la judicialización del sobreendeudamiento consumerista o del cuentapropismo elemental detrás de un simple emprendimiento es un fenómeno socioeconómico impensado por el legislador histórico que obliga a una adaptación de los institutos concursales a una nueva realidad: la insolvencia exigua o de menor cuantía contraída por productores de mínima envergadura o devengada por el consumo masivo de usuarios y adquirentes de bienes y servicios.

En suma, para estos casos, el concepto integral de acceso a la justicia debe redefinir una noción de jurisdicción oportuna, económica y eficaz. Conforme a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos de los consumidores y proveedores de bienes y servicios esenciales, la magistratura concursal puede pretorianamente durante el trámite de la convocatoria de acreedores, efectuar reajustes que tiendan a una simplificación procesal y economía de costos, pero no al extremo de arrogarse inapropiadamente facultades legislativas que le son vedadas y cuyo desarrollo constitucionalmente resulta depositaria la labor parlamentaria.

5.- Fundamentos normativos para la mediación concursal

5.1.- La Constitución Nacional.

El art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de sus intereses económicos y pone en cabeza de las autoridades públicas, con especial referencia al Poder Legislativo, la obligación de proveer a ese resguardo, estableciendo procedimientos eficientes para la prevención y solución de conflictos.

Es una norma de jerarquía superior que debe articularse armoniosamente con la cláusula de progreso establecida en el art. 75 inc. 19, referida a la productividad de la economía nacional y la defensa del valor de la moneda local.

Es evidente que el concurso preventivo no resulta un procedimiento eficaz para solucionar el sobreendeudamiento de los usuarios y consumidores.

Los jueces concursales, que revisten la condición de autoridades del Estado (Bidart Campos, 1995), se encuentran obligados a proveer esa protección que manda el constituyente, disponiendo lo conducente para el empleo óptimo de herramientas legales vigentes a efectos de hacer operativo el deber de resguardar ese sector socio-económicamente vulnerable a los constantes vaivenes económicos causados por decisiones de gobierno que derivan en efectos macro-económicamente distorsivos, presión impositiva en niveles intolerables y por una insólita relación política disfuncional denominada "grieta", existente entre la parcialidad oficialista y la oposición.

Asimismo, y en lo relativo al tema que nos convoca, el art. 43 del texto constitucional habilita la vía del amparo judicial en favor del usuario y consumidor, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o

inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos derivados de la relación de consumo.

5.2.- Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos

Conforme lo expuesto, resulta evidente que los derechos de los consumidores integran la privilegiada familia de los derechos constitucionales.

Empero, es dable destacar que no todo acto de consumo abraza una causa humanitaria, pues aquellos signados por la mera codicia adquisitiva, opulencia o simple acumulación por avaricia u ostentación, de la que pudiere derivarse un sobreendeudamiento que comprometa financieramente a ese consumidor voraz, se trata sólo de una pequeña tragedia individual de la sociedad moderna de consumo.

De lo que aquí se trata, es aquella situación en la que el mercado de bienes y servicios contiene productos esenciales para la vida digna de la persona humana, y los derechos que de ello se derivan deben también ser considerados como integrantes de los Derechos Humanos fundamentales y por lo tanto, alcanzados por las disposiciones de los Tratados sobre Derechos Humanos integrados al texto constitucional con jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 C.N.), dando lugar a una Constitución Convencionalizada, donde la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se incorporan complementando la Carta Magna, sirviendo de pauta interpretativa de derechos y obligaciones que modifican los alcances de las leyes ordinarias que conforman el ordenamiento legal interno.

Conforme lo expuesto, si consideramos que los derechos del consumidor tienen una vinculación indirecta con los DDHH incorporados al texto constitucional, deviene de ello que las leyes cuyo objetivo sea la protección de los usuarios y la tutela efectiva de sus derechos tienen preeminencia sobre otras leyes, debido al contenido fuertemente constitucional que campea en la materia, por lo que cualquier conflicto normativo con la Ley de Defensa del Consumidor (art. 3 LDC) y el Código Civil y Comercial (art. 1094) debe ser resuelta en favor de los usuarios y consumidores.

Se sostiene que el acto de consumo tiene una vinculación indirecta con los instrumentos internacionales, puesto que ciertamente no puede predicarse abiertamente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, prevea y proteja expresamente los términos de contratación en el mercado de bienes y servicios. En todo caso, determinadas situaciones los hace operativos cuando se aprecia en ellas efectiva privación de la posibilidad

de utilizar y adquirir productos básicos que aseguren condiciones mínimas de vida digna a sectores atravesados por la pobreza extrema, la marginación cultural o la discriminación sociopolítica; es decir, la vulnerabilidad de los denominados "caídos del sistema", tales como individuos no bancarizados; trabajadores informales, etc.

Por ello, en toda cuestión que involucra a usuarios y consumidores como a empresas MiPyME, la remisión a los tratados internacionales en materia de DDHH es siempre en términos genéricos, porque es claro que temas vinculados con las condiciones abusivas en contratos de de cláusulas predispuestas; garantía efectiva contra desperfectos de fabricación de artículos electrónicos, rigorismo fiscal, deslealtad comercial, prácticas oligopólicas o monopólicas en el mercado comercial, bursátil y financiero, entre otros, no necesariamente engarzan con situaciones de drama humanitario cuyo reconocimiento y protección apuntan aquellos instrumentos.

Conforme esta aclaración, es dable afirmar que la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969), declara que toda persona tiene derecho al disfrute y protección de la propiedad privada, sin otro límite o privación de ella que el fundado en el interés social (art. 21); quedando comprometidos los Estados Partes a adoptar las decisiones técnicas y económicas necesarias para el desarrollo progresivo de ese derecho, por la vía legislativa u otros medios apropiados (art. 26).

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (1976) establece el derecho de toda persona de acceso al consumo para procurarse un nivel de vida adecuado para sí y su familia y una mejora continua de las condiciones de existencia, debiendo los Estados Partes tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (art. 11).

En cuanto al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1976) se dispone que toda persona tendrá derecho a ser oída, con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en causas sustanciadas para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (art. 14). Esta norma habilita la reforma legislativa propuesta en este trabajo, facultando al deudor MiPyME o consumerista a acudir voluntariamente a la instancia de mediación judicial para concordar con sus acreedores una financiación del pasivo devengado, a efectos de su posterior homologación por magistrado competente del fuero concursal.

Lo expresado denota claramente que los instrumentos internacionales sobre DDHH incorporados con jerarquía constitucional por vía del art. 75, inc. 22 C.N, no implican de suyo un mejoramiento de los derechos del consumidor argentino, ni que puntualmente aporten directrices en favor de los derechos de los usuarios.

Ello es así por cuanto lo que desvela a esos pactos son tramas de abierta negación o lisa y llana violación de derechos fundamentales inherentes e inalienables de la persona humana que no resultan precisamente emparentables con la noción del endeudamiento por búsqueda masiva de artículos para mayor confort o por la simple acumulación de tecnología para entretenimiento. Tampoco configura un drama humanitario la baja rentabilidad empresarial.

Pero sí traducen un concepto de familia a la que conciben como núcleo natural y fundamental de la sociedad, que en muchos casos confiere la estructura empresarial parental de miles de microempresas y MiPyMes en todo el país y cuyos integrantes constituyen ese sujeto contratante como usuario y consumidor de bienes y servicios cuya protección y aplicación *in dubio favoris* aluden la norma constitucional y las leyes ordinarias dictadas en su consecuencia.

Esos plexos normativos ponen en cabeza de los Estados signatarios el compromiso de realizar las reformas legislativas e infraestructurales necesarias para materializar el desarrollo progresivo y no regresivo de un proyecto de vida en condiciones dignas. En ese contexto, es claro que el ahogo financiero de la empresa familiar o el sobreendeudamiento derivado del consumo de bienes y servicios para satisfacción de grupos pluriparentales de la sociedad moderna, exige proporcionar mecanismos de abordajes sencillos, económicos y ágiles.

La negociación con los acreedores siempre existió en el trámite concursal histórico. Se encuentra inserta en la actualidad, en el denominado período de exclusividad. De resultar exitoso -reunidas las mayorías exigidas por la ley- el juez homologa el acuerdo arribado.

Al mismo tiempo, la mediación es una instancia alternativa de solución de conflictos de la que ya no puede decirse que sea reciente. Funciona con eficientes resultados desde hace tiempo prácticamente en todo el país, con fuerza de ejecutoria.

Lo que se propone es una reunión de ambos institutos, conforme lo cual, alcanzado un concordato en mediación voluntaria judicial entre deudor con sus acreedores en los términos del APE previsto en la ley concursal, ese acuerdo se presenta luego al magistrado competente en materia concursal para su

homologación judicial. Si no es posible llegar a esa instancia aprobatoria porque no se alcanzó la mayoría legal exigida, salvo que se pacte lo contrario, lo acordado surtirá efectos entre las partes que suscribieron el acuerdo arribado en mediación (arts. 71 y 73 LCyQ).

5.3.- El Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor.

El concepto de deuda de consumo involucra aquellas obligaciones contraídas por la persona humana aplicados al sostén del deudor y de su núcleo familiar.

El art. 3 de la LDC y el art. 1094 del CCyC establecen el principio 'in dubio pro consumidor' conforme el cual, las situaciones dudosas serán resueltas aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario.

Ello implica apartarse de las reglas hermenéuticas en materia contractual (arts. 1061 a 1068 CCyC) en cuanto allí se dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes, dado que en las relaciones de consumo prevalece la conveniencia del usuario-consumidor por sobre la intención presunta del contratante.

Estas disposiciones y el proceso de constitucionalización del derecho privado, plasmado en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones trascendentes en el sistema legal, puesto que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y especial tutela en nuestro ordenamiento, por lo que ante cualquier conflicto entre una norma que regula sobre esos derechos humanos con otra norma, general o especial, deberá ser resuelto en favor de la norma que conceda más y mejores derechos a la persona afectada.

La reforma civil y comercial constituye un núcleo duro de protección de contenidos mínimos en favor de usuarios y consumidores, toda vez que establece el principio de buena fe contractual (art. 9) condenando el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10), reprochando con particular énfasis aquellas situaciones abusivas generadas por el aprovechamiento de la posición dominante de la parte contratante más fuerte -proveedor de bienes y servicios- (art. 11), complementando todo ello con el principio de imperatividad de las normas de orden público (como las del art. 65 LDC) y la prohibición de la renuncia general de las leyes (arts. 12 y 13), imponiendo a los jueces el deber ordenar lo necesario para evitar los consumación de los efectos del ejercicio desmedido o de la situación abusiva, procurando la reposición al estado de hecho anterior, fijando a su vez una indemnización (art. 14).

Este verdadero sistema de protección jurídica del usuario consumidor, dota de operatividad la garantía de tutela judicial efectiva.

La cuestión de orden público y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" (o derechos individuales homogéneos); involucrada en las relaciones de consumo, determina que el legislador disponga la exclusión del contrato de arbitraje de aquellas disputas vinculadas a derechos de usuarios y consumidores (art. 1651 inc. c), quedando las controversias de esta naturaleza sometidas al fuero judicial, siendo la autoridad de los jueces a quien se encomienda su tratamiento (art. 42, LDC).

5.4.- Normativa concursal, defensa del consumidor y sostenimiento MiPyMe.

Conforme el art. 1 de la LCyQ, la apertura de los procesos concursales - concurso preventivo y quiebra- exigen la comprobación de dos presupuestos, uno subjetivo, que refiere a las persona humana y las jurídicas concursables en los términos de los arts. 2, 5 y concs de la Ley 24522 y otro objetivo de la cesación de pagos, entendiéndose por ello el estado de impotencia para satisfacer con medios regulares obligaciones inmediatamente exigibles (Ruillón, 2007)

Ahora bien, no corresponde subsumir en esa situación cualquier déficit de activo; desequilibrio financiero o dificultad económica. La cesación de pagos es aquella que a partir de hechos reveladores concretos, exterioriza una imposibilidad general y permanente para cumplir a su vencimiento las obligaciones contraídas.

No consiste en una imposibilidad cancelatoria absoluta. Ello constituye insolvencia irreversible y conduce a la declaración de quiebra directa o indirecta. En el escenario concursal, el sujeto cuenta con posibilidades de pago, pero no le resulta posible cancelar todas las obligaciones a la fecha del vencimiento pactado. Por ello el concurso preventivo es un trámite saneador, porque cristaliza pasivo y reestructura pagos de esa deuda en función de posibilidades concretas que integran una propuesta diferenciada según se encuentran sus acreedores categorizados. Tampoco es una mera iliquidez o indisponibilidad circunstancial, transitoria o provisional de fondos.

Esto conduce a establecer distintas modalidades de crisis económica que permite, según el alcance de la dificultad cancelatoria del deudor, asignar a la cesación de pagos como presupuesto objetivo para la apertura del concurso preventivo; la insolvencia irreversible para la declaración de quiebra y las dificultades económicas o financieras de carácter general con respecto al acuerdo preventivo extrajudicial.

El sobreendeudamiento de usuarios y consumidores es producto de la cautivación que sobre ellos ejercen la promoción de seductoras líneas de créditos y estrategias de publicidad que incitan la inclusión de masas de individuos en un estilo de vida de consumo y gratificación del presente por una financiación a futuro ("disfrutá hoy, pagá mañana, porque vos lo valés")

Subidos al tren del consumo, en un determinado momento el sujeto advierte un nivel de endeudamiento que sobrepasa su capacidad económica, integrada por activos mínimos compuestos por bienes indispensables para una vida digna adquiridos en base a ingresos promedio provenientes del esfuerzo de un trabajo asalariado o una actividad de rentabilidad moderada. Deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas, pero esta deuda consumeril constituye un fenómeno totalmente distinto a la de la crisis empresaria al que con cierta rigidez estructural aborda la normativa concursal (Albisu, 2019)

En el marco del programa "Justicia 2020" el Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación, define el sobreendeudamiento del consumidor como una situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales"¹

Se considera sobreendeudamiento activo aquel donde el particular acude al financiamiento y se endeuda en exceso. El deudor contrae más obligaciones de las que puede afrontar. Es el caso más frecuente del usuarios y consumidores de bienes y servicios.

Por su parte, el sobreendeudamiento de las MiPyMEs es más bien de tipo pasivo, al encontrarse motivado en hechos posteriores al nacimiento de las obligaciones del deudor y por causas no imputables o indirectamente atribuibles al particular afectado, tales como una nueva carga tributaria, el impacto desfavorable en el giro de su negocio la implementación de políticas monetarias y cambiarias que afectan el poder adquisitivo de la moneda (devaluación); período de descontrol inflacionario, emergencia sanitaria sobreviniente, etc. Aquí, el costo inicial de montaje y puesta en marcha - inversión- no se ve cubierto con la rentabilidad esperada.

Incluso el empresario se ve tentado a combinar con esta modalidad, el endeudamiento activo con la anhelada expectativa de prolongar la continuidad del emprendimiento desahogando las pérdidas con algún crédito o línea de financiación pública o privada, bancaria o de organismos estatales (Anchaval, 2011).

¹https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Ley-Defensa-del-Consumidor_VFD_pdf

La suma de todos estos factores determina que el endeudamiento doméstico no cuenta en la ley concursal con un procedimiento adecuado que aborde una salida rápida, eficiente y económica. La vía judicial más afín que proporciona la Ley 24522 es el instituto correspondiente a los pequeños concursos y quiebras (arts. 288/289), bastante ajena a la problemática del consumidor o del productor familiar al frente de una MiPyMe deficitaria, ya que por más pequeña que sea la quiebra o pequeño el concurso y no obstante el aligeramiento de algunos recaudos legales, el proceso en líneas generales seguirá un curso de trámite similar al régimen común (Maffia, 2003)

El otro instituto, es el acuerdo preventivo extrajudicial (art. 69 y sgtes.), constituyéndose en una convocatoria de acreedores abreviada, puesto que carece de Síndico, prescinde de proceso de verificación, sin otras restricciones patrimoniales y personales que no sean aquellas que provengan del acuerdo celebrado, dado que no trae consecuencias de administración controlada y desapoderamiento atenuado (arts. 15/18) ni las prohibiciones de salida al exterior (art. 25) propias del trámite preventivo ordinario y redunda en menores costos de tramitación (Serrano Redonnet, 2007). Requiere ulterior homologación judicial, aunque puede resultar vinculante para las partes signatarias del concordato aún sin esta aprobación jurisdiccional, salvo que pacten lo contrario (art. 71 LCyQ)

La complejidad práctica de los recaudos exigidos para que lo tornen judicialmente homologable y las sospechas de abusividad o en fraude a terceros que siempre han rodeado la figura del APE, sumado a un notorio desconocimiento de las posibilidades de esta vía por los propios operadores jurídicos -abogados/contadores- ha conspirado contra ella, siendo una alternativa casi ignorada o masivamente poco considerada por aquellos, lo que resulta evidente en nuestro medio pampeano.

Este trabajo pretende por vía de reforma legal, revertir este déficit operativo, promoviendo a eventuales apistas interesados concurrir a instancia de mediación para el abordaje y negociación de su problemática de financiamiento, puesto que si bien como se dijera con anterioridad la Ley N° 2699 no excluye al APE como materia mediable, ello parece traducirse al intérprete incauto cuando aborda la lectura de los casos excluibles en su artículo sexto.

La Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (1993) cuya normativa es de orden público (art. 65 LDC), en consonancia con los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, hace viable la aplicación del APE por vía de mediación

judicial voluntaria, al constituir ésta última una solución alternativa no conflictiva para el abordaje del sobreendeudamiento familiar o la dificultad financiera MiPyME, toda vez que conforme lo dispone el art. 53 de la LDC, las causas judiciales iniciadas con motivo de los derechos contemplados en esa normativa deben tramitar de acuerdo con normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, gozando del beneficio de justicia gratuita, salvo solvencia acreditada del deudor convocante.

5.5.- Ley Provincial de Mediación Integral N° 2699

Como se adelantó, la instancia de mediación es un método no adversarial de resolución de conflictos constituida sobre los principios de neutralidad, igualdad de trato, imparcial, oralidad, informalidad y celeridad de trámite, economía de costos y confidencialidad, por la que se busca una autocomposición satisfactoria de intereses contrapuestos mediante una comunicación directa entre las partes.

Si bien es cierto que la ley de mediación excluye en forma expresa a los concursos preventivos y quiebras, el régimen normativo impuesto por la Ley 24522 establece una tercera categoría: el acuerdo preventivo extrajudicial (arts. 69/76 LCyQ, modific. por Ley 25589; B.O. 16/5/2002). El instituto no integra el catálogo de materias excluidas en el art. 6 de la ley de mediación local, por lo que en estricta aplicación del principio constitucional de permisividad de lo no prohibido (art. 19 C.N.) admitiría la posibilidad de considerar al APE como figura susceptible de abordar en instancia de mediación. El plexo de mediación local además en su art. 38 inc. 1º, dispone como mediables las cuestiones patrimoniales del fuero civil y comercial, lo que confiere a los acuerdos preventivos extrajudiciales compatibilidad material.

Como fuera dicho con anterioridad, tanto el acuerdo preventivo extrajudicial como la mediación se encuentran atravesados por una característica definitoria común: negociación, y ello constituye el factor decisivo para amalgamar ambos institutos, al mismo tiempo que canalizar la figura del derecho de fondo en el marco del procedimiento local, daría sin lugar a dudas, renovado impulso a un expreso objetivo en la Ley Provincial N° 2699 por el legislador local cuando declara de interés público la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación.

6.- Corolario

Conforme el desarrollo normativo expuesto, es posible apreciar que frente a la ineficacia e ineficiencia del concurso preventivo para la superación del sobreendeudamiento consumeril y la asfixia financiera de la pequeña empresa familiar; el procedimiento ágil, económico, dúctil y respetuoso de la realidad de estos débiles operadores del mercado de bienes y servicios, es el del acuerdo preventivo extrajudicial, instituto de la legislación sustantiva que exige recaudos de contenido a un acuerdo superador de la deuda y la instancia de mediación en el ámbito judicial, que aporta el valorable contexto dialogal y de confidencialidad a esos fines.

La integración armoniosa de ambas figuras del derecho vigente constituye una herramienta que está siendo desaprovechada por su flexibilidad para posibilitar la reinserción del deudor en la cadena de consumo y al empresariado a cargo de cientos de MiPymes de estructura parental, a mantenerse en actividad en el circuito productivo de bienes y servicios esenciales. Al mismo tiempo salvaguarda la legítima expectativa de cobrabilidad de los acreedores, ante el exhaustivo análisis del juez en el marco de la homologación judicial prevista. Además cuentan con más chance de percibir alguna parte de su crédito con relación a una porción sensiblemente más reducida como la que habitualmente les admite el concurso preventivo, frente a la necesidad de atender preferencialmente honorarios y gastos generados en el proceso. En suma, los costos del conflicto patrimonial se ven notoriamente reducidos.

Capítulo II

Acuerdo Preventivo Extrajudicial

1.- Introducción.

Según se expresara (de Aguinis – Kleidermacher, 1980), acuerdos de refinanciación extrajudiciales hubo siempre (1890; 1930), pero a partir de la década de los ochenta, los mayores acreedores del empresariado argentino fueron bancos y financieras. Conformaron los denominados *clubes de bancos* donde los deudores acuciados por las crisis coyunturales, negociaban acuerdos tendientes a refinanciar sus pasivos. Los bancos eran los principales interesados en promover con sus clientes morosos pero de buena fe, estos contratos, por medio de los cuales pretendían evitar la quiebra de los mismos pues en ella veían dificultadas sus posibilidades de cobro (Alberti, 1981)

En opinión de Rouillón (2007) estos medios no judiciales de solución de las dificultades empresariales, de naturaleza contractual privada, siempre al amparo de la legislación común (no concursal), por su informalidad, rapidez, economía y discreción frente a la lentitud, formalismo, repercusión pública y onerosidad de los procedimientos judiciales, ofrecían ventajas prácticas. Sin embargo carecían del efecto suspensivo de las acciones individuales y del curso de los intereses de las deudas, sumado a la precariedad que esos acuerdos preconcursales tenían en caso de quiebra, pues en muchos casos los pagos realizados como consecuencia de ellos quedaban expuestos a la ineficacia concursal (Vitolo, 1996), y por lo tanto, declarados inoponibles en la quiebra.

La injusticia de esta situación determinó que por Ley 22917 (1983) se aplicara en la entonces vigente ley concursal N° 19.551 (Arts. 125.1; 125.2), una reforma por la que se asignaba a ciertos acuerdos particulares efectos con relevancia concursal, en cuyo marco y bajo ciertos recaudos se dotaba de mayor protección al acreedor contratante frente a las acciones concursales de ineficacia en caso que el deudor sobreviniera en quiebra. A su turno, el régimen de la ley 24522 (sancionada el 20/7/1995; BO 9/8/95) introdujo un sistema específico mediante el cual se pretende dar una solución preventiva extrajudicial a la crisis: el acuerdo preventivo extrajudicial *-en adelante APE-* en cuyo esquema el concepto de cesación de pagos no es requisito esencial, constituyendo un remedio legal que se encuentra al alcance de aquellos

deudores que, sin estar técnicamente en ese estado, evidencian dificultades de índole económica o financiera.

Según Segal (1997), la decisión legislativa de incorporar este instituto - en su actual redacción luego de la reforma operada por leyes 25589 (BO 16/5/2002) y 26086 (BO 11/4/2006)- fué acertada y la denominación resulta autoexplicativa del instituto, haciendo patente que se trata de una convención de partes; con una finalidad preventiva por la que se intenta evitar un proceso concursal; celebrándose sin intervención judicial, desde que la homologación opera como requisito para producir el efecto de la oponibilidad frente a terceros, salvo -añadiríamos- que los propios concertantes hayan sujetado, incluso para ellos, la obligatoriedad del acuerdo, de obtenerse la aprobación del juez (art. 71 in fine LCyQ).

En suma, el acuerdo preventivo extrajudicial es un instituto concursal preventivo no liquidativo y abreviado, que consta de una etapa originaria privada y otra judicial conclusiva. Para celebrar dicho acuerdo debe el deudor estar en estado de cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general entendidas éstas como un estadio previo a la insolvencia y encontrarse comprendido en los requisitos formales de sujeto concursable.

Es una figura legal que representa en la actualidad el desarrollo evolutivo -aún perfectible- de antecedentes tales como club de bancos; acuerdos amistosos, concordatos extrajudiciales; acuerdos preconcursales o paraconcursales. Su finalidad es esencialmente rehabilitatoria, apoyada en la propia iniciativa del deudor para responder con honestidad de compromiso a las alarmas tempranas de un pasivo personal riesgoso o de una empresa en proceso inicial de crisis.

Asimismo, se constituye en una herramienta eficaz en la prevención del riesgo expansivo hacia otras empresas a quienes en un contexto de relación económicamente integrada, se encuentra la posibilidad de verse en algún momento alcanzadas por los efectos negativos del sobreendeudamiento individual de sus clientes o del empresariado vinculado en la cadena de intercambio productivo. La reforma operada por la ley 25589 pretende por vía del APE un equilibrio adecuado entre el derecho del deudor; los intereses de los acreedores y la conservación de la empresa en un contexto de buena fe (Rivera, 2010). Es una alternativa válida y tendencia mundial basada en las soluciones privadas por la que se tutelan valores económicos que trascienden el mero interés particular (Scavarda Basaldúa, 2007).

2.- Debate sobre la naturaleza jurídica de los APE

El articulado en lugar de contrato habla de acuerdo, sin embargo una importante corriente doctrinaria evoca que a la fecha de la reforma legal, regía el Código Civil, cuyo art. 1137 al disponer que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, no deja lugar a dudas -según esta postura- que en el caso de los APEs nos encontramos frente a un negocio jurídico de naturaleza contractual (Grispo, 1998; Junyent Bas - Molina Sandoval, 2003; Heredia, 2000; Fargosi, 2002; entre otros).

Sin embargo, como señala Rouillón (2007), a raíz de la reforma introducida a la normativa concursal por la Ley 25589, el instituto cobró una realidad muy diferente a la que rigió desde 1995 hasta 2002, pues aquella obligatoriedad circunscripta al deudor y los acreedores que habían celebrado el acuerdo (para los no participantes esos convenios eran *res inter alios*), el acuerdo homologado judicialmente ya no es un contrato meramente obligatorio para las partes, dado que por aplicación del nuevo art. 76 su obligatoriedad se extiende a los acreedores no participantes y disidentes, surtiendo los efectos propios del acuerdo obtenido en concurso preventivo, con lo cual, ya no es apropiado ubicar la figura como un mecanismo informal de reorganización de empresa en crisis, a medio camino entre los acuerdos preconcursales y los acuerdos preventivos.

Hoy puede predicarse del APE una alternativa autónoma y formal de reestructuración de deuda diseñada sobre un mecanismo legal flexible, ágil y menos oneroso. Sin embargo, no pocas voces tanto en la doctrina judicial como académica catalogan al instituto como una subespecie abreviada del concurso preventivo.

En tal sentido, se ha dicho: "Atento a la ubicación sistemática del acuerdo preventivo extrajudicial en la ley 24.522, debe concluirse que éste es una especie del género concursos preventivos. Las diferencias existentes entre el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial respecto del trámite de formación del acuerdo son meramente formales, y no alteran el resultado de dicho trámite desde que en ambos casos, se tiende a la constitución y

perfeccionamiento de un contrato entre el deudor y la mayoría de sus acreedores"²

Por su parte, en postura diametralmente opuesta, ha señalado Chomer (2011) que si bien la secuencia comienza extrajudicialmente, no se finiquita el trámite por el solo hecho de concertarse acuerdos con los acreedores, sino que está sujeto a la ulterior homologación judicial, lo cual es dirimente y muta la originaria naturaleza privatista. A su turno, Maffía (2003) expresó que la actuación extrajudicial constituye más bien una actividad preparatoria de la presentación del acuerdo en instancia judicial para su homologación. Para estos autores, en suma, sólo se ha "privatizado" el instante inicial, manteniéndose incólume la actuación conclusiva y decisiva de la jurisdicción.

El art. 75 de la LCyQ sella la suerte adversa de la tesis privatista, pues la postura contractualista encuentra serias dificultades para explicar algunos efectos, como la facultad de oposición provista a los acreedores, quienes como terceros no podrían oponerse válidamente a la celebración de un "contrato", y sin embargo de prosperar los cuestionamientos de incumplimiento legal, el acuerdo no resultará homologado judicialmente.

Según Darío Graziabile (2006) el APE es un instituto concursal que tiene dos etapas bien diferenciadas, una extrajudicial y otra judicial y que nace con naturaleza contractual y llega a ser concursal, por lo que tiene una doble naturaleza jurídica: negocial-extrajudicial (privatista) y procesal-judicial (publicista). La homologación judicial le otorga fuerza de acuerdo concursal obligatorio para todas las partes (deudor y acreedores —mayoría y minoría—). En definitiva, es un contrato con aprobación judicial procesal con efectos propios.

En nuestra opinión, el APE constituye en el derecho concursal un *tertium genus*, es decir, una tercera categoría de naturaleza concordataria, que con todo su bagaje de presupuestos, finalidades y efectos jurídicos, se ubica en igual rango de autonomía conceptual junto con las dos categorías clásicas: el concurso preventivo y la quiebra (arg. art. 1 LCyQ).

Más el APE, es tal en tanto y en cuanto reciba al final del desarrollo de las negociaciones, judicial homologación, pues aquel que no se homologa y por ello sólo surtirá efecto respecto de los firmantes, tiene exclusiva naturaleza contractual. Es que, más allá del alcance que las partes pactantes hubiesen tenido en miras, es claro que por aplicación de los principios de universalidad, unicidad, especialidad y orden público imperantes en la materia, no cualquier

² (CNCom., sala D, "Banco Hipotecario Nacional", 28/04/2006, LA LEY, 2006-D, 699; con nota de Gabriel A. Zanni y Néstor D. Robledo; TR LALEY AR/JUR/2713/2006)

contrato de refinanciamiento de deuda podría convertirse en concursal por el sólo hecho que las partes pretenden con él evitar el concursamiento o la quiebra del deudor.

Como se afirmara, "no podemos quedarnos con la mera afirmación de que se trata de un contrato, pues es evidente que el cumplimiento de determinados recaudos legales, su constatación judicial y consiguiente homologación le otorgan a este tipo de acuerdo una eficacia particular al convertir un convenio de partes en un concordato judicial oponible a todos los acreedores" (Junyent Bas, 2012); en suma, "el APE es el homologado, y sólo ese, lo otro es un contrato y sólo eso" (Graziabile, 2006).

3.- Constitucionalidad del APE.

Desde antes del caso "Romi SRL" (CNComercial, Sala B, 31/10/2005), la cuestión de constitucionalidad había sido deducida, sin éxito. La atribución del agravio constitucional usualmente resulta fundada en la supuesta violación de derechos fundamentales de los acreedores, valiéndose de alternativas procesales o de trámite que la insuficiente forma con que la ley reglamenta el instituto da lugar; o por la inadecuada difusión sustentada en la publicación edictal en violación del conocimiento que deberían poder recibir los no convocados al sistema de acuerdos homologables, es decir, en la aparente imposibilidad que algunos tendrían de participar en el procedimiento de consideración de la propuesta.

En ese marco, se afirmaba que el acreedor podría ser descartado totalmente al grado de ser ignorado o no denunciado, proponiéndose una base de cálculo incompleta para beneficio del deudor, quien podrá lograr más fácilmente la homologación judicial. En suma, se sostuvo que el APE no asegura una participación adecuada a fin que puedan ser verosimilmente reconocidos la totalidad de los acreedores y, por ende, deviene insuficiente la determinación de la masa pasiva real del deudor.

Reconociendo que los edictos no son el mejor y más certero modo de comunicación; debemos aceptar que ellos son la ultima ratio -ficción legal- que posibilita difundir públicamente aquello que es imposible notificar a un sujeto en particular o a una universalidad de sujetos interesados. La diferente visión llevaría a la paralización de innumerables juicios por la sola voluntad de quien elude o sabotea la notificación de la demanda, o como en el caso, la convocatoria para la insinuación de su acreencia.

Bien podría decirse que es igualmente deficiente la publicidad edictal que se prevé para difundir la existencia del concurso preventivo, mas no por

ello se ha considerado que tal proceso pudiera violar derechos fundamentales de los acreedores.

Va de suyo, la existencia de otros resortes que aseguran esos derechos sustanciales. La llave de bóveda la proporciona el trámite de oposición del art. 76 LCyQ y en cualquier caso, asistirá a los pretensos acreedores la facultad del art. 60 de la ley concursal, pudiendo plantear la nulidad del acuerdo por las razones expresamente allí previstas.

4.- Presupuestos Formales

4a) Presupuesto objetivo.

Dado que la tésis de los acuerdos reside en la prevención de la insolvencia, la reorganización económica y la reestructuración de pasivo, la reforma adoptó para el APE una fórmula amplia de contenido alternativo requiriendo para su procedencia que el deudor se encuentre en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general.

En tanto la cesación de pagos puede ser definida como un estado de impotencia patrimonial para afrontar de manera regular las obligaciones exigibles, las dificultades de orden general constituyen impedimentos temporáneos de falta de liquidez o circunstancial desequilibrio entre recaudación y obligaciones de pago.

Para Maffia (2005), las dificultades financieras son una especie del género dificultades económicas, y en tanto éstas hacen referencia a un déficit patrimonial (pocos bienes o de escaso valor realizable) o a una baja rentabilidad (incapacidad recaudatoria o remuneratoria), lo financiero tiene relación con la liquidez, es decir con disponibilidades o medios para cubrir erogaciones de caja, al nivel de endeudamiento, a la necesidad de superávit para el repago de los pasivos realizables, como deudas exigibles a corto plazo con Hacienda o Seguridad Social (Segal, 1997)

Ahondando más en las diferencias entre cesación de pagos y dificultades generales, se ha reflexionado (Molina Sandoval, 2003) que aquella remite a un concepto más estático ("*estado*") de crisis empresarial, y las segundas a una noción de impedimento más dinámico, incluso reversible y transitorio a diferencia del carácter permanente del anterior presupuesto. Es más, al tratarse sólo de dificultades, en ocasiones puede no estarse ante una concreta imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones.

En un contexto local permanentemente atravesado por urgencias económicas y desacuerdos políticos que impactan en el ámbito productivo, la cadena de intercambio y el consumo, el legislador proporciona una herramienta

al empresario previsor o al consumidor diligente quienes, ante la existencia cierta de dificultad en los pagos y para evitar males mayores, acude a un paraguas financiero.

A diferencia del concurso que intenta prevenir la quiebra reparando la cesación de pagos, el APE persigue -además de ello- prevenir el estado previo de dificultad cancelatoria, es decir, sincerar el problema y proponer un abordaje consensuado del pasivo ante los primeros síntomas detectados de no poder pagar cuando se produzcan los vencimientos, evitando el escalonamiento de deuda y la situación de irreversibilidad.

Chomer (2011) se pregunta si para acceder al acuerdo preventivo basta la sola manifestación del deudor. Se responde que bastará que el deudor "confiese" en el marco de una explicación realista una u otra posibilidad - "dificultades" o "cesación de pagos"- y que salvo acreditadas situaciones de fraude a la masa o manifiesta omisión en la reunión de los requisitos del art. 72 LCyQ, resulta difícil que un obstinado acreedor dispute aquella "confesión" del apista a fin de privarlo del amparo del instituto. Empero, de sobrevenir tal cuestionamiento, mas que privársele de ello deberán extremarse los controles a fin de resguardar el derecho de los acreedores. En suma, entiende que el APE contribuye a prevenir mas que a superar la insolvencia y se constituye en una opción para atribulados deudores a fin de eludir una cesación de pagos, que avizoran, mas preferirían evitar.

4b) Presupuesto subjetivo. Legitimación amplia más no irrestricta.

La aparente sencilla redacción de flexible interpretación empleada por el legislador en el art. 69 LCyQ al disponer que cualquier deudor puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial, parece contradecir elementales reglas sobre las que se edifica el sistema concursal. Dicho con otras palabras, la literalidad normativa parece conceder una legitimación concordataria prácticamente ilimitada.

Sin embargo, la interpretación armoniosa y en sentido sistémico del ordenamiento concursal cuyos principios generales obviamente resultan extensivos al APE (arg. art. 1 LCyQ), es dable concluir que sólo se ha buscado simplificar los requisitos legales con la finalidad de favorecer la celebración de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, pero nunca extender aptitud de convocatoria a sujetos no amparables por las reglas ordinarias del concursamiento.

La legitimación del art. 69 deberá vincularse con los sujetos comprendidos en los arts. 2 y 5 de la LCyQ, única directriz para acceder al

amparo concursal. En ese marco, la Alzada ha funcionado -en lo que a este trabajo interesa- como un faro correctivo que reafirma la legitimación a simples consumidores o comerciantes de facto sin contabilidad que respalde su actividad, revocando cierta tendencia de la instancia de grado inclinada a exigir que la base de cálculo se encuentre sustentada en antecedentes formales que corroboren la realidad financiera del deudor, obstáculo oficiosamente impuesto seguramente ante la ausencia del órgano sindical controlador que aumenta la responsabilidad exclusiva del magistrado expuesto a una homologación basada en lo denunciado por el apista.

En suma, cualquier deudor puede celebrar un acuerdo preconcursal simple o no homologable, pero sólo aquellos sujetos pasibles de concursarse pueden requerir homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial.

Otro recaudo para tornar "apeable" al deudor, es que no se encuentre tramitando un concurso preventivo o de quiebra, pues en tal situación rigen las normas prohibitivas y de desapoderamiento que impiden celebrar tal contrato, por lo menos con la libertad que tiene el deudor que no está concursado (arts. 16; 106 L.C.Q.).

En tal sentido, se ha sostenido que no podrán presentarse a homologar judicialmente un acuerdo preventivo extrajudicial, aquellos afectados por el art. 31 in fine, es decir cuando se ha rechazado o desistido un concurso preventivo, durante un año, si existen pedidos de quiebra pendiente, aquellos inhibidos por el 59 último párrafo, durante un año luego de declarado cumplido un acuerdo preventivo u otro APE, los que se encuentren en quiebra (art 10) o en concurso preventivo, en todos los casos por aplicación del principio de unidad procesal-concursal y el comprobado carácter concursal del acuerdo preventivo extrajudicial (Alegría, 1996)

5.- Denuncia de acreedores. Categorización y libertad de contenido

Siguiendo las reflexiones de Truffat (2004), el listado de acreedores con certificación contable que debe proporcionar el acuerdista es un acto propio emparentable con la confesión, es decir, una declaración personal por la que en forma voluntaria y consciente se detalla pasivo.

Más, esta denuncia es sólo declarativa de acreencias, no alcanza para sustentar por sí misma la constitución de una relación obligacional. De hecho, hay que diferenciarla del reconocimiento, dado que éste implica manifestación de voluntad por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación (art. 733 CCyC), en tanto la denuncia sólo implica anoticiamiento, y

no necesariamente asunción de deuda. En otras palabras, puede denunciarse un crédito que el apista niega adeudar.

Así las cosas, y a la pregunta sobre si la propia denuncia del deudor basta y sobra para asignar a otro sujeto la calidad de acreedor, ha de responderse que frente a la admisión de un crédito, será difícil a quien hubiera reconocido una obligación pretender luego "desligarse" de una afirmación libremente rendida en el marco de una presentación que requiere asistencia jurídica y contable.

El listado de acreedores en cuyo marco se admiten deudas, constituye en buena medida una declaración jurada, toda vez que elementales principios de buena fe aconsejan rechazar que un sujeto que ha actuado libremente y asesorado profesionalmente venga contra sus propios actos precedentes, negando luego la calidad de *accipiens* del reconocido.

Ello claro está, sin perjuicio que en el marco de la oposición del art. 75 LCyQ, terceros interesados acrediten que el deudor fraudulentamente declaró obligaciones inexistentes o la conformación de un pasivo espúreo.

Si una particularidad ofrece el actual ordenamiento concursal, es permitir al deudor categorizar a los acreedores y ofrecer propuestas diferenciadas. ¿Ello es posible también en un APE? El interrogante no es menor porque si bien el art. 71 postula la libertad de contenido del acuerdo, el art. 73 supedita su homologabilidad a la satisfacción de una mayoría legal únicamente ponderando el pasivo quirografario.

Entendemos, en línea con Barreiro (2003), que el principio de conveniencia a los intereses de los pactantes se impone, y en ese marco nada obsta que puedan efectuarse categorizaciones y ofrecerse tantas propuestas como acreedores existan, sin perjuicio que con respecto a los acreedores quirografarios, deberá respetarse el porcentual normativo, es decir, contarse con la conformidad de la mayoría absoluta de acreedores comunes que representen las 2/3 partes del pasivo quirografario total.

6.- Aspectos del trámite judicial del APE en la doctrina y la jurisprudencia Autonomía del APE como instituto concursal

"El APE no puede asimilarse al concurso preventivo, pues a diferencia de éste, puede celebrarse aun cuando no exista estado de cesación de pagos, no rigen las limitaciones concursales sobre plazos, quitas y otras condiciones de pago" (CSJN, 29/08/2000, "Banco Río de la Plata c/ Agroservicio Solá y Cía. SRL", Fallos 323:2322)

"El APE es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo. Sin perjuicio de tratarse de otro tipo concursal, y dado que la regulación deja al descubierto múltiples vacíos normativos, la similar finalidad de ambos institutos impone recurrir a una función de integración normativa entre los dos mecanismos que, sin embargo, no debe ser automática sino acotada y razonada y dentro de tales parámetros, las normas del concurso preventivo serán de aplicación al APE en tanto resulten compatibles con su finalidad" (CNComercial, Sala A, 14/02/2006, "Descalzo, Jorge s/ APE s/ Queja", ED 22-6-2006)

Necesidad de una resolución de apertura.

"Si bien la ley concursal no prevé, en materia de acuerdo preventivo extrajudicial, el dictado de una sentencia de apertura con los efectos de la regulada para el concurso preventivo en el art. 14 de la ley 24.522, presentada la petición de homologación del A.P.E., el juez debe dictar una resolución que de cauce al trámite subsiguiente" (CNCom., sala D, 31/03/2008, "Cablevisión S.A.", LA LEY, 2008-B, 694; 2008-C, 191 con nota de Darío J. Graziabile; IMP 2008-9 (Mayo), 825; LA LEY, 2008-C, 280 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez; ED, 227, 321)

Presupuesto para la suspensión de juicios de contenido patrimonial

"Si bien el art. 72 de la ley 24.522 dispone que las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, en los términos de los arts. 21 incs. 2 y 3, se suspenden desde la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial, para su homologación, si esa presentación se halla incompleta o es improponible, carece de virtualidad para generar tal efecto" (CNCom., sala A, 14/09/2005, "Quintas, Julio c/ Banco Hipotecario", JA, 2005-IV, 82)

"Ante la presentación de un acuerdo preventivo extrajudicial debe suspenderse -hasta su homologación- el juicio ejecutivo iniciado contra el deudor, de acuerdo al art. 72 de la ley concursal modificada por la ley 25.589 y dicha suspensión opera recién a partir del momento en que el juez disponga la publicación de la presentación del acuerdo preventivo y hasta el momento de su homologación" (CNCom., sala D, 05/04/2005, "Ferrini, Antonio J. y otro c/ Banco Hipotecario", LA LEY, 2005-D, 807)

"La suspensión de las acciones de contenido patrimonial opera a partir del momento en que el juez dispone la publicación que hace saber de la presentación del APE" (CNComercial, Sala B, 31/5/2004, "Microómnibus Norte S.A., J.A. 13-10-2004)

Legitimación

"Visto que el art. 69 de la ley 24.522 no determina expresamente los deudores legitimados para peticionar el acuerdo preventivo judicial, debe estarse a lo establecido en los arts. 2 y 5 de la citada ley respecto del concurso preventivo" (CNCom, sala B, 30/6/2006, "Menzildjian de Pellegrini, Anelga, L.L. 2007-A, 159)

"El peticionario de la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial que no es comerciante debe presentar elementos suficientes para conocer su estado patrimonial -en el caso, una certificación efectuada por contador público- lo cual configura un requerimiento que no puede soslayarse, más ello en modo alguno importa predicar que el incumplimiento de presentar una contabilidad regular en los términos del art. 43 y sgtes. del Cód.Com. conlleve una limitación subjetiva para acceder al remedio preventivo extrajudicial" (CNCom., sala B, 29/12/2004, "Menzildjian de Pellegrini, Anelga", E.D 213, 239)

"El sujeto pasivo del acuerdo preventivo extrajudicial alcanza a los comerciantes y a quienes no lo son, sean personas físicas o jurídicas de carácter privado y a las sociedades donde el Estado nacional, provincial o municipal sea parte. En el caso, la presentación de una certificación expedida por contador público resulta suficiente para que el sujeto pasivo del APE que no reviste la calidad de comerciante, cumplimente con la obligación de brindar información acabada sobre su situación patrimonial" (CNComercial, Sala B, 27/12/2010, "Stivala, Miguel", LLOnline 70068924)

"Los bancos no están legitimados para pedir la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, pues no lo autoriza la Ley de Entidades Financieras ni al APE se aplican las mismas limitaciones en punto a sujetos habilitados que para el concurso preventivo" (Juzgado Nacional 1ra. Instancia Comercial Nº 14, 29/10/2004, "Banco Hipotecario S.A.", confirmado por la CNComercial, sala D, 28/04/2006)

Exigencia de denuncia transparente y fehaciente del pasivo integral

"El deudor que presenta un acuerdo preventivo extrajudicial debe expresar que se encuentra en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, mediante una explicación convincente y verosímil, ya que, si bien esto no está determinado expresamente, deben cumplirse los recaudos previstos en los incs. 1 y 2 del art. 11 de la ley 24.522, en tanto es razonable exigir la individualización del deudor y la exteriorización del cumplimiento del presupuesto objetivo. En razón de ello, cabe confirmar la resolución que desestimó *"in limine"* la solicitud de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial porque el deudor no demostró fehacientemente la conformación del activo y pasivo denunciados, ya que, con las constancias colectadas no se encuentra adecuadamente aventada la posibilidad que se hayan incluido pasivos inexistentes u ocultado acreedores legítimos, y no es posible la aprobación del acuerdo por la sola voluntad del deudor" (CNCom., sala B, 16/12/2005, "Zayas, Cecilia", LA LEY, 2006-D, 840; JA, 2006-II, 125)

"Quien presenta un acuerdo preventivo extrajudicial debe denunciar la totalidad de su pasivo a la fecha de petición razón por la cual debe incluir no sólo los pasivos exigibles y líquidos, sino también los conjeturales, los pendientes de liquidación y los litigiosos" (CNCom., sala A, Sideco Americana S.A., 27/06/2005, LA LEY, 2005-E, 526; JA, 2005-IV, 77; ED, 215, 448; citado por Diegues Jorge A; 2013)

"No cabe homologar un acuerdo preventivo extrajudicial con efectos hacia terceros no votantes, si no media total claridad y transparencia sobre la composición del pasivo y el activo -entre otros defectos, reticencias, omisiones e inexactitudes en balance e inventario, no se individualizó ni categorizó debidamente el pasivo litigioso-, la efectiva configuración de las mayorías legales -en el caso, respecto de los quirografarios- y el carácter no abusivo ni fraudulento de lo convenido -quita desmesurada y discriminatoria para un acreedor, propuesta general de pagar menos de un tercio de lo adeudado,

monto del pasivo previsionado muy inferior al real-, máxime considerando el déficit informativo y de control de tal procedimiento" (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial N° 9, 08/10/2003, "Servicios y Calidad S.A.", LA LEY 2004-A, 528)

"La presentación del APE requiere cumplir menos recaudos formales que la presentación en concurso preventivo. Sin embargo, se exige mayor precisión y completitud en la información relativa a la conformación del pasivo, lo cual se explica por la inexistencia de un Síndico que controle esos extremos, por la necesidad de dotar al tribunal de suficiente certeza de que se han reunido las mayorías legales necesarias para homologar y por la necesidad de acreditar que la propuesta no discrimina abusivamente a ningún acreedor" (Torres Girotti, 2020)

No procede dar curso al pedido de homologación si el deudor se encuentra fallido (art. 10 y 106 LCyQ), concursado (art. 16 LCyQ) o con pedidos de quiebra pendiente o en período de inhibición (arts. 31 y 59 LCyQ)

"El período de inhibición contemplado en el art 59 de la LCQ es aplicable al APE. Resulta inconcebible la existencia de un APE con un concurso preventivo o una quiebra en simultáneo" (CNComercial, sala C, 13/3/2012, "Instituto Sacre Coeur S.A. s/ Concurso Preventivo", LLOnline AP/JUR/907/2012)

"El art. 31 de la Ley 24522 es aplicable al acuerdo preventivo extrajudicial, pues, si bien no está allí previsto, al participar de la misma naturaleza que el concurso y producir sus mismos efectos, forzoso es concluir que se encuentre regulado por las mismas normas. La existencia de pedidos de quiebra pendientes con anterioridad a la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial que fuera posteriormente desistido por la deudora, impide el pedido de apertura del concurso preventivo. Desistido un pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, el pedido de apertura del concurso preventivo solicitado dentro del año posterior no deberá ser admitido en el supuesto en que existan pedidos de quiebra pendientes" (CNComercial, Sala C, 12/7/2012, "Transportadora de Gas del Norte S.A."; LLOnline: TR LALEY AP/JUR/3724/2012)

"La locución *"pedidos de quiebra pendientes"* contenida en el art. 31 in fine ley 24522 alude exclusivamente a los presentados antes de la primera petición de concursamiento" (CNComercial, en pleno, 22/12/1997, "Farmacia Gala S.C.S", JA 1998-I-108; LLOnline: 980382)

Contralor en el cumplimiento de la mayoría legal. Subsanación

Conforme lo resuelto en el caso "Cablevisión S.A." por la CNComercial, Sala D, 31/03/2008, a la luz de la reforma impuesta por la Ley 25589 sobre el art. 73, el juez ya no cuenta con facultades para desestimar *in limine* la petición por una ausencia inicial de mayorías; por lo que aunque la petición de homologación se presente con un *quantum* legal insuficiente, debe darse curso al trámite, quedando el deudor obligado a reunir las restantes conformidades antes del dictado de la sentencia homologatoria. Es que el inciso 5° del artículo 72 sólo exige como recaudo para la presentación judicial la indicación del porcentual de acreedores firmantes y el alcance que ese porcentaje representa respecto de la totalidad de los acreedores del deudor. Obviamente, a fin de evitar dudas o enojosas cuestiones, al guardar silencio la ley, el magistrado debe establecer un límite temporal hasta el cual la parte interesada debe subsanar tal circunstancia, a fin de evitar mantener el proceso abierto *sine die* (Chomer, 2003; Casadío Martínez, 2008; entre otros)

Incumplimiento de la carga de presentar un estado contable. Subsanación

"Si bien la necesidad de presentar un cuadro de situación objetivo respecto al patrimonio del peticionario del APE es un requerimiento ineludible; el incumplimiento de presentar una contabilidad regular en modo alguno puede implicar una limitación subjetiva para acceder al remedio preventivo extrajudicial" (CNComercial, Sala B, 27/12/2010, "Stivala, Miguel", Cita LLOnline: TR LALEY 70068924)

Homologación judicial de un APE con modificaciones

"Debe admitirse la homologación de la modificación del acuerdo preventivo extrajudicial cuando media conformidad de todos los acreedores involucrados en el mismo, pues si bien la ley no prevé dicha situación, no se advierte que la admisión de lo solicitado pueda poner en riesgo el orden público o el derecho de algún tercero, así como tampoco la existencia de una posición dominante por parte del deudor" (CNCom., sala E, 22/12/2009, "Su Papel S.A.", Cita en LLOnline: TR LALEY AR/JUR/64064/2009)

Recaudos para la homologación judicial: verificación de la mayoría legal; rechazo de oposiciones y ausencia de fraude o abusividad en el acuerdo

"Cabe homologar el acuerdo preventivo extrajudicial presentado por la deudora, el cual consiste en el pago del 45% de los créditos reconocidos en veinte cuotas semestrales iguales y consecutivas -a pagar la primera luego de un año desde la fecha de homologación y las restantes en igual día de transcurridos seis meses desde el vencimiento de la cuota anterior-, devengando cada cuota intereses a la tasa del 5% anual, pues, se encuentran reunidas las mayorías legales requeridas, se desestimaron las oposiciones oportunamente deducidas y se descartó la posibilidad de que el acuerdo pueda reputarse de "abusivo" o "fraudulento" o que infrinja principios superiores del orden jurídico" (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 16, 12/09/2005, "Modo S.A. de Transporte Automotor", LA LEY 2005-E, 786; LLOnline:AR/JUR/2806/2005)

Producción de prueba

"Es procedente la producción de la prueba pericial contable solicitada a fin de acreditar la omisión y exageración del activo y la omisión del pasivo de la sociedad deudora, así como también la inexistencia de las mayorías necesarias para la celebración del acuerdo preventivo extrajudicial, en tanto se dirige a acreditar los presupuestos previstos por el art. 75 LCyQ" (CNCom., sala F, 08/07/2010, "Raiser S.A. s/APE s/inc. de oposición al APE (Noble Argentina S.A.)", LLOnline: TR LALEY AR/JUR/46906/2010)

Rechazo del APE

"Corresponde rechazar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial presentado, pues su proponente no aportó información objetiva, cierta y comprobable que dé acabo cuenta de su situación patrimonial, toda vez que del dictamen fiscal surgen las inconsistencias que exhibe la solicitud inaugural en orden a la conformación del activo y del pasivo del apista, y no sólo se desconoce la actividad habitual o profesión que desempeña sino que tampoco se informó cual es el concreto origen y la cuantía de sus ingresos, ni de qué forma hará frente al pago de las deudas concordatarias" (CNCom., sala D, 06/04/2010, "Bugallo, Mario Hugo"; TR LALEY AR/JUR/21899/2010)

"Corresponde denegar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial instado por el deudor, toda vez que no hay prueba cierta sobre la existencia y cuantía de los activos y pasivos declarados por él, lo que impide realizar un

control de legalidad sustancial sobre su situación económica patrimonial y así esclarecer la verdad en lo referente a la composición y valuación de su pasivo real, de modo de asegurar la autenticidad de las bases que permitan sustentar la legitimidad del acuerdo alcanzado, máxime cuando el acuerdo consiste en la cesión de bienes de cambio, de uso y créditos litigiosos respecto a los cuales el deudor reconoció su imposibilidad de determinar el importe que cada acreedor recibiría en pago" (CNCom., sala A, 15/09/2009, "Protel Servicios SA.", ED 236, 244)

"Toda vez que el APE constituye un subtipo concursal, el juez no debe homologar la propuesta del acuerdo que sea abusiva o en fraude a la ley". (CNComercial, Sala B, 27/12/2010, "Stivala, Miguel", LLOnline 70068924)

"Corresponde denegar el pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial formulado por una persona física carente de registración contable, pues esta omitió brindar una explicación verosímil sobre la conformación de su patrimonio y la viabilidad del acuerdo cuya homologación pretende" (CNCom., sala B, 30/06/2006, "Menzildjian de Pellegrini, Anelga", LA LEY, 2007-A, 159)

"Corresponde denegar el pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial si el deudor omitió denunciar parte de su activo así como adjuntar la documentación respaldatoria de los créditos, desde que la propuesta formalizada por aquél no sólo podría llegar a importar un ejercicio abusivo de sus derechos, sino además, un acto jurídico encuadrable en la noción de objeto ilícito violatorio del C. Civil, razón por la cual dicho acto no podría ser convalidado aun cuando hubiere sido aprobado por la mayoría de los acreedores" (CNCom., sala C, 17/03/2006, "Leuzzi, Catalina", La Ley 2006-D, 690)

Costas

"En materia de acuerdo preventivo extrajudicial la imposición de costas tiene un régimen dual desde que las correspondientes al trámite principal siempre son a cargo de quien solicita la homologación del concordato; en cambio, si hubo oposición a la homologación del acuerdo, ellas deben ser impuestas según el resultado obtenido, atendiendo al principio objetivo de la derrota" (CNCom., sala D, Cablevisión S.A., 31/03/2008, LA LEY, 2008-B, 694; 2008-C, 191 con nota de Darío J. Graziabile; IMP 2008-9 (Mayo), 825; LA LEY, 2008-C, 280 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez; ED 227, 321)

///

CAPITULO III

Mediación

1.- Concepto, fundamentos y objetivos de la negociación asistida.

El desafío en el que constantemente se ve inmerso el derecho -procesal y sustantivo- es adecuarse al tratamiento de una conflictividad siempre creciente en número y complejidad y tanto en nuestro país como en casi todo el mundo, hay tres preocupaciones centrales: el acceso a la justicia, la demora en la resolución de los pleitos y superar el grado de insatisfacción de los justiciables en la respuesta obtenida del conflicto.

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994, al integrar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos dando lugar al Bloque Federal Constitucional, recepta ese deber de garantizar al ciudadano el derecho a ser oído y obtener decisión concreta y razonable en un plazo prudente, promoviendo la incorporación en el ámbito judicial y extrajudicial, de los denominados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, también llamados Resolución Alternativa de Disputas.

Uno de los aspectos claves aprehendidos para alcanzar un adecuado servicio de justicia es reducción de litigiosidad y una de las soluciones implementadas y exitosa a esos fines es la mediación.

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación promueve el abordaje de las disputas en ese ámbito cuando autoriza a los jueces a someter las discrepancias en instancia de mediación, procedimiento que implicará la suspensión del curso de la prescripción (arts. 642 y 2542). Hay en ello un desplazamiento del poder de definición del conflicto del Estado a las partes y, en caso que las mismas no logren superar su diferencia, será la autoridad pública quien interviene residualmente ejerciendo la función jurisdiccional (Hanssen Giffoniello, 2019)

La mediación es un sistema de resolución de conflictos alternativo al judicial que se desenvuelve en un ámbito de negociación asistida por la intervención de un tercero imparcial, el mediador, facilitando la resolución autocompositiva mediante el diálogo directo entre las partes, por fuera de la estrictez dogmática de las reglas de litigación clásica basada en un esquema adversarial para la dilucidación de los hechos, producción de prueba, motivación de fallos y exigencia de su ejecutoriedad.

El Estado Argentino por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, define a la mediación como un "*método que permite la*

resolución de conflictos de manera pacífica, a través del diálogo entre las partes, donde el mediador como tercero neutral las acompaña para que ellas mismas, como protagonistas, encuentran las soluciones más beneficiosas" (sitio web, www.jus.gob.ar.)

Según publicación especializada en materia de resolución de disputas, la mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, el mediador, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto, explorando fórmulas de arreglo que trascienden en nivel de la disputa obteniendo del conflicto una visión productiva para ambas (Revista Fundación Libra, N° 1)

A diferencia de la sentencia judicial como resolución impuesta a las partes por un tercero (el juez), la autocomposición es el acuerdo mutuamente aceptado por los involucrados. Es una solución de naturaleza concordataria que representa el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada a la que se arriba atenuando posturas extremas y maximizando puntos comunes, plasmando en un acta los términos acordados.

El desarrollo dialogal en sustitución del dialéctico ha implicado que la mediación se constituya en una gestión disruptiva del abordaje tradicional de los litigios, basado en la cultura del pleito, es decir, en el desarrollo de un vicio de la conducta de confrontación según el cual se propende al máximo posible de litigiosidad, de modo tal que todo agravio proporcione base para un planteo judicial, con marcado desinterés o incluso desprecio si ante el cúmulo o sobrecarga del despacho de los juzgados ello atenta contra un sistema de justicia eficiente. Es frecuente advertir que el exceso de incidencias es entendido por algunos profesionales del derecho como una suerte de estrategia en la litis y prueba del compromiso defensivo con la causa de su cliente.

Por el contrario, la metodología para la resolución alternativa de conflictos lleva a construir un modo de relacionarse atendiendo a las diferencias, descubriendo puntos de encuentro, incluyendo la multiplicidad de opiniones y sentimientos y a una primera apertura al diálogo con el "otro", estableciendo encuentros significativos (Benítez; Halle; Petric; 2003).

En ese marco, los objetivos de un sistema alternativo de resolución de disputas son mitigar la congestión de los tribunales; reducir costos, acelerar los tiempos de respuesta, favorecer el acceso a la justicia y la participación directa del ciudadano en su sistema judicial y proporcionar a las partes una solución jurídica que mejor se adapta a sus intereses.

Debe quedar en claro que entre los métodos alternativos en el tratamiento de conflictos y la función judicial hay una relación complementaria y no sustitutiva. La mediación no veda el acceso a la jurisdicción, sólo en algunos casos calificados como obligatorios por el legislador, impone un recaudo previo que constituye una vía adecuada en la que la participación directa de los interesados posibilite superar o al menos reducir el estado de desacuerdo.

2.- Casos mediables y situaciones no recomendables de mediación

La experiencia demuestra posibilidad de éxito de la mediación cuando:

- * las partes quieren terminar con un problema actual; aunque necesariamente deben mantener una relación personal o profesional; * quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto y mantienen fuertes dudas o reserva de los beneficios que pudieren derivarse de someterlo a la decisión por un tercero (juez; árbitro);
- * la ley y la jurisprudencia proporcionan una solución distinta a la buscada, o requiere un trámite más costoso, lento y poco confidencial;
- * no existe un gran desequilibrio de poder y la convocatoria personal favorece la solución del conflicto y la prevención de futuras disputas o litigios

La mediación no se traduce en una alternativa superadora cuando:

- * una de las partes se abroquela de un modo innegociable en sus versión de los hechos e intereses;
- * una de las partes pretende con particular interés una medida sancionatoria a la contraria, por encima de cualquier avenimiento;
- * alguna de las partes no quiere llegar a un pronto arreglo por encuentra en la lentitud del procedimiento judicial un beneficio (ganar tiempo despierta expectativas para afrontar mejor los costos de la deuda, la demora en la definición infla el crédito al devengarse intereses; etc)
- * una o ambas partes no tienen interés en llegar a un acuerdo o el mismo por la naturaleza de orden público involucrada (moral, delictiva, competencial, etc) resulta innegociable.

De todas formas, resulta de interés plantear que si bien los procedimientos alternativos de solución de disputas no siempre consiguen resolver las mismas, un mediador prudente y hábil deja sembrado en los contendientes las semillas que los alienten a volver de tales infranqueables pugnas y reintentar las negociaciones.

Este mecanismo se denomina "incorporar circuitos de retorno", y está basado en múltiples estrategias aplicadas por el mediador, tales como información sobre costos, duración del pleito y exposición a pérdida de anonimato de acudir a la instancia judicial; o al empleo de los llamados "períodos de enfriamiento", permitiendo a los disputantes elaborar en privado con calma y desde cierta distancia con relación a las primeras audiencias, considerar determinada colección de datos sobre concretos puntos comunes acordables con beneficios recíprocos, poniendo en una fecha futura (cuarto intermedio), la posibilidad de reinstalar el diálogo para arribar a una solución concordada (URY & BRETT & GOLDBERG, 1995)

3.- Aportes de otros institutos a la mediación. Diferencias.

Cuando decimos que la mediación es una negociación asistida por medio de la cual en un entorno propiciado por un facilitador para el diálogo los disputantes arriban a una conciliación de intereses en pugna, estamos empleando en el concepto figuras que si bien se encuentran emparentadas por su naturaleza con este mecanismo de resolución alternativa de conflictos, sin embargo, obliga en estricta técnica discursiva, a destacar al menos de un modo general, caracteres que son específicos.

Entre **negociación** y mediación hay una relación de género a especie, encontrándose aquella -negociación- dotada de una clara amplitud práctico-conceptual respecto de la mediación y que podríamos sintetizar definiéndola como un proceso de discusión cuyo objetivo es llegar a un acuerdo aceptable por su conveniencia para la satisfacción de intereses propios.

A diferencia de la mediación puede que en la negociación no haya disputas previas; tampoco requiere la participación directa de las partes y no resulta imprescindible un tercer moderador entre los involucrados.

Además, en la negociación, espacio más desestructurado aún que la mediación, puede suceder que una de las partes saque provecho de su posición dominante, extremo que difícilmente admitiría en mediación la suscripción de un acuerdo entre los convocados por el mediador.

Conciliación implica un mecanismo autocompositivo del conflicto por el cual se arriba a un avenimiento entre las partes sobre aspectos en disputa, pero a diferencia de la mediación donde la conciliación de intereses controvertidos implica un entendimiento entre particulares ante un mediador suscribiendo en ese ámbito el acuerdo en un acta, la conciliación en sede judicial como modo alternativo de finalización del juicio resulta efectuada ante

el juez, quien homologa el acuerdo arribado entre ellas, a partir de lo cual tendrá autoridad de cosa juzgada.

La **transacción** es un acuerdo al que arriban las partes en conflicto luego de una negociación donde a partir de concesiones recíprocas entre ellas se arriba a un convenio muy parificado en la relación parcelar de lo que cada una ha obtenido como consecuencia del mismo.

Pero este mecanismo, a diferencia de la mediación y a semejanza de la conciliación, por el que se pone fin a una disputa, también acontece en el marco de un pleito judicial y dependerá del examen que el juez realice de la concurrencia de los requisitos legales, para admitir recién entonces la validez de lo acordado posibilitando la plena eficacia de su alcances por medio de la homologación judicial ulterior.

El **arbitraje**, a diferencia de la mediación que se desenvuelve en un espacio no contencioso, es un método de resolución de conflictos tradicional de carácter adversarial, que si bien puede ser tan ágil e informal como aquella, generalmente es más costoso y el pronunciamiento del árbitro denominado laudo, implica la imposición a las partes de la decisión de un tercero, de corte resolutivo más emparentado con la sentencia, lo que la diferencia claramente del resultado autocompositivo del acuerdo en instancia de mediación.

Dentro del arbitraje cabe distinguir el técnico o *de juris*, es decir el arbitraje de derecho, del denominado arbitraje de *amigables componedores*, también llamado arbitadores, que fallan según su leal saber y entender, es decir, basado principalmente en el concepto de equidad. El procedimiento está diseñado para que las partes negocien todo lo que más puedan, pues cuanto más alejadas se encuentren sus posiciones al momento de pasar a decisoria, más puede perder aquella que no resulte favorecida por el laudo arbitral.

Teniendo en cuenta que la mediación proporciona un acuerdo con base en una solución dialogada y mutuamente aceptada por las partes, se ha dicho de ella que "es un procedimiento más positivo y que tiende a obligar a las partes más que la conciliación, construida sobre recomendaciones o propuestas del conciliador a los interesados. Por otro lado, es mucho más flexible pero menos concluyente que el arbitraje. Así, la mediación puede considerarse útil como una forma de asistencia cuando la conciliación hasta ese momento ha resultado infructuosa, pero también cuando las partes no están dispuestas a acudir al arbitraje y a comprometerse a aceptar el laudo una vez dictaminado" (Herrero, 1985)

4.- Diferencias entre mediación y juicio.

El sistema tribunalicio se apoya sobre un objetivo en abstracto que es descubrir la verdad y, a la luz de la valoración de la prueba reunida, la aplicación del derecho sobre los hechos dilucidados. La mediación se sustenta en un objetivo en concreto, coadyuvar a las partes por los carriles del diálogo para que las mismas hallen la solución de sus diferencias.

El proceso judicial es el ámbito de la *jurisdictio*, del imperio de respuesta estatal; la mediación es el ámbito del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. La sentencia es expresión del poder de decisión de un tercero, el acuerdo en mediación es expresión de una decisión en poder de los particulares interesados. El juicio se desenvuelve sobre la base de normas públicas preestablecidas; la mediación se desarrolla sobre la base de estándares privados surgidos espontáneamente del diálogo entre los asistentes.

En instancia de mediación hay una injerencia estatal mínima (aporta la infraestructura para el diálogo designando a un moderador coadyuvante en la cuestión); en la instancia judicial hay una injerencia estatal decisiva (ordena producir sólo aquella prueba que es estima conducente, valora conforme las reglas de la sana crítica y dicta sentencia sobre la cuestión). Como se concluyera, esto denota una relación inversamente proporcional, en el sentido que a menor injerencia del Estado mayor poder de decisión de las partes, auto-normándose en función de sus propios intereses, dentro de los límites impuestos por la ley (Hanssen; op.cit).

Se ha resaltado que este modelo de abordaje de los conflictos es de una naturaleza prejudicial tal, que su conexión con el ulterior proceso judicial es prácticamente nula, siendo un mecanismo ajeno y carente de utilidad práctica en caso de un futuro juicio (Blanco, 2019), en gran parte por aplicación del principio de confidencialidad de las actuaciones que garantiza reserva de opiniones e informes, así como de documentación y prueba producida durante el procedimiento, estando prohibido su incorporación en proceso administrativo o judicial posterior, salvo expreso consentimiento de las partes. En ningún caso quien hubiere intervenido en un proceso de mediación puede prestar declaración de parte o testimonial de lo acontecido en instancia de mediación (art. 4 Ley de Mediación Integral N° 2699)

Ello en gran parte se explica porque la mediación no es una etapa del proceso judicial. La mediación es una técnica para la resolución de conflictos alternativa al proceso judicial. Ergo, por definición, la mediación es extraprocesal. Podría ser llevada a cabo por funcionarios dependientes del

Poder Judicial —desde luego, no por jueces—, pero siempre fuera del proceso judicial: antes de ser iniciado el proceso judicial o a título de derivación en algún momento de su transcurso como lo disponen el art. 37.4 CPCC La Pampa (texto según art. 78 ley 2699) y los arts. 50 a 56 del Ac. 3277/14 STJ. (Sosa, 2015)

La tésis de la ley de mediación previa obligatoria consiste en evitar -de ser posible- que el proceso llegue a iniciarse, al componer las partes, autónomamente y con la ayuda del mediador, sus desavenencias. Por eso en la solicitud de mediación no se acompaña escrito de demanda; del mismo modo que si la mediación concluye sin acuerdo, la instancia judicial no da comienzo *ipso iure*: es necesario que el interesado promueva la acción, pero no puede ser forzado a hacerlo (Garber, 1999)

La primera etapa del proceso comenzará, como siempre ha sido, con la demanda, de allí su caracterización como presentación inaugural. Tal como refiere el legislador "*la instancia se abre con la promoción de la demanda*" (art. 289 in fine del CPCyC). Cuando se acompaña con el escrito de inicio constancia de haberse ocurrido previamente -con resultado infructuoso- a la instancia de mediación (art. 313 inc. 8 CPCyC), es sólo un requerimiento formal de haber agotado esa vía obligatoria, pero no traduce a la mediación como un primer estadio o instancia preliminar en el juicio.

La promoción y desarrollo de la actividad en instancia de mediación es una medida de acción positiva de la autoridad pública para garantizar el acceso a la justicia a un mayor número de ciudadanos, proporcionando a esos fines un foro neutral de bajo costo, estructurado pero informal, reducción de tiempos, confidencialidad; oralidad aliviada de tecnicismos y búsqueda por las partes de una salida autocompositiva que interpretan más satisfactoria a sus propios intereses, sin importar, que la solución encontrada -jurídicamente admisible, claro está- se ciña estrictamente a la ley o a la observancia de la doctrina de los precedentes judiciales.

Se ha dicho: "Los métodos alternativos de resolución de disputas están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho. Ello no significa que no se tengan en cuenta las normas jurídicas, pero la solución se va a basar en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva" (Macho Gómez, 2013).

5.- Diferencias entre mediador y juez

El mediador es un técnico facilitador del diálogo que conduce el encuentro directo entre las partes por carriles que favorezcan arribar a un acuerdo. Su contribución es muy grande, porque en él gravita la posibilidad de ayudar a generar un punto de encuentro para que haya mediación (Maglianesi, Coppa, 2014)

Es un oyente activo, modelador de ideas que muestra el sentido de realidad necesario, simplifica el caso y descarta lo irrelevante para lograr acuerdos convenientes, con cláusulas mutuamente aceptadas por las partes, insertas en un acta redactada por él para su ulterior ejecución, valiéndose de una gama de técnicas que favorecen el cambio de actitud de aquéllas. Se ha dicho que "la práctica de la mediación no es un hacer intuitivo. Es un saber cuyas especificidades provienen de un entramado conceptual que se nutre de las teorías del conflicto, de la comunicación y de la negociación colaborativa" (Aréchaga, 2005).

El mediador, en el primer encuentro con las partes, debe crear el clima para una positiva interacción subrayando de entrada que su función es enteramente diferente a la de un juez o un árbitro, dado que en ningún caso dirige la controversia y solamente despliega su intervención para ayudar, si es posible, a encontrar la fórmula que concilie sus diferencias.

Es cierto que los jueces emplean técnicas de mediación en las audiencias de conciliación y en las preliminares que establecen los códigos procesales. Esto, sin embargo, no transmuta a la conciliación judicial en mediación, ni hace al juez mediador, por la obvia razón que si las partes no llegan a un acuerdo el juez debe poner fin a la controversia con una sentencia y el mediador no.

En ningún caso ejerce potestades jurisdiccionales. Así como no puede decidir la contienda tampoco puede atender planteos relativos a la competencia, disponer la comparecencia por la fuerza pública de nadie, decretar medidas cautelares, ordenar la permanencia obligada en el acto de participantes o aplicar correcciones disciplinarias.

En suma, en tanto la intervención del juez en el pleito se centra en valorar la prueba producida y en su mérito decidir el conflicto dando las razones de su fallo, el mediador gestiona el conflicto sin decidir; actúa sin juzgar. No es raro que a un mediador se le pida opinión sobre las posiciones en juego, más no puede expresarla, pues perdería su imparcialidad perjudicando en forma negativa el procedimiento. Su actuación nunca puede ser la de juez ni árbitro (Highton, Alvarez, 2004)

La sentencia es una respuesta de heterocomposición emanada del Estado; la mediación una respuesta de autocomposición arribada por los propios interesados. El juez debe garantizar una adecuada integración de la litis para el ejercicio pleno del derecho de defensa en un contexto adversarial, por su parte, el mediador facilita la comunicación moderando la negociación en un ámbito dialogal. La resolución judicial es imperativa; el acuerdo arribado en mediación es de naturaleza concordataria. En el procedimiento judicial la autoridad decisoria radica en el juez; en el procedimiento de mediación en las partes. La sentencia judicial es un acto jurídico-procesal que debe contener los recaudos del art. 155 del CPCyC; el convenio arribado en mediación se plasma en un acta, instrumento privado con certificación de las firmas por el mediador si el procedimiento se desarrolló en centros de mediación privados; o un instrumento público suscripto por las partes si las audiencias se hubieren cumplido en centros de mediación públicos (arts. 25; 26, 60 y concs. Ley Provincial N° 2699).

En otras palabras, el mediador y el juez se mueven en órbitas enteramente distintas, y el entrecruzamiento es imposible. No hay manera de confundir la reclamación que trae al mediador a la escena dialogal y la demanda que activa el proceso judicial contencioso. Si las partes logran el avenimiento sobre la base de un objeto lícito, moralmente irreprochable y sin afectar a un tercero, aquél valdrá como una transacción de derechos con fuerza de cosa juzgada y el caso quedará "exento de la autoridad de los magistrados". No hay manera para sostener que en ese contexto el mediador invadió la órbita del juez o ejerció una porción de sus funciones.

6.- Extrajudicialidad y privatización de la justicia

El sistema alternativo de resolución de disputas es complementario no sustitutivo del sistema judicial. Desjudicializar los procesos no implica privatización de la administración de justicia; la órbita extrajudicial no es antijudicial, sino coadyuvante de la judicial, porque descongestiona la tarea tribunalicia permitiendo a los jueces poder dedicarse mejor a los casos que no obtengan solución por los propios particulares involucrados (Highton, Alvarez; 2004).

En otras palabras, lo que no pudo ser acordado por las partes, será decidido por el magistrados en la esfera de su competencia, únicos investidos de *jurisdictio*, es decir, potestad para decidir con fundamento en derecho los hechos controvertidos, razón por la cual, los mediadores no usurpan funciones jurisdiccionales.

Y no pueden hacerlo porque la facultad de decir el derecho en última instancia sólo puede recaer sobre los jueces. El art. 109 de la Constitución Nacional prohíbe absolutamente al titular del Ejecutivo Nacional ejercer funciones judiciales; arrogarse el conocimiento de causas pendientes y reestablecer causas fenecidas. Asimismo, el art. 96 de la constitución pampeana establece que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución local, códigos de fondo, leyes de la Provincia y por los tratados que ésta celebre, siempre que tales asuntos se hallen sometidos a la jurisdicción provincial.

En ese marco, es claro que los mediadores no ejercen funciones judiciales. No deciden controversias ni tienen potestad para decir el derecho. Su puntual e inequívoca función es promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Desde luego que tampoco se arrogan el conocimiento de causas pendientes cuando reciben cuestiones remitidas por los jueces (art. 642 CCyC), pues la intervención será en todos los casos, para ayudar a que las partes negocien sus diferencias y procuren conciliarlas mediante acuerdos voluntarios. El mediador nunca "conoce" en el sentido en que lo hacen los magistrados, ni el árbitro ni el amigable componedor.

En suma, los términos del acuerdo deben provenir de las partes; si el facilitador hace fuertes sugerencias que ingresan al contenido sustantivo del acta, ello puede comprometer su materialización, por efecto de una sensación ulterior o reflexión tardía de alguna o ambas partes que determinado punto de lo "acordado", en realidad le fue impuesto.

7.- Principales cuestionamientos a la mediación

La mediación no es un sistema de abordaje perfecto de las disputas, y a la luz de la experiencia de los operadores las principales críticas son:

*desigualdad en las condiciones personales. El sistema alternativo de resolución de disputas parte de una premisa en abstracto que la realidad contrasta y que en muchos casos resulta patente: el desequilibrio de poder entre las partes. No toda controversia involucra una discusión de dos vecinos en similar condiciones y esa diferencia socioeconómica y cultural se traslada al encuentro, donde la escasez de recursos o la menor información conducirá al sujeto con menores posibilidades a verse forzado a acordar o negociar resignando aspectos no suficientemente conscientes o reflexionados de sus

prerrogativas. La estadística marcará el triunfo de sistema alternativo; otro juicio se evitó, pero detrás de ello en muchos casos a costa de la renuncia insospechada de ciertos derechos por el pactante más débil.

*falta de representación suficiente. La resolución no adversarial presupone a individuos que hablan por sí mismos en un contexto informal de trámite y flexible de contenido. Y ello está bien y en muchos casos es lo que permite arribar a un avenimiento en la disputa. Más en otros supuestos, detrás del arreglo -o por el contrario la imposibilidad de alcanzar uno- el resultado obtenido puede estar signado por la falta de representación suficiente de los intereses de los participantes. Es que, la autodefensa no asegura por sí el adecuado ejercicio del derecho de defensa

*falta de fundamento suficiente y ejecutoria de lo resuelto. Los que minimizan la dimensión del juicio equiparan de un modo sustitutivo el acuerdo arribado en mediación con el valor de la sentencia judicial y, si bien este efecto para las partes de lo resuelto es acertado, la informalidad y flexibilidad en los términos mediados en muchos casos conspira con la claridad y ejecutoriedad de lo acordado. No es infrecuente que esto obliga en ocasiones a judicializar la cuestión, que vuelve por ello a encontrarse controvertida, pero ahora, con un acuerdo con sus claroscuros sobre la mesa, el juez se encontrará atado por lo convenido y de dificultosa justificación a la luz de la doctrina de los actos propios reexaminar y modificar a pedido de parte los alcances de su contenido.

*dificultad para hacer prevalecer el valor justicia en el caso. Los seguidores de los métodos alternativos de resolución de los conflictos consideran que el acuerdo equivale a la sentencia y en ese marco, la transacción tiene un valor sustituto del fallo judicial. Sin embargo, en ocasiones se ha advertido que ese ideario jurisdiccional por la búsqueda de la verdad, el esclarecimiento de los hechos con prueba verosímil apreciada conforme a las reglas de la sana crítica judicial sobre la que se sientan las bases del pronunciamiento del juez, hay una construcción más eficaz del valor justicia, por sobre las cualidades de rápida y económica pacificación que proporciona la mediación. El punto evidencia una profunda discusión de fondo sobre cuál sistema asegura mejor el cumplimiento de la premisa fundamental de la Ciencia Jurídica de dar a cada uno lo suyo.

8.- Mediación en La Pampa

En La Pampa, la instancia de mediación encuentra su expresión normativa en la Ley de Mediación Integral (Ley 2699) sancionada el 18/12/2012 (B.O. N° 3031 del 11/1/2013) que regula todo lo concerniente al procedimiento de mediación judicial y extrajudicial, y que declara de interés público su utilización, promoción, difusión y desarrollo.

En la normativa vigente, la mediación puede ser:

- Voluntaria extrajudicial: cuando libremente las partes eligen someter su controversia a una etapa de negociación asistida (extrajudicial; art. 13; mediación escolar, art. 30)
- Obligatoria judicial: lo que sucede en aquellos casos que la ley impone en forma previa al proceso judicial (art. 37)
- Optativa o facultativa: en su modalidad genérica cuando en cualquier etapa del proceso se admite hacer uso de la instancia de mediación; específica en el caso de procesos de ejecución, ejecución de sentencia y desalojo (art. 41)

De este modo, la normativa de mediación pampeana adopta un sistema mixto que combina una mediación obligatoria que reconoce como autoridad de aplicación al Superior Tribunal de Justicia Provincial, y una mediación voluntaria, de carácter extrajudicial y en asuntos del ámbito escolar, con el Gobierno Provincial como autoridad de aplicación. Admite centros públicos y privados de mediación. El ejercicio del cargo de mediador puede ser unipersonal o colegiado, cumplidos los requisitos legales para ello.

La norma se enmarca en el objetivo de las Cortes de Justicia, Tribunales Superiores ó Superiores Tribunales de Justicia Provinciales, de impulsar en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, la implementación y desarrollo de nuevos servicios de justicia consistente en los denominados métodos alternativos de solución de conflictos, fundamentalmente la mediación, a fin de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acceder a justicia y ayudarlos a resolver sus disputas de acuerdo con sus intereses y necesidades, con la asistencia de un tercero neutral quien conduce a las partes para que encuentren ellas mismas una solución, sin emitir opinión ni consejo, en el marco de un proceso de negociación colaborativa.

La mediación en instancia judicial ha ido ganando con el tiempo ostensibles grados de especialización conforme un mecanismo con adecuado control de legalidad del procedimiento y de la actuación de abogados de matrícula, auxiliares de justicia y empleados administrativos (Araoz, 2014)

El fin es no sólo que los conflictos se resuelvan en menor tiempo y costo sino además instaurar una nueva cultura: priorizar el camino no adversarial por sobre el contencioso y llegar así a la decisión judicial cuando se hayan agotado los mecanismos alternativos (JU.FE.JUS. 2005)

Cualquiera sea la fuente convocante, a todas resulta común que la permanencia en instancia de mediación es voluntaria, motivo por el cual, luego de concretado el primer encuentro, las partes podrán unilateralmente o de común acuerdo dar por finalizado el proceso. Incluso el mediador puede dar por terminado el procedimiento cuando considere agotados los esfuerzos por lograr un entendimiento entre los interesados, que no es posible fijar pautas mutuamente aceptables para un acuerdo sustentable.



9.- Mediación y su interpretación en la jurisprudencia

"Toda vez que no surge que el trámite de mediación correspondiente se haya cumplido de conformidad con las disposiciones dictadas en el marco de la emergencia sanitaria, corresponde ordenar la reapertura de la mediación a fin de que la misma se lleve a cabo de conformidad con la normativa vigente, sin afectar los actos procesales hasta el momento cumplidos" (CNCivil, Sala A, 04/06/2021, "Cheber, Maximiliano Salomón c/ Gallegos, Martín Gonzalo s/ cobro de sumas de dinero"; TR LALEY AR/JUR/64394/2021)

"La sentencia que ordenó que debía acreditarse el cumplimiento de la mediación prejudicial obligatoria debe confirmarse, pues de ninguna de las constancias adjuntadas surge la recepción por parte de la demandada de la notificación de la mediadora citándola a audiencia, como tampoco la conformidad de esta para llevar a cabo la mediación por medios virtuales, como la normativa lo requiere" (CNComercial, sala A, 20/05/2021, "Camuzzi Energía S.A. c/ Australtex S.A. s/ ordinario", JA 2021-III)

"No pueden aplicarse los intereses a partir de la notificación de la convocatoria a mediación, ya que tal trámite no implica la interposición de la demanda. Por el contrario, es de carácter previo a la vía judicial y tiene por finalidad promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia" (CNComercial, sala D, 25/03/2021, "Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. c/ Frigorífico Sansu S.A.C.I.y A. s/ Ordinario", TR LALEY AR/JUR/8695/2021)

"Siendo que a los fines de tener por transitada la instancia de mediación prejudicial obligatoria prevista en la Ley 13.951 solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, y que el presente caso la mediación ha sido llevada a cabo por escribanas, previamente deberá darse cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la normativa mencionada" (Juzgado Civil y Comercial N° 5 de Mar del Plata, 15/12/2020, "Lerner, Mariana c/ Nocerino, Pablo Luis", RDCO 310, 307)

"El pedido de reapertura de la etapa previa de mediación obligatoria realizado por la demandada debe rechazarse, pues un criterio realista debe conducir a no retrotraer el proceso a una etapa extrajudicial con la consecuente paralización de lo actuado cuando, dados los términos en que ha quedado

constituida la relación jurídico procesal, en orden al tenor de la contestación de demanda por parte de la coaccionada, no se exterioriza *prima facie*, ánimo conciliatorio por parte de ninguno de los litigantes" (CNComercial, sala A, 26/10/2020, "Talwin Transport Service S.A. c/ Alumini Engenharia Sucursal Argentina S.A. s/ Ordinario", LLOnline TR LALEY AR/JUR/53315/2020)

"Procede revocar la decisión que dispuso que la accionante debía instar la mediación pues en el caso se ha informado que dicho trámite fracasó en otra causa "vinculada" al presente juicio. En efecto, se ha pretendido obtener la declaración de prescripción de una acción de cobro de facturas respecto de la cual ya se cumplimentó tal recaudo, con resultado negativo" (CNComercial, sala A, 23/10/2020, "Tecnomy S.A. c/ Samsung C & T Corporation s/ Sumarísimo", LA LEY 09/11/2020, 12; ver JA 2020-IV)

"No obstante el escenario social dado por la emergencia sanitaria lo cierto es que actualmente el servicio de las audiencias prejudiciales de mediación obligatoria se encuentra en pleno funcionamiento prestándose a través de distintas herramientas tecnológicas que permiten su celebración en forma remota y virtual. Por lo demás, se advierte que el recurrente no indica ni acredita cuáles son las circunstancias que le impiden materialmente cumplir con dicho trámite como así tampoco explica ni refiere si su representado no cuenta con los medios técnicos necesarios como para llevar a cabo el acto" (CNCivil, sala J, 20/10/2020, "Martínez, Aníbal Walter c/ Mansilla, Horacio Eusebio s/ Daños y perjuicios", LA LEY 30/10/2020, 9)

El rechazo del planteo de nulidad de la mediación previa debe confirmarse, pues no obstante las defecciones invocadas y probadas en el acta de mediación, no se aprecia mérito para retrotraer el procedimiento a etapas pretéritas" (CNComercial, sala F, 10/03/2020, "Sfreddo")

"No se considera necesario realizar una nueva mediación. El trámite anterior fracasó, en el intento de conciliar a las partes y evitar la promoción de la acción judicial, su reedición, importaría la realización de un acto que en esta particular circunstancia de crisis sanitaria, resultaría ocioso. Máxime ante la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo que finalice el juicio, ya sea en forma extrajudicial o mediante la proposición de diversas alternativas conclusivas en la oportunidad prevista en el art. 360 del C.Pr. Esta postura busca evitar un dispendio jurisdiccional y conducir a una más ágil conclusión del juicio, con los

consecuentes beneficios para la administración de justicia, los demás justiciables y las propias partes" (CNComercial, sala B, 19/10/2020, "Civiello, Liliana Beatriz c/ Caja de Seguros S.A. s/ Ordinario", TR LALEY AR/JUR/48621/2020; *ídem* CNComercial, sala A, 18/09/2020, "Higgins, Carolina c/ Bco. Credicoop Coop. Ltda. s/ Sumarísimo", TR LALEY AR/JUR/41763/2020; entre otros)

"La falta de citación de todas las partes al mentado procedimiento trae como consecuencia que no pueda considerarse habilitada la instancia, correspondiendo disponer la reapertura del trámite de mediación a fin de integrarlo debidamente con quienes no comparecieron" (CNCivil, sala D, 16/10/2020, "Guzman, Rodrigo Dario c/ Leiva, Nelida Margarita y otro s/ Daños y perjuicios", La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/48515/2020)

"El transcurso del plazo de caducidad de la mediación no extingue el derecho del requirente, sino que solo determina la necesidad de efectuar un nuevo intento conciliatorio, que debe ser ordenado por el juez de oficio" (CNComercial, sala D, 05/02/2019, "Lanusse, Ernesto Jorge c/ Tuin SRL s/ ordinario", LA LEY 29/04/2019, 10)

"Corresponde distinguir la validez constitucional de la ley de mediación de lo que hace a su mérito y conveniencia, pues sobre esta última no puede juzgar el Tribunal en la medida que responde a una política legislativa que ha decidido institucionalizar un mecanismo que, por el solo hecho de ser previo, extrínseco y obligatorio, en modo alguno afecta las garantías convencionales y constitucionales" (Cámara de Apelaciones de Junín, 16/10/2018, "Jhones", LLOnline TR LALEY AR/JUR/58031/2018)

"El actor se encuentra habilitado para iniciar el proceso judicial ante la incomparecencia del demandado a mediación, quien fue notificado por carta documento con aviso de entrega, pues el art. 136 del Código Procesal Civil y Comercial no exige que la notificación se haga de forma personal si el interesado no se encuentra presente en el acto, ya que, de lo contrario, bastaría con hacerse recibir la comunicación por otro para imposibilitar, con este simple arbitrio, que la notificación sea válida" (CNCivil, sala G, 03/07/2018, "L.G.A c/ G.F.N s/ daños y perjuicios")

"La mediación no es adecuada como medio de resolución del conflicto de las partes —violencia de género— toda vez que no es un método que pueda corregir el desequilibrio que tales hechos contienen intrínsecamente, ya que exige que las partes estén situadas en una posición de igualdad que posibilite la capacidad y autonomía para lograr acuerdos, pudiendo llegar a lograr soluciones que sólo sean más el resultado de una imposición de la otra parte que de la libre voluntad de la víctima" (Cámara Apelaciones de CABA, sala III, 09/03/2018, DFyP 2019 (marzo), 219. Conc.normativa: art. 6 inc. d; Ley N° 2699)

"Habiéndose pactado la designación de árbitros para solucionar los conflictos entre las partes, queda desplazada —aunque no de modo absoluto- la competencia del órgano judicial, por lo cual la mediación previa no es necesaria" (CámCivCom. San Isidro, sala I, 28/12/2015)

"Las costas en una acción de división de condominio deben imponerse a la demandada si de la documentación arrimada surge que no concurrió a la mediación y tampoco respondió a la invitación de iniciar negociaciones extrajudiciales, pues, en tal caso, fue la reticencia de aquella el factor generador de la necesidad del actor de accionar como lo hizo" (CNCivil, sala B, 17/09/2015, "Tomelleri, Augusto c/ Tomelleri, Romina Sonia s/ división de condominio", TR LALEY AR/JUR/35994/2015)

"La variación respecto del objeto en la mediación y el reclamado en la demanda no configura defecto legal" (CNComercial, sala B, 07/12/2012, "Ferraro, Vicente Alberto c/ Agrosoluciones S.A. s/ordinario", JA 29/05/2013, 83)

"Si el juez no declaró la caducidad del procedimiento de mediación al despachar la demanda, dio curso a la acción, confirió el traslado y la demandada consintió lo actuado, no cupo declararla posteriormente de oficio" (CNComercial, sala C, 25/06/2015, "Guzman, Silvia Gabriela c/ Transportes Atlantidas.A.C. -Linea 57 Ramal Pilar- s/ daños y perjuicios", DJ 02/12/2015, 66)

"Tratándose de una acción iniciada en defensa de derechos de cierto grupo de usuarios, debe eximirse a las partes de acudir al trámite de mediación previa obligatoria, pues de conformidad con lo establecido por la ley 24.240 no se puede celebrar un acuerdo vinculante y ejecutable como sentencia con la simple firma de aquellas y el mediador, porque para arribar a dicho convenio es insoslayable la intervención del Ministerio Público Fiscal y una decisión judicial

que lo homologue" (CNComercial, sala B, 08/05/2014, "ACYMA Asociación Civil c/ Solways Tours de Gestion Y Turismo S.A. s/ sumarísimo", LA LEY 10/07/2014, 4)

"Tratándose de una acción mediante la cual se persigue el dictado de una medida cautelar innovativa en cuanto a la forma en la que el alimentante efectúa el pago de la cuota escolar del niño alimentado, no es obligatorio acudir a la etapa de mediación previa, pues los juicios con tales características se encuentran incluidos en las excepciones que taxativamente enumeradas" (CNCivil, sala J, 08/11/2013, La Ley Online TR LALEY AR/JUR/74014/2013; conc. normativa: art. 6 inc.a Ley N° 2699)

"Es nula la mediación previa obligatoria llevada a cabo en el marco de un proceso de daños, si una de las partes fue citada a un domicilio distinto al que le fue notificada la demanda, pues el objetivo de la ley de mediación es promover la comunicación directa de las partes para lograr una solución extrajudicial, ce allí que la falta de cumplimiento del requisito de citación de los involucrados traiga como consecuencia que no pueda considerarse habilitada la instancia" (CNCivil, sala E, 25/10/2012, "Seriso, Sergio Marcelo c/ Pastore, Luisa s/daños y perjuicios", RCyS 2013-I, 245)

CAPITULO IV

Mediación Concursal en el Derecho Comparado

1.- Proceso de mediación en la Unión Europea.

Advertido por empresarios, proveedores, usuarios y consumidores de bienes y servicios los beneficios de emplear sistemas alternativos de resolución de conflictos, la mediación se configuró como un método adecuado y eficiente para la auto-composición satisfactoria de disputas que, entre otras áreas, se suscitaban en el marco de contrataciones efectuadas en un continente integrado comunitariamente.

Fue a raíz de la directiva 2008/52/CE -21/5/2008- del Parlamento Europeo sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles que se hizo la petición a los estados miembros para que la integraran en su derecho interno.

En su art.1. ap. 1, se expresa: "*El objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial*".

Con el paso de los años, el procedimiento de negociación alternativo no sustitutivo al judicial ordinario consiguió desarrollarse según la materia objeto de conflicto. Eso conllevó la creación de distintas áreas de abordaje dando lugar a la mediación comunitaria, la mercantil o empresarial, la mediación civil y de consumo, de prestación médica, violencia y asistencia familiar, penal, etc.

En materia de consumo de bienes y servicios, a la par que lo sucedido con respecto al empresariado mercantil, fue ganando terreno la consideración que resultaba menester que la legislación de cada país ofreciera un modelo de resolución de situaciones de crisis empresariales o de la insolvencia consumeril, con menores costos y abreviación de plazos, estructurando procedimientos que alternaran reestructuración de activos; refinanciación de pasivo e incentivos fiscales.

Esta vía legal para el reperfilamiento de deuda en casos de fracasos empresarios, resulta alentadora a potenciales emprendedores para arriesgarse en el inicio de una actividad productiva, constituyendo una herramienta que contribuye a dinamizar y diversificar la economía y al intercambio de bienes y servicios en un mercado común continental.

Con la posibilidad de acudir a mediación, se evitan significativos gastos de procesos judiciales y honorarios profesionales, se acortan plazos y se

preserva la reputación de la empresa que transita una situación de insolvencia en muchos casos, superable con ayuda del mediador y cooperación de los acreedores, en un marco de diálogo regido por el principio de la confidencialidad (art. 7.1).

Los Estados deben garantizar -salvo acuerdo contrario de las partes- que ni los mediadores ni las personas que participan en la mediación suministren información derivada de ese procedimiento, excepto cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público; cuando así lo requiera la protección del interés superior de menores o la prevención de daños a la integridad personal o material de terceros.

Las partes negocian sin la obligación de ajustarse a una propuesta de pago específica; propiciando resultados más favorables para todos y conservando las relaciones comerciales.

En general, puede afirmarse que en el viejo continente se ha encontrado en la mediación concursal una solución alternativa no adversarial, colaborativa, flexible y con economía de costos que permite a partir de un rol activo del mediador -de una centralidad mucho mayor que la entendida en nuestro medio- abordar con éxito saneamiento de pasivo consumerista y reestructuración de deuda empresarial.

El art. 3 inc. a) de la aludida Directiva afirma que "mediación" cualquiera su nombre o denominación, es un procedimiento estructurado en el que dos o más partes en una contienda intentan sea en forma voluntaria u ordenado por la autoridad competente del Estado miembro, alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio, con la ayuda de un mediador. Deja a decisión de cada país el carácter voluntario u obligatorio del procedimiento, afirmando: "*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*" (art. 5.2)

Las fórmulas negociales no se encuentran demarcadas por la legislación. Rige el principio de amplitud en los términos pactados, siempre que en ello no se afecten cuestiones de orden público, dado que el acuerdo no puede constituir un acuerdo en fraude a la ley y a los intereses de terceros a los pactantes. Por eso, queda en el plano privado la configuración de un mecanismo específico de tratamiento patrimonial y organizativo del deudor, basado principalmente en la negociación sin mediar la tradicional formulación de la *pars condicio creditorum*. El contenido de la negociación apenas resulta

determinado por la ley pues la cuestión es entregada a la autonomía privada. El contralor se centra en los efectos jurídicos del concordato.

En suma, los parámetros del acuerdo son suficientemente abiertos, sin encausar la recomposición patrimonial en un determinado sentido, pues el procedimiento persigue viabilizar lo acordado hacia su homologación sin otro fin que que no sea prevenir la insolvencia del deudor, reinsertar saneado tanto al usuario en el mercado de consumo como a la empresa en la producción de bienes y servicios *-fresh start-* hallando los mecanismos financieros factibles para lograr tal propósito.

2.- Mediación concursal en España

A partir de aquellas directivas de la unión europea, el estado español sancionó la Ley de Mediación Nº 5/2012 (6/7/2012) seguida de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores (27/9/2013). La mediación concursal aparece en España como una vía de resolución extrajudicial de conflictos surgidos por la insolvencia, empleando para ello un procedimiento aconsejado por la experiencia en el Derecho Concursal Comparado, que a resultas de la negociación entre las partes involucradas, concluye con un acuerdo extrajudicial de pagos (Navarro Pérez, 2014)

La normativa contiene disposiciones generales sobre la mediación dejando a cargo de las distintas comunidades autónomas de España en función de su competencia legislativa, los parámetros específicos para cada región.

En materia de insolvencia, el mediador examina en primer lugar las causas por las que se inicia el procedimiento preconcursal; qué se pretende conseguir con él y cuáles serán las partes esenciales que formarán parte del mismo. El deudor debe efectuar una propuesta de pagos, sustentada con base en una explicación que acredite su viabilidad y un plan de continuación de la actividad profesional (Prats, 2014).

En el derecho español, la insolvencia, que se constituye en el presupuesto objetivo de concursalidad, lo es también para la viabilizar el proceso de mediación, y es definida como la situación económica negativa - desbalance patrimonial- que coloca a la persona en la imposibilidad o verosímil estimación que no podrá satisfacer una serie de pagos, sean actuales como futuros. Esto determina una insolvencia actual, es decir, incapacidad para el cumplimiento regular de obligaciones exigibles en el presente, como en un momento futuro, denominada insolvencia inminente.

Lo que el trámite preconcursal persigue es evitar que la persona natural o jurídica caiga en una insolvencia irreversible. De este modo, la mediación concursal se constituye en una alternativa más flexible con relación a la drástica rigidez del concurso de acreedores, dominado por la amenaza de la liquidación de bienes, es decir, traducir en dinero los distintos activos que componen el patrimonio del deudor (Adán y Corominas, 2018). En suma, de solucionarse todo mediante el precurso, la tradicional convocatoria de acreedores no tendrá lugar.

Conforme lo expuesto, el precurso (art. 231 y sgtes. de la LC) es el procedimiento en instancia de mediación que pretende alcanzar un acuerdo extrajudicial entre las partes en conflicto. Su finalidad será la de acordar un plan de pagos al que se arriba con el consentimiento expreso y libremente manifestado en previa aprobación de los acreedores reunida la mayoría legal que recibe el nombre de "acuerdo extrajudicial de pagos" -en adelante, AEP- el cual contemplará qué, cómo y cuándo se abonarán las obligaciones devengadas por el deudor; un acuerdo en la insolvencia que evita la judicialización del conflicto (Santana Delgado, 2013).

El mediador puede ser una persona individual cuando es designado por un notario o registrador o un ente colectivo denominado Comisión Mediadora cuando es designado por la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. Aceptado el cargo por el mediador, se remite comunicación de la apertura de las negociaciones a los registros de la propiedad, al Registro Civil y a la justicia letrada del fuero competente, pues una vez anotada la apertura del procedimiento en los registros, no se podrá practicar anotación sobre embargos posteriores, salvo créditos públicos. También se comunica a los organismos estatales previsionales e impositivos, dado que la renta pública será objeto de negociación en trámite paralelo a la mediación concursal" (García Vega, 2019)

El mediador concursal tiene por cometido acercar a las partes a través de técnicas que propicien y favorezcan la comunicación entre ellas con el fin que arriben a un acuerdo de pagos y extingan la deuda. Además, deberá comprobar los datos y la documentación aportada por la parte deudora, analizar la existencia y cuantía de los créditos y convocar a las personas acreedoras a la reunión.

La imposición del breve plazo de treinta (30) días para conseguir el acuerdo de pagos que haga posible la supervivencia de la empresa o el desahogo financiero del individuo sobreendeudado, se constituye en el gran desafío del mediador.

Las posibilidades de prórroga son verdaderamente excepcionales en razón de los efectos que el trámite de mediación apareja, habida cuenta que a partir de la publicación registral de la apertura preconcursal se suspenden las ejecuciones, las inscripciones de embargos de créditos privados- y se activa la denominada Ley de la Segunda Oportunidad -fresh start-, en virtud queda excluida momentáneamente la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 código civil español, según el cual debe responder al cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes tanto presentes como futuros.

En caso de frustración del objetivo de la mediación concursal, el trámite entre deudor y sus acreedores se convierte en el denominado concurso consecutivo, de similar características al tradicional concurso de acreedores, anulándose el acuerdo de pago y aprobándose un plan de liquidación de bienes para el pago de las obligaciones verificadas. Las partes no perdían nada por intentar llegar a un acuerdo extrajudicial en sus propios términos y condiciones y en caso de que no se adoptara, siempre podrían instar la vía judicial a través del concurso, en la que una tercera persona juzga y decide en su lugar.

En suma, conforme se expresa en el foro local "La mediación concursal aporta la agilización de los trámites concursales, ya que serán sustanciados en brevísimos plazos y se dotará de mayor flexibilidad al proceso. La imposición de plazos extremadamente cortos son uno de los retos para el mediador concursal, cuya labor debe ser extremadamente activa con el fin de conseguir la aprobación del plan, y si fuera posible, proponer distintas alternativas viables. El mediador concursal deberá ser capaz en aproximadamente 30 días, de conocer con mayor exactitud la situación de la empresa y formular una propuesta de pagos creíble que deberá ser notificada, debiendo en 20 días de su publicación lograr las adhesiones al convenio. Toda quita y espera deben introducirse en el acuerdo. Es una figura positiva cuya pretensión última es la desjudicialización de la fase común del concurso de acreedores; lo que en principio, aportará eficiencia y eficacia" (Melchior, 2013).

3.- Mediación Concursal en Italia.-

Conforme surge del portal web de la Unión Europea (https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-es.do?member=1), por vía del Decreto Legislativo 28/2010 del 4/3/2010, reglamentado por el Decreto Nº180/2010, se introdujo en Italia el sistema de mediación civil y mercantil

destinado a resolver por vía extrajudicial conflictos relativos a derechos disponibles.

La actividad de mediación es gestionada por organismos de mediación públicos o privados inscritos en un registro supervisado y publicado periódicamente por el Ministerio de Justicia, cuyo sitio web es: <http://www.giustizia.it/>.

La persona interesada puede ponerse en contacto con el organismo del que requiera los servicios, a través de los mediadores inscritos en el mismo. La información es facilitada directamente por los responsables de los diversos organismos de mediación. En la publicación, es posible constatar en cuadros descriptivos, los gastos de incoación del procedimiento y los costos de la mediación propiamente dicha, cuyas variaciones dependen de la cuantía involucrada en el conflicto.

El art. 1 del aludido Dec.Ley N° 28/2010 expresamente define a la mediación como la actividad realizada por un tercero destinada a ayudar a dos o más sujetos tanto en la búsqueda de un acuerdo amistoso para la composición de un controversia como en la formulación de una propuesta de resolución del mismo; mediador es la persona o individuos que realizan la mediación sin poder para emitir juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del propio servicio; conciliación es la solución de una controversia tras realizar la mediación y organismo es la entidad pública o privada registrada por el Ministerio de Justicia habilitada a esos fines.

Tras el acto de presentación de la solicitud de mediación, el responsable del organismo designará a un mediador y fijará un primer encuentro de las partes en plazo máximo de 15 días a contar desde la presentación de la solicitud (art. 8). Si se alcanzara un acuerdo amistoso, el mediador levantará acta a la que se adjuntará el texto del acuerdo. Dicho instrumento se firmará por las partes y por el mediador, quien certificará la firma de las partes o su imposibilidad para firmar. En el acta, el mediador dará fe de aquellos que no participaron en el procedimiento (art. 11).

El acuerdo arribado en cuanto resulte homologado, previa constatación que no afecte por fraude derechos de terceros ni controvierta normas de orden público, constituye título ejecutivo que habilita ejecución forzosa. A esos fines y con arreglo al artículo 12 del DL28/2010, el acta del acuerdo, siempre que su contenido se conforme con lo establecido en normas imperativas, debe ser homologado, a instancia de parte, por el presidente del tribunal de la circunscripción correspondiente al organismo de mediación. En los conflictos transfronterizos, el acta debe homologarla el presidente del tribunal en cuya

circunscripción ha de ejecutarse el acuerdo (cfrme art. 2, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo).

La instancia de mediación es obligatoria. El legislador italiano, con el declarado fin de reducir el número de expedientes judiciales, prescribe la "mediación obligatoria", disponiendo "*El intento de mediación constituye un requisito para la admisibilidad de la demanda judicial*" (art. 5.1) ampliando la tipología de controversias mediables que indefectiblemente a partir del 21/3/2011, deben pasar por un intento de acuerdo en mediación, bajo pena de inadmisibilidad de la demanda dispuesta de oficio por el juez o por vía de excepción por la parte demandada. Si el juez advirtiere que la mediación se ha iniciado pero no concluido, fijará la fecha para la siguiente vista de actuaciones transcurrido el plazo total de mediación que es de cuatro meses (art. 6).

Para hacer aún más atractiva la mediación, la normativa italiana ha previsto distintas ventajas fiscales. Por ejemplo, en el caso que las partes alcancen un acuerdo, se les reconoce una deducción de los impuestos de un importe equivalente a los honorarios pagados al mediador, hasta un máximo de 500 euros (Art. 17 y 20).

Para incentivar aún más la elección a esta instancia de diálogo preferencial, la normativa asigna un papel trascendente al abogado: los profesionales están obligados, en el momento en que reciben el mandato de sus clientes, a informarles de la obligación de someter sus litigios a mediación así como de las ventajas fiscales que eso conlleva. Dicha información tendrá que ser comunicada por escrito suscripto por el cliente, so pena de anulabilidad del contrato de prestación de servicios. El documento habrá de adjuntarse a la demanda judicial para que el juez pueda comprobar que la parte ha sido debidamente informada.

El mediador cuenta con la posibilidad de formular una propuesta de acuerdo, tanto si las partes así lo solicitan, como *motu proprio* en el caso que no sea posible por ellas mismas alcanzar un punto de entendimiento (Art. 11), lo que no deviene en un dato menor en caso que la solución propuesta por el mediador no fuere aceptada, pues la normativa faculta al juez para condenar en costas a la parte que gana el juicio en el caso que el contenido del fallo coincida con la propuesta de acuerdo que había formulado el mediador y rechazada por la parte vencedora en el pleito (Art. 13.1).

La ley confiere eficacia de título ejecutivo al acuerdo alcanzado en instancia de mediación. Para ello requiere que el mediador que intervino se encuentre inscripto en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia, y que el concordato arribado resulte ulteriormente homologado por Juez

competente del lugar donde se desarrolló la mediación (Art. 12). El juez se limita a un control formal pudiendo rechazar la homologación en caso que el acuerdo sea contrario al orden público.

4.- Mediación concursal en Francia.

El Derecho francés ha creado un completo dispositivo en materia de sobreendeudamiento de particulares y consumidores, así como de deudores empresarios, adoptado como modelo o al menos referente para las legislaciones de otros países que con posterioridad regularon en la materia (López San Luis, 2015)

a) Sobreendeudamiento consumeril

La definición legal de sobreendeudamiento se encuentra en el artículo 330.1 del Code de la Consommation -Código de Consumo-, en el que se afirma "la situación de sobreendeudamiento de las personas físicas se caracteriza por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas"

Según lo expresa López San Luis, Rocío (op.cit.) el legislador tiene en cuenta un aspecto subjetivo consistente en la buena o mala fe del deudor; y otro objetivo que lo constituye si se encuentra o no en una situación irremediablemente comprometida de sobreendeudamiento.

Sólo en caso que el deudor sea de buena fe, podrá beneficiarse con un aplazamiento o una «reprogramación» de sus deudas mediante un convenio o acuerdo negociado con sus acreedores.

Asimismo, si la situación del deudor es de tal gravedad que no resulta posible establecer un plan de pagos o, una vez acordado, la situación deviene imposible, se podrá orientar el procedimiento de sobreendeudamiento hacia un procedimiento de «recuperación personal» con o sin liquidación judicial, dependiendo de si el deudor cuenta con otros bienes distintos a los necesarios para su vida corriente o para el ejercicio de su actividad profesional, quedando exonerado de sus deudas no profesionales una vez que se haya procedido a la liquidación de su patrimonio.

El mediador es un órgano colegiado llamado Comisión de sobreendeudamiento compuesto por siete miembros: un representante del Departamento de Estado del gobierno francés (con cargo de presidente), un representante del Departamento de Finanzas Públicas del ejecutivo nacional (vicepresidente); el representante local del Banco de Francia (secretario); un representante de la Asociación de empresas de crédito; un representante de la Asociación de la Familia y del consumidor; un economista y un abogado

colegiados. El quorum para sesionar es de cuatro miembros y en caso de empate en la votación, decide el presidente de la Comisión (art. 331)

El organismo sesiona conforme al principio de confidencialidad denominado secreto profesional. En caso de violación constituye delito previsto en el art. 226.13 del código penal francés. Las decisiones adoptadas admitiendo o no la causa presentada por el deudor, así como las medidas recomendadas o impuestas, son recurribles ante la justicia de primera instancia.

Legitimación. Cualquier persona física que no sea comerciante, artista o agricultor -para quienes aplica el Código de Comercio-, con domicilio fiscal en Francia, sus colonias o extranjero que se encuentre en Francia con carta de residencia vigente y justifique sus ingresos, incapaz de reembolsar o pagar sus deudas no profesionales, puede, a través de la sucursal del Banco de Francia de su domicilio, instar la tramitación de un expediente a fin que la Comisión estudie su situación de sobreendeudamiento.

Los deudores de nacionalidad francesa en situación de sobreendeudamiento, domiciliados fuera de Francia y que tengan contraídas deudas no profesionales con acreedores establecidos en Francia, podrán someter a examen su situación pudiendo elegir la Comisión del lugar de residencia de cualquiera de los acreedores.

Procedimiento. El procedimiento de sobreendeudamiento se inicia mediante solicitud del deudor, con la presentación de un expediente en el que deberá declarar el activo y el pasivo de su patrimonio. La Comisión dispondrá de tres meses para la admisión de la solicitud y para la comprobación de los requisitos establecidos en el artículo 330.1. Si la solicitud se admite, el organismo notificará a los acreedores y a las entidades financieras su decisión e iniciará la instrucción a fin de determinar la orientación y las medidas relativas al concreto sobreendeudamiento.

Efectúa un estudio y determinación del pasivo, el que queda a disposición del deudor y los acreedores para que realicen planteos en caso de desacuerdo sobre la naturaleza y montos con que fueran reconocidas las deudas por la Comisión, resolviéndose, en su caso, al respecto.

Cristalizado el pasivo y contando a su vez con informaciones suministradas por las Agencias de recaudación; organismos de seguridad y servicios sociales, la Comisión se pronunciará sobre la orientación del expediente mediante decisión motivada que será notificada al deudor y a los acreedores. Dicha decisión podrá ser objeto de recurso en un plazo de quince días.

En los términos de los arts. 331/332, desde el momento de presentación del expediente y a solicitud del deudor, la Comisión puede requerir al juez la suspensión de las ejecuciones en curso contra los bienes del deudor, que de accederse, determinará la suspensión de esos procesos, bien sea hasta la aprobación del "Plan recuperación convencional" o del "Reestablecimiento personal" con o sin liquidación judicial o durante el curso de cumplimiento de las medidas allí dispuestas. No obstante, esta suspensión no puede ser superior a dos años, incluso en caso de ejecución hipotecaria, salvo decisión judicial.

El objetivo principal del procedimiento es someter al deudor y a sus principales acreedores al denominado Plan convencional de recuperación personal, cuyas medidas pueden consistir, entre otras:

- * quitas, espera y remisiones de pago de deudas;
- * reducciones o supresión de intereses,
- * constitución o sustitución de garantías que aseguren el pago de las deudas,
- * exigir al deudor que se abstenga de realizar actos que agraven su solvencia,
- * cesión o venta de bienes,
- * orientación del uso de los fondos de cuentas bancarias,
- * reducción de gastos corrientes (ej. renta de vivienda más económica, etc);
- * cumplimiento de determinadas conductas por parte del deudor en aseguramiento del pago de las deudas (ej. no viajar al exterior sin comunicación previa, prohibición de contratación de bienes o servicios que superen determinado monto, etc.)

Este plan de recuperación es un acuerdo con efecto vinculante para el deudor y sus acreedores. Su cumplimiento está controlado por la Comisión y no puede exceder el plazo de siete años.

Cuando la Comisión observe la inviabilidad de Plan o ante el fracaso en el intento de arribar a un acuerdo entre las partes, frente a la imposibilidad de reembolso de la totalidad de las deudas, podrá dar a las partes la oportunidad de formular observaciones y propuestas (art. 333.1.1) e imponer directamente las medidas que estime menester, pudiendo recomendar un procedimiento de «recuperación personal» con liquidación judicial cuando hubiera activos disponibles para la cancelación del pasivo, mediante actos de realización a cargo de un administrador-liquidador designado por la Administración de Justicia, o sin liquidación judicial, si el deudor posee solamente bienes necesarios para la vida corriente, bienes profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional, o porque el activo está constituido por bienes carentes de valor de mercado, o que los costes de la venta fuesen

manifiestamente desproporcionados, entre otras medidas restrictivas personales y materiales, las que no podrán exceder los siete años.

A los acreedores que fueron convocados en el trámite del expediente, les serán exigibles las medidas impuestas por la Comisión, y no podrán iniciar ejecutoria alguna contra los bienes del deudor mientras duren las medidas ni exigir intereses por mora en el pago de las deudas. Para aquellos acreedores que resultaron ajenos por falta de citación y notificación, conservará sus derechos contra el deudor.

En suma, Francia cuenta con un sistema integral de tratamiento del patrimonio del sujeto consumidor sobreendeudado en instancia administrativa cuyas bases se apoyan en un acuerdo amistoso entre el deudor de buena fe y sus acreedores, estableciendo una reestructuración total de la deuda y el manejo del patrimonio y la conducta del deudor.

En caso de cumplimiento del plan establecido o frente a la liquidación del activo realizable disponible en las circunstancias ante el fracaso del procedimiento, el deudor queda exonerado de sus deudas no profesionales una vez que se haya procedido a la liquidación de su patrimonio.

b) endeudamiento del empresariado

En cuanto al deudor empresario, el mismo dispone de dos mecanismos preventivos de naturaleza contractual basados en la mediación, para intentar solucionar las dificultades económicas de la empresa.

Según lo refiere BERNAL MARCOS Ana María (2014) el primero gira en torno a la figura del "mandatario ad hoc" (art. 611.3 del Código de Comercio) designado a petición del deudor. Su principal misión es propiciar una solución negociada y obtener apoyo financiero por parte de los acreedores, pudiendo además sugerir o proponer medidas de reestructuración de la empresa. Actúa, como un mediador con el propósito de promover la conclusión de un acuerdo puramente privado entre el deudor y los acreedores, técnica que la doctrina francesa destaca por el éxito conseguido, en razón de la confidencialidad del trámite.

El segundo mecanismo es la conciliación, prevista para aquellos empresarios que hayan cesado en el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hayan transcurrido más de 45 días incurso en esa situación, sin encontrarse económicamente en una situación de insolvencia actual, condición que se estima promueve la actuación precoz del empresario, aumentando las posibilidades de resolver la crisis económica mediante un acuerdo, en la medida en que el patrimonio conserva gran parte de su

potencialidad para conseguir un grado razonable de satisfacción de los acreedores. El acuerdo amistoso es de naturaleza esencialmente contractual. Su contenido se determina libremente con la ayuda de un mediador conciliador cuya principal misión es aproximar las posturas del deudor y de los acreedores con el objeto de conseguir el concordato. De alcanzarse el mismo por voluntad de las partes y constatado por el Tribunal, se lo homologa.

Finalmente ha de decirse que los acuerdos alcanzados en mediación - judicial o extrajudicial- cuentan con fuerza ejecutiva (art. 111.3.1 del Código Procesal Civil).

5.- Mediación concursal en Alemania.

El 26-7-2012 entró en vigor en Alemania la ley sobre mediación. Su alcance es verdaderamente amplio, pues abarca todas las modalidades de mediación, con independencia del tipo de litigio o lugar de residencia de las partes. A su vez, desde los códigos procesales se fomenta la resolución de disputas por esta vía.

El legislador sólo establece directrices generales, disponiendo los mediadores y las partes interesadas de un margen de maniobra considerable durante el proceso. La normativa define «mediación» y «mediador», para diferenciar este método de otras formas alternativas de resolución de litigios.

Conforme lo expresa la ley en su sección 2 párr. 1 a 5, la mediación es un proceso estructurado en cuyo marco las partes bajo su exclusiva responsabilidad, tratan de encontrar de manera amigablemente, autónoma y voluntaria, una solución al litigio con la ayuda de uno o varios mediadores, quienes son personas independientes e imparciales, asignados por un sistema de sorteo automatizado que requiere la conformidad de las partes. No cuenta con poder decisorio. Guían a los interesados a una alternativa mutuamente satisfactoria del objeto disputado con la rigurosa obligación de confidencialidad y el deber de garantizar una participación equilibrada de los involucrados, debiendo informarles en todo momento sobre la marcha de la mediación.

El rol del mediador no está limitado por la normativa. Su impronta estará determinada por los límites que las partes asignen a su intervención, motivo por el cual su gestión operativa puede variar desde un simple moderador que facilita el espacio de diálogo entre los litigantes, fluctuar en una cooperación de mejor entendimiento de una y otra postura en debate, hasta llegar incluso a realizar propuestas concretas de solución que advierta factibles de cumplimiento por el deudor y satisfactorias al interés de recupero de los acreedores.

Se ha afirmado que "en la experiencia germana el mediador carece de poderes decisionales, su función es la de tratar de allanar de una manera imparcial las diferencias entre las partes que surgen en el curso de la negociación. Debe ser el garante de la objetividad y del «*fairness*» (justicia; equidad; lealtad) del proceso de acuerdo. Debe hacer surgir de las respectivas posiciones una posible solución compartida del litigio; empeñar su aptitud mayéutica para impulsar a las partes a descubrir en sí mismas las «razones» para un acuerdo. Comportándose neutralmente, ha de favorecer la construcción y la definición de una solución del litigio obrada por las partes mismas. El mediador trata mediante la conversación de darles la oportunidad de confrontar sus propios puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que las enfrenta" (Masucci, 2009)

La ley exige que el mediador garantice que el acuerdo al que se arribe esté basado en el pleno entendimiento por las partes del contenido y alcances que implica (sec.2 par.6), esto es, lo que en Argentina se denomina como doctrina del "consentimiento informado".

El acuerdo arribado en mediación es título ejecutable mediante su protocolización ante un escribano público alemán o ante un tribunal alemán (sección 794 par.1 al 5 del Código Procesal Civil de Alemania), o también si se efectúa con la intervención de abogados según la sec.796 a del citado cuerpo ritual.

La mediación no es gratuita; el pago correspondiente es objeto de un acuerdo entre el mediador privado y las partes interesadas. No se dispone de una tabla arancelaria pero los honorarios se fijan entre 80 y 500 euros por hora, de acuerdo a la complejidad y cuantía de la cuestión a mediar.

La normativa alemana prevé tres tipos de mediación:

- a) mediación extrajudicial clásica prevista en la Ley de Mediación propiamente dicha, es decir, fuera del código procesal civil. Constituye un procedimiento independiente de cualquier juicio, sustentado únicamente en la autonomía de la voluntad de las partes de encontrar una solución amistosa dentro de un proceso estructurado moderado por el mediador. La mediación extrajudicial no tiene nada que ver con el eventual proceso judicial posterior, se desenvuelve conforme sus propias normas y en los términos acordados por las partes concordatarias;
- b) mediación a instancia judicial, en el marco del art. 278.a del Código Procesal Civil, es aquella suscitada por decisión de un tribunal en el marco de un juicio en marcha, donde el magistrado advierte la posibilidad que en un escenario de diálogo alternativo al adversarial del expediente judicial propiamente dicho, las

partes en disputa puedan encontrar un escenario de reciprocidad propicio para hallar una mutua satisfacción de los intereses en disputa. De arribarse a un acuerdo, se da por terminado el pleito judicial;

c) mediación por conciliación judicial: prevista en el art. 278.5 del código de rito, consiste en la posibilidad de iniciar o de reiniciar procedimientos de conciliación ante un tribunal por derivación del juez interviniente en el juicio principal, en cualquier momento del proceso. Es decir, este procedimiento conciliatorio es conducido por un juez actuando como conciliador judicial. Este magistrado conciliador no está autorizado a dictar decisiones vinculantes. Esa conciliación procura que se llegue a un acuerdo satisfactorio y de ese modo terminar con el proceso judicial sin necesidad de dictar una sentencia.

Esta última modalidad encuentra cierta crítica en la doctrina alemana, por cuanto el juez conciliador realiza una actividad un tanto ajena a sus facultades naturales, cuya centralidad en cuanto magistrado, es el dictado de sentencia. De todas formas, los buenos resultados del método legal propician el mantenimiento de la vigencia de este procedimiento de mediación anexa a los tribunales.

En tal sentido, se afirmó "La conciliación, aunque conceptualmente distinta de la mediación como mecanismo de autocomposición, constituye un instrumento de aplicación general en el derecho alemán. El art. 278.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige que el tribunal promueva e intente en todo momento un acuerdo directo entre las partes. Más aún, por el apartado 2º de esa norma, el juez está obligado a proponer un procedimiento de conciliación como requisito previo para iniciar el contencioso, en la medida que a criterio del Tribunal, ello "no resulte inútil", lo que traduce un sistema de obligatoriedad atenuada" (Jequier Lehedé, 2016).

6. La mediación concursal en el Reino Unido.

El sistema anglosajón tiende a considerar el sobreendeudamiento como un fenómeno inherente a la economía de mercado. Si hay posibilidad de crédito, hay riesgo de insolvencia. Por lo tanto, la prioridad es restablecer con rapidez la actividad económica y la posibilidad de consumo del deudor.

La mediación civil en el Reino Unido no está regulada por ley ni tampoco es una condición previa para iniciar un procedimiento judicial.

El código procesal civil afirma como objetivo primordial en toda contienda colaborar con los tribunales a resolver los asuntos con equidad. En ese marco, el tribunal queda facultado a recurrir activamente a un procedimiento alternativo de resolución de litigios, alentando a las partes

implicadas a la instancia de mediación, cuando el juez considera ello apropiado y factible de resultados positivos.

La mediación es totalmente voluntaria, por ello el órgano jurisdiccional debe sopesar los esfuerzos que se hayan realizado antes y durante el procedimiento para intentar resolver el litigio. Por lo tanto, si una parte ganadora hubiera rechazado previamente una oferta razonable de mediación, el juez puede decidir que no se obligue a la parte perdedora a pagar las costas de la parte ganadora.

Este criterio es la consolidación de la doctrina de la Corte de Apelaciones desde los precedentes "Dunnet v Railtrack" (22-2-2002) y "Halsey v Milton Keynes General Trust" (30-3-2004). En el primero la parte actora había rehusado participar en un proceso de mediación al que había sido invitada por el propio tribunal, y en el segundo la actora había sido invitada por la parte demandada con carácter previo al juicio. La instancia de Alzada impuso condena al pago de las costas a las partes que, en definitiva, ganaron el juicio, por cuanto no habían sido diligentes y habían rehusado de manera no razonable intentar un acuerdo amistoso.

Con tales antecedentes, los abogados ingleses procuran dejar en claro y debidamente probado que antes de acudir a la jurisdicción han intentado negociaciones, y las han acometido con sujeción a los principios de la buena fe.

La «Halsey Decision» clarificó los factores por los que un juez puede considerar que el rechazo a una medida de resolución alternativa es razonable, a saber: 1) La naturaleza de la disputa y las circunstancias del caso; 2) El hecho de haber fracasado ya otro tipo de medidas dirigidas a una solución consensuada y no sea razonable imaginar una solución consensuada; 3) Cuando el coste previsto para la resolución alternativa del conflicto sea excesivamente alto y/o desproporcionado; 4) Cuando un retraso en la resolución por acudir al ADR pueda perjudicar a la parte (Ortuño Muñoz, 2016)

Las medidas se establecen de forma progresiva. El primer paso es una 'reorganización de la deuda', período durante el cual se ponen en marcha iniciativas para facilitarle al deudor un repago más escalonado (rebaja del tipo de interés, extensión del período para el repago, prioridad al capital, etc). Incluso si la deuda es de bajo monto (5000 libras), el Tribunal decide desde un inicio su remisión.

En casos de sobreendeudamiento mayores, el sistema ofrece dos mecanismos de rehabilitación. El primero, es una mediación judicial, y supone

la posibilidad de la dación en pago y un plan de pagos a máximo 3 años vista, que no puede incluir ni los bienes ni las rentas consideradas como de subsistencia.

El segundo es el acuerdo individual voluntario, de neto carácter liquidatorio emparentado con el proceso de quiebra pero sin pasar por la vía judicial.

Hay una forma de mediación emparentada con el arbitraje, en la medida que la decisión del arbitrador surge de lo percibido en la negociación de los contendientes, pero según así lo pactan las partes, en lo sustancial, lo "fallado" puede no ser acatado por alguna de las partes cuando ulteriormente aprecie que lo resuelto perjudica sus intereses y decide proseguir la controversia judicialmente. Es decir, el laudo no resulta vinculante y se mantiene en la órbita de la confidencialidad. Es el denominado "*no binding arbitratio*" o arbitraje de laudo no obligatorio.

Al respecto, se afirmó: "La práctica forense tiene la capacidad de desarrollar fórmulas novedosas que el legislador no se hubiera planteado nunca. El híbrido «arbitraje-mediación» es una subespecie del arbitraje no vinculante que se concierta entre las partes con reglas típicas y propias de la mediación. Consiste en que la propia existencia del arbitraje y, en consecuencia, el laudo no aceptado por una de las partes permanece en el ámbito de la confidencialidad. Las partes pactan previamente que no podrán utilizar el laudo en el ulterior proceso judicial en perjuicio, ni tampoco develar que se intentó esta vía. El árbitro quedará sometido al secreto profesional".

El éxito de esta medida ha sido considerable puesto que las partes en un conflicto no pierden nada con este arbitraje y, sin embargo, en las estadísticas publicadas, más de un 70% de las personas a las que el laudo no les ha dado la razón se conforman y aceptan su eficacia. Piensan que no merece la pena plantear el contencioso ante el tribunal o simplemente se dan cuenta de que no tenían razón o de que no tenían posibilidades de demostrar su versión. Para muchas empresas esta solución arbitral es de suma utilidad, puesto que a veces van empujadas al proceso judicial por sus abogados, que suelen anteponer su criterio jurídico a las exigencias prácticas de la actividad empresarial" (Ortuño Muñoz, 2016).

7.- La mediación concursal en Estados Unidos.

La solución de las controversias a través de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution) es una técnica muy arraigada en los Estados Unidos.

Por un lado, la opción de resolver los conflictos acudiendo a la mediación y al arbitraje, como alternativa al litigio, goza de larga tradición en los países anglosajones; por otro lado, el elevadísimo coste de litigar en Estados Unidos, unido a la dilación en el tiempo de los procesos judiciales, han incrementado el recurso a estos sistemas.

Una característica de los métodos alternativos de solución de conflictos en Estados Unidos es la fragmentación del sistema, dado que para su prestación coexisten servicios públicos y privados, abundando las empresas, entidades, asociaciones y organizaciones, incluso muchas de ellas sin ánimo de lucro, dedicados a esta materia en distintas áreas de la práctica jurídica.

El Servicio Federal de Mediación y Conciliación (Federal Mediation and Conciliation Service -FMCS-) fue creado en 1947. Se configura como una agencia independiente del gobierno que tiene su sede en Washington DC, aunque cuenta con oficinas regionales y locales en todo el país.

El arbitraje es un procedimiento voluntario en el que las partes deciden someter su controversia a un tercero imparcial elegido por ellos. La decisión del árbitro es definitiva y vinculante.

En cuanto a la mediación, la negociación colectiva es centralizada por un mediador que toma contacto con el cuadro de situación financiera y aborda el contacto con los acreedores. De acuerdo a la complejidad y cuantía económica de cada caso, su ejercicio puede ser titularizado por una persona o un equipo de mediadores. El procedimiento comienza con una evaluación y diagnóstico de necesidades, normalmente con una visita presencial y un proceso de auditoría en el que se analiza cómo se gestionan y resuelven en el momento actual los asuntos, sus formas de mejora, así como un plan detallado de implantación, mantenimiento y reevaluación. Combina asesoramiento para el funcionamiento de la empresa en crisis con estrategias de producción y reestablecimiento de la cadena de pagos a fin de posibilitar la supervivencia empresarial con base en una rentabilidad sostenible.

Las soluciones preventivas de la quiebra pretenden salvar a la empresa de su desaparición económica y jurídica y es conocido como "Chapter Eleven" (Capítulo Once), que corresponde al nombre de su respectiva sección en el Código Concursal Federal. El Chapter Eleven tiene por objeto establecer un proceso concursal de "reorganización" de la empresa en crisis o en estado de cesación de pagos a fin de sanearla económica y financieramente, facilitar su continuación empresarial y así librarla de su liquidación judicial forzosa, solución última reglada en el capítulo Once. del código de bancarrota estadounidense.

Distintas instituciones componen esta variada metodología de abordaje empresarial muchas de las cuales, con sus modificaciones, han sido adoptadas por otros países. Un ejemplo cercano es el *cramdown* argentino.

Expresa Miguens (2016) "frente a la crisis o estado de cesación de pagos, la empresa tiene dos alternativas: la liquidación de sus bienes y consecuente satisfacción en una pequeña proporción de los acreedores con su producido, o bien la superación de la crisis o cesación de pagos reestructurando su estructura empresarial y su pasivo. Para alcanzar la segunda alternativa las partes prefieren acudir a técnicas de negociación en procedimientos colectivos extrajudiciales conocidos como reestructuración consensuada ("Consensual Restructurings"); reestructuración extrajudicial ("Out-of-Court restructurings") o recomposición financiera ("Workouts", "Compositions") y acuerdos anticipados de financiación ("Pre-Packaged Plan"). En el caso de que fracasen, acuden a la alternativa del proceso judicial formal regulado del código de bancarrota de Estados Unidos, norma federal que regula la materia concursal.

Los operadores jurídicos advierten los beneficios de acudir a mecanismos de satisfacción extrajudicial no liquidativos preventivos del proceso concursal. Uno de ellos es el aludido "Pre-Packaged Plan", que consiste en un acuerdo prejudicial o extrajudicial logrado entre el deudor y algunos financistas y los principales acreedores pero que necesita la aprobación judicial a fin de asegurarse la virtual aceptación del resto de los acreedores a sumarse al arreglo, ya que no fue lograda la unanimidad de la aceptación de los acreedores. Si hubiera unanimidad no sería necesario el proceso concursal. Se encuentra claramente emparentado con nuestro APE (arts. 69 y sgtes LCyQ). Aquí, la empresa identifica los alcances de su negociación evaluando y proponiendo qué pasivo y con qué alcance cancelará o requerirá quitas o remisión de deuda, elaborando para ello un plan empresarial realista para su propia recuperación a fin que sea creíble a los ojos de los prestamistas postconcursoales. Esta anticipación de la cartera crediticia, reduce significativamente los tiempos concursales a un trámite menor a treinta días. Dado que el acuerdo está orientado a cumplir objetivos y requerimientos de la ley concursal, los tribunales deben verificar la admisibilidad legal de estos acuerdos.

Conforme describen Ferriell y Janger (2007), los denominados "Compositions" y "Workouts" son métodos extrajudiciales de negociación y arreglo de deudas entre el deudor y sus acreedores que tiene sus raíces en el *common law* contractual. El término "Workout" designa un acuerdo entre el

deudor y un grupo de acreedores. El término "Composition" se refiere a un acuerdo entre el deudor y la totalidad de sus acreedores o al menos a la totalidad de los acreedores más significativos, cuyo contenido está dado por una quita en el monto de la deuda o un aplazamiento de las obligaciones con plazos más extendidos en el tiempo. Estos acuerdos pueden ser invalidados si el deudor ha inducido a error mediante fraude, prefiriendo a ciertos acreedores en desmedro de los restantes o se ha involucrado en otros tipos de conducta ilícita o inadecuada.

Finalmente, con relación a los abordajes privados de reestructuración empresarial y financiera denominados "Consensual Restructurings" o "Out-of-Court restructurings", involucran no sólo empresas en crisis o deficitarias, sino también empresas saludables que tienen una abultada deuda financiera con vencimientos a mediano plazo y que requieren una drástica reorganización, donde los objetivos del legislador y los operadores jurídico-financieros evitan el acogimiento a las normas concursales del Chapter Eleven en beneficio de lograr un arreglo extrajudicial de la crisis, ya que las partes interesadas están en mejores condiciones de juzgar cuál de los dos procedimientos les es más beneficioso y en la mayoría de los casos son reacias a acudir a los tribunales, debido al elevado costo de litigación, el tiempo de demora del trámite judicial, la dificultad para acceder a préstamos de capital, la pérdida grave de reputación -desconfianza- constituye un obstáculo decisivo para cualquier pretendida recuperación económica y productiva de la firma comercial y porque en definitiva, la eficacia de la actividad de profesionales públicos y privados en el tratamiento de insolvencia ahorran grandes costos de negociación a los acreedores que contratan estudios jurídico-contables expertos en la materia.

Los acuerdos extrajudiciales se evidencian notoriamente ventajosos porque es inegable el estigma que acarrea someterse a las reglas del concurso; porque las negociaciones extrajudiciales preservan la confianza depositada en la empresa por parte de los empleados, vendedores y clientes, y ello constituye un activo intangible importante para las estrategias de supervivencia financiera de la empresa. Las negociaciones extrajudiciales son, por otra parte, indicativas de la confianza de los acreedores en el futuro de una empresa que no acude a los tribunales para pedir ayuda. Incluso podría pensarse que en este caso la confianza de la propia empresa en sí misma es ya de por sí una estimable carta de presentación ante los acreedores.

La extrajudicialidad preserva un valor importante en el empresariado: su credibilidad, dado que el proceso judicial exige al deudor -y expone a sus acreedores- a revelar las operaciones comerciales concertadas. Los propios

acreedores se ven beneficiados con alternativas superadoras de dificultades económicas de sus contratantes, cooperando en acuerdos preventivos prejudiciales en el reescalonamiento de pagos y montos de la deuda devengada.

8.- Mediación concursal en América Latina.

Uruguay fue pionero en herramientas jurídicas aplicadas como método alternativo de solución de conflictos en preinsolvencia o situaciones de cesación de pagos, con la promulgación de la ley 8045 de 1926 que creó el Concordato Privado. Fue un mecanismo no sustitutivo del clásico concursal, que si bien exigía un quorum de adhesión alto, durante décadas funcionó con buenos resultados. Recientemente la reforma impuesta por Ley 18387 (2008) crea el Acuerdo Privado de Reorganización –APR- (Baracat, 2011).

Antes de la declaración judicial de concurso el deudor podrá suscribir un acuerdo privado de reorganización con acreedores representativos del 75% del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 214 L.C.). Obtenida esa mayoría, tendrá la opción de: a) seguir el procedimiento puramente privado de instrumentación del acuerdo requiriendo la actuación de un escribano público certificante y protocolizante o b) solicitar su homologación judicial (art. 215).

A) Si elige el trámite privado, el escribano notifica a todos los acreedores no firmantes del acuerdo. Si no hay oposición cumplido el plazo de 20 días el acuerdo privado de reorganización se tendrá por aceptado (art. 218); si en cambio se dedujere oposición fundado en que el contenido del acuerdo es contrario a la ley; no se reunió la mayoría legal, el acuerdo es de cumplimiento inviable; o existe ocultación o exageración fraudulenta del activo o del pasivo.

En tal caso, el deudor tendrá un plazo de 10 días para presentar ante el Juez competente los antecedentes a efectos que resuelva la oposición presentada y en su caso homologue el acuerdo, requiriendo la inmediata notificación al acreedor o a los acreedores disidentes, quienes deberán ratificar su oposición en el plazo de seis días. De no presentarse el deudor al juzgado en ese plazo de diez días, cualquier acreedor podrá solicitar la declaración del concurso al Juez, quien la decretará sin más trámite (art. 220).

B) De optarse por la homologación judicial del acuerdo, el deudor deberá presentarse al juzgado acompañando la documentación requerida legalmente (la habitualmente exigida para presentación en concurso; la lista completa de acreedores a fin de verificar cumplido el 75% previsto, y el acuerdo con firmas certificadas correspondientes al deudor, sus acreedores y/o representantes legales y los fondos para atender gastos del trámite judicial (art. 221).

Presentada la solicitud en debida forma el Juez deberá en dos días, dictar una resolución con el siguiente contenido: 1) Admisión de la propuesta presentada; 2) Suspensión del procedimiento de concurso, en caso de que el mismo hubiera sido solicitado; 3) Inscripción de la sentencia en el Registro Nacional de interdicciones; y 4) Publicación íntegra del auto de admisión y de la propuesta del acuerdo privado de reorganización en el Diario Oficial, por el plazo de tres días, convocando a los acreedores concursales a presentar sus oposiciones en el plazo de 20 días a partir de la última publicación (art. 222).

Transcurrido el plazo sin que se hubiere formulado oposición el Juez homologará el acuerdo privado de reorganización (art. 227). En caso de oposición o de ratificación de la oposición, según el caso, el Juez designará un interventor, durante el trámite de las oposiciones, el cual tendrá las facultades de control sobre la actividad del deudor por el plazo que se le fije a tales efectos. Tramitado el incidente, el Juez dictará sentencia homologando o rechazando el acuerdo, sin que en ningún caso pueda modificarlo (art. 228). En caso de aprobación judicial, se procederá a su publicidad (art. 229).

En **Costa Rica** rige la Ley N° 7727 (9/12/1997) denominada "Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social". Según se sostiene, toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible (art. 2).

La normativa no contiene materias excluidas de la posibilidad de celebrar convenios superadores de disputas, ni tampoco límite temporal, incluso de contarse con cosa juzgada, dado que el acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun cuando haya proceso judicial pendiente e incluso en el caso que se haya dictado sentencia firme, habilitando a que los particulares puedan arreglar sus intereses por intermedio de mediadores elegidos libremente (art. 3 y 5).

Los efectos de un acuerdo arribado en mediación se consolidan a partir de la homologación judicial si se trata de un acuerdo judicial y por el simple hecho de suscribir voluntariamente si el convenio resulta concertado extrajudicialmente, los que tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata (art. 9)

Como sucede en Italia, rige para los abogados la obligación de informar a sus asistidos la posibilidad y ventaja de la resolución alternativa del conflicto por mediación. Se dispone que "El abogado que asesore, a una o más partes en un conflicto, tendrá el deber de informar a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a mecanismos alternos para solucionar disputas, tales como la

mediación, la conciliación y el arbitraje, cuando estos puedan resultar beneficiosos para su cliente" (art. 11).

La ley detalla los requisitos de contenido de los acuerdos, conforme los cuales el convenio debe expresar indicar los nombres de las partes y sus calidades; con clara mención del objeto del conflicto; nombre de los mediadores; relación puntual de los acuerdos adoptados; mención expresa si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente con indicación de número de causa, carátula y tribunal ante el cual tramita y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso. Debe hacerse constar que se ha informado a las partes de los derechos involucrados y los alcances que determinará el acuerdo arribado y el derecho que les asiste de consultar sobre el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo. El instrumento debe estar firmado por todas las partes involucradas y el mediador, con indicación de fecha, lugar y datos completos de los suscriptores.

El art. 14 sienta el principio de confidencialidad, asistiendo en favor del mediador la garantía del secreto profesional, deber del que las partes no pueden relevar al mediador o conciliador, salvo si se trata de procesos penales o civiles en los que se discuta la posible responsabilidad del mediador o conciliador, o se trata de aclarar o interpretar los alcances del acuerdo en cuestión.

En **Ecuador** rige desde el 14/12/2006, la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos donde las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran en un marco de confidencialidad, un acuerdo voluntario extrajudicial sobre cualquier materia transigible, que ponga fin al conflicto. Podrá solicitarse a los centros de mediación públicos (Consejo Nacional de la Judicatura) o a mediadores independientes debidamente autorizados (Centros Privados de Mediación), sea en forma individual o por decisión oficiosa del juez en el marco de un juicio. Son sujetos mediables, sin restricción alguna, todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir, incluyendo al sector público, representados a esos efectos por un personero facultado para contratar en nombre de la institución oficial.

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma

del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas (art. 47)

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias judiciales, siguiendo la vía de apremio. Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo.

Se ha dicho al respecto que la mediación y el arbitraje son los dos mecanismos de solución de conflictos, alternativos al proceso judicial, que se encuentran mayormente regulados en nuestra legislación nacional. La negociación ha estado reconocida por el Código Civil ecuatoriano, que regula el contrato de transacción entre partes que desean precaver un litigio o finalizar uno ya iniciado (Galindo Cardona, 2001)

En cuanto a **Brasil**, desde el 9/2/2005 rige bajo N° 11.101 la nueva ley de quiebras, por la que se crean dos nuevos sistemas en favor de la continuidad de las empresas: la recuperación judicial de empresas y la recuperación extrajudicial de empresas (art. 50 y sgtes.). Claramente, el sistema normativo tiene como función primaria la recuperación de las empresas por encima de la solutoria del pago a los acreedores, sin que esta prioridad - que en nuestro Derecho argentino llamaríamos bien jurídico- implique que el derecho concursal brasileño no desee la satisfacción de los acreedores. (Telles, 2010)

Haciendo hincapié en éste último, por resultar afin al objeto del presente trabajo, el procedimiento consiste en que "el deudor propone el plan de recuperación judicial junto con la solicitud de inicio de un proceso de recuperación extrajudicial. Por tanto, antes de solicitar el inicio de este proceso el deudor debe haber negociado con los acreedores las condiciones del plan de forma que el juez sólo deba revisar el plan y homologarlo sin intervenir en su negociación. En el caso de que el plan de recuperación judicial no sea aceptado por la totalidad de los acreedores, el deudor podrá solicitar la homologación del plan de recuperación extrajudicial si dicho plan es suscrito por los acreedores titulares que representen al menos 3/5 partes del importe de los créditos de cada tipo incluidos en el plan.

Dado que el objetivo de la recuperación extrajudicial es agilizar el procedimiento concursal, para que se efectúe la homologación del plan únicamente deben presentarse unos pocos documentos, siendo éstos básicamente los documentos en los que se fijan las condiciones del plan, la situación patrimonial de la empresa y los documentos contables correspondientes al último ejercicio social. Conseguida la mayoría mínima

exigida legalmente, los acreedores que sean parte del plan no pueden iniciar acciones o ejecuciones individuales, ni solicitar la declaración de quiebra. El plan homologado puede modificarse salvo si así lo acuerdan todos los acreedores que lo hayan suscrito. Una vez homologado el plan, éste se publica mediante edicto, existiendo un plazo de 30 días para que los acreedores puedan plantear sus objeciones si el plan publicado no se corresponde con lo pactado con el deudor" (Valle Zayas, Vilarinho Scarel, 2005).

En lo que respecta a **Paraguay**, la Ley N° 1879 del 24/4/2002, define a la mediación como un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador (art. 53). Podrán ser objeto de mediación todos los asuntos que deriven de cualquier tipo de relación jurídica siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje (art. 54).

La conducta del mediador y las partes resulta de una recíproca interrelación conforme la cual el mediador colaborará con las partes para determinar con claridad los hechos alegados, así como las posiciones y los intereses en que se fundan, para elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento que podrán o no ser aprobadas por las partes interesadas; en tanto las partes colaborarán de buena fe con el mediador y, en particular, se esforzarán en cumplir solicitudes de éste y asistir a las audiencias cuando éstas fueran convocadas (art. 60)

La audiencia de mediación podrá realizarse en cualquier momento antes de la promoción de una demanda, o en cualquier estado del juicio antes de dictada la sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada (art. 56) en un marco regido por el principio de la confidencialidad (art. 57).

En cuanto a los efectos legales, el acuerdo de mediación obliga a las partes desde el momento que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el juez competente lo homologue. Si el acuerdo de mediación tuviera lugar existiendo un juicio pendiente, será competente para homologarlo el juez de la causa, y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso. En todos los casos donde el acuerdo de mediación fuera parcial, se dejará constancia de ello en el acta de mediación y las partes podrán discutir en juicio las diferencias no mediadas (art. 61)

9.- Corolario

La mirada apenas tangencial de distintos sistemas normativos existentes en el Derecho Comparado hacen evidente que el proceso liquidativo resulta considerado como alternativa de última opción. Constituye una situación a la que se desemboca cuando todo esfuerzo por prevenir la quiebra y los dramáticos efectos patrimoniales y personales que de ella se derivan, han resultado infructuosos.

La vía preventiva, preferentemente extrajudicial, va desplazando gradualmente a la judicial conservatoria que desde hace tiempo prevaleciera por sobre el procedimiento meramente liquidatorio.

El saneamiento financiero de la empresa y el reestablecimiento económico del individuo no empresario, resultan centrales para la generación y circulación de bienes y servicios en la lógica capitalista del mercado. La producción y el consumo implican trabajo, crecimiento y diversificación de la economía, recaudación impositiva y propende a la mejora continua y sustentable en las condiciones de vida.

El paradigma del nuevo tratamiento de la insolvencia se desentiende de presupuestos solemnes de rígida exigencia como la cesación de pagos, el criterio judicial o la *pars conditio creditorum*. Estos conceptos resultan hoy interpretados de modo más flexible y dinámico pues lo trascendente es alentar en actuales o eventuales deudores conductas preventivas de iliquidez, es decir, cristalización anticipada de un pasivo que por razones de dificultad económica y financiera de carácter general, se evalúa y se reconoce colectivamente en un estadio de preinsolvencia que permite, justamente por esa nota de no irreversibilidad, márgenes aceptables de negociación para la cancelación de obligaciones exigibles.

No hay mejor tratamiento de igualdad para con los acreedores que una empresa que convoca a aquellos para exponer su situación y generar entre todos los interesados mecanismos alternativos a un proceso judicial que conduzcan al pago de las deudas, superando la crisis. Esto permitirá que la mayoría de aquellos puedan percibir lo que se les debe o una buena parte de ello. Mal que pese, el tradicional proceso liquidatorio judicial, en la abrumadora mayoría de los casos, es una vía que sólo permite excepcionalmente a ciertos funcionarios concursales y a determinados acreedores especialmente privilegiados percibir dividendos.

Salvar a la empresa no necesariamente implica resguardar al empresario, lo que da cuenta distintas alternativas de management de crisis previstas en el derecho anglosajón, del que resulta prestatario el *cramdown*

argentino. Se preserva el valor económico de una unidad productiva que bien puede continuar con eficiencia operativa a partir de consensuar un procedimiento de refinanciación de pasivo, reestructuración de activos y readecuación gerencial en la empresa.

Algunos conceptos normativos elevados a categorías de principios jurídicos agonizan, se encuentran superados por la realidad y eficacia de los acuerdos privados; ya no resultan decisivos en el mundo concursal actual. La cesación de pagos más que un presupuesto objetivo de concursalidad es un obstáculo formal para un salvataje financiero posible; la paridad de acreedores se encuentra definitivamente desplazada por el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en la cancelación crediticia; la sana crítica unipersonal del magistrado es reemplazado más eficientemente por concordatos prejudiciales o acuerdos extrajudiciales de composición autónoma en instancia de mediación, conciliación o arbitraje privados, aún en aquellas legislaciones que exigen la ulterior homologación judicial.

En el marco de estos procedimientos de solución alternativos al judicial en el tratamiento de la insolvencia, el concurso no se exhibe como una concurrencia dialéctica de acreedores sino como una convocatoria no adversarial de ellos. El pasivo es objeto de negociación; el activo disponible una oportunidad de reestructuración eficiente y no meramente una universalidad jurídica de lenta realización y magros beneficios (moneda de quiebra). La tendencia es precisamente abreviar plazos y costos con eficacia de resultados económicos, es decir, hacia una desjudicialización de los acuerdos. El juez cada vez decide menos, su función en aquellas legislaciones que aún supeditan la plenitud de los efectos concordatarios a una ulterior resolución homologatoria, circunscriben su rol al contralor exhaustivo de los términos del acuerdo privado a fin que por esa vía no se conculquen derechos de terceros ni se vulneren cuestiones de moral y orden público.

La concursalidad temprana, en un estadio de preinsolvencia o precesación de pagos, a la que se acude de buena fe, se encuentra incentivada en el derecho comparado con beneficios fiscales. En general la instancia de mediación es voluntaria, aunque algunos sistemas legales como el italiano "empujan" a ella con el claro objetivo de descomprimir el saturado servicio de justicia concursal. En cuanto al mediador, es un profesional con capacitación especial en la materia, cuyo rol varía según la madurez jurídica del sistema normativo, oscilando desde un simple moderador de las partes involucradas en el conflicto a quienes coadyuva en un escenario neutral y confidencial al diálogo entre ellas, pasando por un conciliador que

conjuntamente con los interesados elabora propuestas alternativas para la solución de la cadena de pagos interrumpida, hasta llegar a constituirse en un tercero que ante la imposibilidad de concretarse un acuerdo, formula una puntual propuesta superadora del conflicto, que en caso de no aceptarse y desembocar en un proceso judicial ulteriormente resuelto en análogos términos al planteado por el mediador, incidirá en las costas del juicio (Reino Unido, Italia, etc.)

El mundo parece dirigirse a instrumentos extrajudiciales que permitan a empresas y consumidores sortear situaciones de default y procesos judiciales fatalmente encaminados hacia la realización de bienes. Se pretende por vía prejudicial licuar pasivo, no liquidar activos. En tanto en Europa utilizan acuerdos de corte contractual, en Latinoamérica se acude a concordatos de naturaleza estrictamente concursal.

En suma, el derecho debe readaptarse a la nueva realidad negocial basada en el diálogo y el consenso de reestructuración de deuda. La mediación se constituye en un ámbito propicio para lograr ese objetivo y los acuerdos con acreedores en convocatoria extrajudicial la instrumentación más eficaz a esos fines.

Capítulo V **Proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional**

Cámara de Diputados

Expediente Nº 7210-D-2018

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 15/11/2018

Título: "Procedimiento concursal para consumidores sobreendeudados. Régimen"

Autores: LLARYORA, Martín Miguel - CASSINERIO, Paulo Leonardo

Sumario

Crea un procedimiento concursal especial para los consumidores sobreendeudados, entendiéndose por tales a las personas humanas que realicen actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia; ejerzan una profesión liberal, arte, u oficio, en suma, que no que no desarrollen actividades comerciales ni empresarias y carezcan de actividad económica organizada. Es presupuesto objetivo que el sujeto peticionante se encuentre en estado de cesación de pagos; en dificultades económicas o financieras de carácter general; o sobreendeudado, es decir, que su patrimonio presente un desequilibrio significativo entre el activo ejecutable y realizable de que resulte titular.

Presentado el pedido cumpliendo con los requisitos legales, el juez dicta resolución que disponga la declaración de apertura del procedimiento, identificando al deudor y la designación de un conciliador con título de abogado o contador, priorizándose el nombramiento en quienes acrediten especialización en el derecho del consumidor.

Se fija una audiencia informativa en la sede del juzgado, con participación del deudor, el conciliador y los acreedores para que el juez tome conocimiento de la situación y de las diversas alternativas de reestructuración del pasivo.

La apertura del procedimiento tiene por efecto la suspensión por 90 días de todos los juicios de contenido patrimonial por causa o título anterior a su presentación, no pudiendo deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos, incluidas la ejecución de créditos prendarios y/o hipotecarios y el cese de las medidas cautelares trabadas que por cualquier medio afecten los ingresos del consumidor; el conciliador tiene las facultades de contralor de la situación patrimonial del deudor; y por misión, facilitar el arribo de acuerdos.

La etapa de conciliación puede concluir cuando se obtuvieran las mayorías requeridas por el art. 45 LCyQ. Los acuerdos adoptarán para su forma y contenido lo dispuesto en el art. 70 LCyQ (APE), otorgándose en instrumento certificado por escribano público o por acta ante Secretario Judicial. A los fines de su homologación el juez procederá a realizar el control de legalidad formal y sustancial, respetando el principio de buena fe y evitando el abuso del derecho en el convenio, a cuyo fin deberá dar intervención al Ministerio Público Fiscal. Si el acuerdo es cumplido, el deudor podrá petitionar la conclusión del proceso y el levantamiento de la inhibición originariamente trabada, previo informe final y proyecto de distribución

En caso de incumplimiento de acuerdo o imposibilidad de arribar a las mayorías, el magistrado podrá derivar el conflicto al conciliador para que intente una negociación conclusiva del asunto (60 días corridos). De persistir la imposibilidad, se pasa a una etapa de liquidación judicial sin quiebra, designándose un enajenador para la realización de los bienes y pago en orden a la preferencia legal correspondiente.

Inhibición: el deudor no podrá presentar una nueva petición de este régimen hasta después de haber transcurrido 1 año de la fecha de cumplimiento del acuerdo o plan de reorganización impuesto por el tribunal, o clausura del proceso liquidatorio”.

Expediente N° 1896-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 11/5/2020

Título: "PROYECTO DE LEY SOBRE EMERGENCIA EN MATERIA CONCURSAL Y PARA CIERTOS DEUDORES EJECUTADOS, Y DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 24.522 (Incorporación de un procedimiento especial, preventivo y liquidatorio, para sujetos determinados)"

Autores: Diputados Luis DI GIACOMO, Pablo ANSALONI, José Luis RAMON, Antonio CARAMBIA, Flavia MORALES, Ricardo WELLBACH, Diego SARTORI

Sumario

Las causas: frente al agravamiento económico a raíz de la pandemia por COVID-19 reconocida por la OMS, se propone declarar la emergencia productiva y crediticia de deudores concursados o concursables en los términos de la ley 24522.

Los destinatarios: Los sujetos especialmente comprendidos en el proyecto son los consumidores, personas humanas no empresarias y la micro y pequeña empresa.

El objetivo: brindar herramientas concursales adecuadas para abordar la emergencia económica, con previsiones legales y financieras que permitan reestructurar deudas y reescalonar pagos, hasta el 31/12/2020.

El proyecto se estructura en dos partes. La primera (arts. 1 a 4) comprende medidas inmediatas para auxiliar en la emergencia tanto a deudores en concurso preventivo como a los que se concursen luego de entrada en vigencia la ley.

En lo sustancial, dispone con vigencia hasta el 31/12/2020, la extensión del período de exclusividad, la prórroga de pleno derecho de los plazos de cumplimiento de acuerdos homologados, el levantamiento de prohibiciones temporales a presentarse nuevamente en concurso preventivo por personas ya concursadas, creación de financiamiento especial para concursados por parte del BCRA, la libre contratación con el Estado Nacional, Provincial o Municipal, así como la suspensión de subastas y medidas cautelares.

En los concursos preventivos judiciales o extrajudiciales con acuerdos homologados o celebrados y en trámite de homologación, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, se ampliará por 1 año a contar desde que las obligaciones homologadas sean exigibles, a menos que el deudor presente una nueva petición concursal dentro de los 180 días corridos de entrada en vigencia de la ley y antes que quede firme su declaración de quiebra en cualquiera de los casos del Art. 77, excepto que lo sea por nulidad del acuerdo del art. 61 LCyQ .

Para aquellos que se concursen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, se propone que el período de exclusividad del artículo 43 LCyQ, sea ampliado por el juez, por un plazo adicional, no inferior a 180 días corridos.

Se establece supresión de restricciones crediticias, crédito especial y contrataciones con el Estado, facultando al BCRA a reglamentar la eliminación de toda restricción que impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito, instrumentado asimismo una línea de descuentos en favor de aquellas entidades financieras que asistan a los concursados con acceso a créditos y avales suficientes para formular una propuesta de acuerdo razonable y viable para los acreedores, invitándose a los estados provinciales a adherir a este mecanismo.

Se dispone la suspensión de subastas -con especial referencia a la vivienda familiar del deudor y su núcleo conviviente- y medidas de desapoderamiento -con especial referencia sobre aquellos bienes afectados a la actividad de establecimientos comerciales, fabriles o afines- por el plazo de 180 días corridos, salvo que los

créditos sean de naturaleza alimentaria, laborales, derivados de comisión de delitos, de causa posterior a la ley o en caso de liquidación de bienes por quiebra.

La segunda (arts. 5 a 8) implica modificación a la Ley 24522, con la creación de un régimen concursal especial para el deudor, que en caso de arribarse a las mayorías de aprobación legal el juez dicta resolución sobre concordato preventivo especial. En caso de incumplimiento por el deudor del plan de pago acordado, dentro de los 30 días, se prevé un régimen de salvataje así como un convenio de crisis respecto de empleados del concursado.

Incorpora un régimen denominado concurso especial, preventivo o liquidatorio para personas humanas que ejerzan profesión liberal, arte, u oficio, no organizadas bajo la forma de empresa y no superen de 10 dependientes; o que realicen actividad económica en micro o pequeña empresa, se encuentre registrada o no, emprendedores; y empleados públicos o privados en relación de dependencia, cuyo único o principal medio de vida sean los ingresos derivados de dicho vínculo.

Tiene como presupuesto objetivo para su apertura que el deudor se encuentre incurso en cualquiera de estos casos: a) cesación de pagos; b) dificultades económicas y/o financieras de carácter general; c) desequilibrio patrimonial entre el activo ejecutable y realizable y las obligaciones por las cuales dicho activo deba responder.

El procedimiento preventivo de quiebra es sin intervención de un síndico, sino de un conciliador designado de una lista *ad hoc*. cuya duración será entre 90 a 120 días según lo determine el juez de acuerdo a las características del deudor y del pasivo involucrado, contado desde la publicación de edictos. Contiene un período de verificación similar al procedimiento común aunque con menores plazos, con fijación de una audiencia informativa en la sede del juzgado, con participación del deudor, el conciliador y los acreedores que se presenten, para que el juez tome conocimiento de la situación y de las diversas alternativas de reestructuración del pasivo, instando a las partes a un eventual acuerdo.

El conciliador recibirá los pedidos de insinuación crediticia, con la documentación correspondiente, y una vez cristalizado el pasivo con la resolución verificatoria, facilitará la celebración de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, celebrando tantas audiencias como considere necesarias, citándolos por cualquier vía de comunicación que resulte útil a ese fin, labrándose en cada oportunidad un acta, que será firmada por los comparecientes y el conciliador, reflejándose sucintamente el resultado de las audiencias

Concluida la etapa conciliatoria, el conciliador oirá al deudor y presentará un escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes, para someter a consideración y decisión del juez, una propuesta fundada de categorización; una opinión sucinta y fundada acerca del resultado de la conciliación llevada a cabo y de los acuerdos arribados, informando sobre las mayorías que representan y a título eventual, una propuesta de plan de salvataje. Efectuada en el expediente la presentación del conciliador, se dará vista a las partes por el término de dos (2) días, para que formulen aquellos planteos impugnatorios. Dentro de los 10 días, el juez dictará su resolución realizando un control de legalidad formal y sustancial de todos los puntos comprendidos en el escrito presentado por el conciliador y resolverá sobre la categorización, las impugnaciones efectuadas sin condena en costas, el cómputo de las mayorías y sobre los acuerdos arribados.

Si encuentra algún obstáculo requerirá al conciliador que en el plazo de 30 días corridos (prórroga) subsane el óbice. Subsanao, establecerá las medidas tendientes al cumplimiento de los acuerdos o en su defecto del plan de salvataje, y se constituirán las garantías, regulándose honorarios. La resolución del juez que homologue los acuerdos arribados y fije el plan de salvataje, importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Firme la resolución dictada por el juez, tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez declara la conclusión del concurso y de la intervención del conciliador.

En caso de incumplimiento del acuerdo homologado se abre un período de negociación conclusiva del mismo a plasmarse en acuerdos de repago, llamada instancia de renegociación, que no podrá exceder de los 30 días, a plasmarse en acuerdos de repago. El conciliador requerirá al deudor la información y documentación correspondiente, a fin de establecer la totalidad de los incumplimientos en que éste se hallara incurso.

En caso que el deudor no consiga acuerdos de repago o los arribados no fueran homologados por el juez, se abre una ulterior instancia que consiste en:

I) Proceso Especial Liquidatorio sin quiebra para persona humana tales como empleados públicos o del sector privado, emprendedores no comerciantes, profesión liberal, arte u oficio, jubilados. El deudor será desapoderado de los bienes de su propiedad, cuya realización estará a cargo del conciliador, bajo el control del juez; informe final y proyecto de distribución; sin perjuicio del avenimiento de todos sus acreedores. II) Quiebra de las empresas MiPyMe.

Expediente N° 1855-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 8/5/2020

Título: "Ley de Emergencia para la flexibilización de procesos concursales en apoyo a empresas y otras situaciones. Modificaciones temporarias a la LCQ y Dec-Ley 5963/65"

Autora: Diputada Ximena García Blesio y demás legisladores cofirmantes.

Sumario

El proyecto se presenta fundado en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y el Decreto N° 297/20 que estableció la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, y sus normas complementarias, buscando la flexibilización de los procesos concursales en apoyo a empresas y deudores particulares, modificando asimismo en forma temporaria la ejecución de créditos instrumentados en los denominados pagarés de consumo (Dec-Ley 5963/65)

Con vigencia hasta el 30 de diciembre de 2020, propone reformas en el régimen de Acuerdos Preventivos Extrajudiciales a fin de reducir los plazos y suspender las ejecuciones en trámite, a pedido del deudor.

También la suspensión en el ámbito de todo el territorio nacional, de pedidos de quiebra realizados por acreedores, la posibilidad de renegociación de acuerdos homologados incumplidos, la extensión del período de exclusividad de hasta 90 días corridos, y la posibilidad de prórroga de acuerdos homologados o presentación de nuevas propuestas.

Promueve la creación de financiamiento crediticio especial para concursados o para favorecer el cumplimiento de acuerdos preventivos extrajudiciales que hayan sido homologados, con un año de gracia para el inicio del plazo de pago del capital a un costo financiero accesible, fijado por la autoridad pública, previa vista al síndico a fin que se expida sobre la conveniencia de la operación.

Dispone la suspensión en todo el territorio nacional las ejecuciones judiciales de pagarés de consumo desde la aprobación de la ley, y por un plazo de 120 días corridos, a contarse desde la publicación en el Boletín Oficial.

La suspensión de la ejecución no impide la traba y mantenimiento de medidas cautelares en garantía del crédito, con suspensión asimismo del plazo del plazo de caducidad de las medidas cautelares que se traben, o se hayan trabado, en el marco de los procesos de ejecuciones de pagarés de consumo.

Expediente Nº 1925-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 12/5/2020

Título: "Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras en el marco del Covid 19"

Autores: Diputados Cristian RITONDO; Maximiliano FERRARI; Pablo G. TONELLI; Álvaro G. GONZÁLEZ; Luciano LASPINA y Ezequiel FERNÁNDEZ LANGAN

Sumario

Propone la reforma de los algunos artículos de la Ley 24522.

En primer lugar, la introducción del artículo 20 bis LCyQ va en el sentido de autorizar la contratación de préstamos destinados a capital de trabajo, por pedido del deudor en cualquier momento durante el proceso cuando el mismo requiriese del ingreso de fondos para la continuación de la actividad empresarial, la conservación de los bienes del concursado, o el cumplimiento de la propuesta de acuerdo preventivo.

En el marco de la petición se justificará la necesidad y conveniencia del financiamiento, y se acompañará con un informe económico y financiero del síndico y el beneficio proyectado para la masa de acreedores. Previa vista al síndico y al comité de acreedores, el juez resolverá.

Propone modificar el art. 63 LCyQ incorporando un párrafo por el que tanto deudor como acreedores pueden readecuar la propuesta anteriormente efectuada a las nuevas condiciones de pago cuando debido a catástrofes humanitarias, de salud pública, ecológicas o medioambientales, nucleares, cambios macroeconómicos e institucionales se torne de cumplimiento imposible la propuesta originaria.

Finalmente, por la reforma en el art. 72 inc. 5 resulta requisito para la homologación judicial del acuerdo preventivo extrajudicial, instrumentar en el texto del concordado arribado en forma privada con los acreedores, las características del financiamiento con destino a capital de trabajo que se hubiesen celebrado durante la etapa de negociación previa, de conformidad con los recaudos del art. 20 bis.

Expediente Nº 1771-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 5/5/2020

Título: "LEY DE SOSTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA PÚBLICA CORONAVIRUS - COVID 19- EMERGENCIA PARA PROCESOS DE CONCURSOS PREVENTIVOS Y QUIEBRAS"

Autor: Diputado Carlos SELVA

Sumario

Dispone la suspensión hasta el 31/12/2020 del período de exclusividad, de los plazos de cumplimiento de acuerdos homologados y del trámite de los pedidos de quiebra, debiendo en consecuencia el juez reprogramar las fechas de vencimiento.

Se suspenden asimismo los procesos de ejecución de cualquier tipo de garantías de obligaciones financieras, incluidas las ejecuciones de los fiadores, avalistas, codeudores y otros obligados respecto a las obligaciones de los sujetos concursados comprendidos en la emergencia. Consecuentemente, se suspende el cómputo del curso de la prescripción y de caducidad de esos créditos.

Propone suspender la totalidad de las subastas judiciales y extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias de cualquier origen que éstas sean, de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales.

En los casos de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la ley 24.522, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor se prorrogan por el término de 1 año desde el vencimiento originariamente previsto. Las cuotas ya vencidas e impagas serán exigibles a partir del día en que cese el estado de emergencia a que se refiere el artículo primero.

Se suspende el trámite de los pedidos de quiebra cuando sean efectuados por un acreedor, sin perjuicio de ordenarse las medidas precautorias previstas en el artículo 85 LCyQ, prohibiéndose asimismo embargos sobre cuentas bancarias, excepto para el caso del pronto pago de créditos laborales y aquellos de origen alimentarios.

Expediente N° 2908-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 30/6/2020

Título: "Declarar hasta el 31/12/2020 la emergencia productiva y crediticia originada en la situación de crisis por la que atraviesa el país causada por el Coronavirus- COVID 19"

Autora: Diputadas Liliana YAMBRUN y Jimena LÓPEZ

Sumario

Reconociendo el impacto negativo que la medida de aislamiento obligatorio dispuesta por el PEN en el marco de la emergencia sanitaria causada por el Coronavirus-Covid 19 sobre el negocio o el patrimonio del individuo a los fines de la manutención de su grupo familiar, preve la posibilidad de prorrogar hasta por un año el periodo de exclusividad y los plazos de cumplimiento de un acuerdo homologado, previa vista al síndico y con conocimiento de los acreedores quienes podrán realizar manifestaciones en orden a la protección de la integridad del patrimonio del deudor.

Por iguales fundamentos podrá solicitar al juez competente la suspensión de las ejecuciones judiciales, extrajudiciales y los remates dispuestos en cualquier tipo de proceso, aun de créditos con garantías reales o de bienes fideicomitidos, por un plazo no mayor a 180 días, siempre que los bienes asiento de la garantía resulten necesarios para la continuación de las actividades o fuera el asiento del hogar.

El juez podrá disponer medidas para proteger el crédito y el bien asiento de la garantía. Serán inoponibles al embargante los actos de disposición extraordinaria del deudor que hubiera obtenido la suspensión durante el período de su vigencia.

No están alcanzadas de los trámites de realización de bienes, las ejecuciones con causa en créditos por alimentos, relaciones del trabajo, ejecuciones fiscales o delitos penales. Asimismo propone la suspensión por 180 días de los pedidos de quiebra, sin perjuicio de disponerse las medidas protectorias del patrimonio de afectación, en los términos del art. 85 LCyQ.

El BCRA reglamentará la eliminación de las restricciones que de cualquier modo impidan, obstaculicen o encarezcan el acceso al crédito de las personas físicas y/o jurídicas concursadas o accionadas por vía ejecutiva; al mismo tiempo que instrumentará una línea de redescuentos destinada a las entidades financieras que asistan a las empresas concursadas que se encuentren en la etapa prevista en el artículo 43 LCyQ o accionadas por vía ejecutiva, a fin de asegurar acceso a créditos y avales suficientes para formular una propuesta de acuerdo a sus acreedores que sea considerada razonable y viable por la

entidad bancaria a cuyo cargo se encuentre la asistencia crediticia, o de recomponer su capital de trabajo.

Dispone que a partir de la promulgación las normas proyectadas revisten carácter de orden público.

Expediente Nº 3415-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 8/7/2020

Título: "Ley de emergencia en materia de concursos y quiebras, de creación del régimen de acuerdo preventivo extrajudicial simplificado - APES - y de armonización de la ley de quiebras con el código civil y comercial de la nación y el ordenamiento jurídico"

Autor: Senador Francisco Sánchez, y demás legisladores en calidad de cofirmantes

Sumario

Propone con vigencia hasta el 31/12/2020, la prórroga por 180 días del período de exclusividad, extensible por otros 60 más por resolución fundada y la prórroga de 360 días para el cumplimiento de acuerdos homologados (con suspensión de intereses) y por igual plazo la suspensión de pedidos de quiebra a pedido de acreedores dejando a salvo la posibilidad de aplicar las medidas del artículo 85 de la Ley 24.522, en tanto no importen la afectación de fondos líquidos o bienes imprescindibles para la actividad económica del deudor y levantamiento de la inhibición para presentarse en nuevo concurso preventivo que actualmente preveen los arts. 31 *in fine* y 59 LCyQ.

Incluye la posibilidad del concursado de contratar préstamos destinados al capital de trabajo durante cualquier etapa del concurso, previo dictamen del síndico y autorización del juez.

Requiere la armonización de nomenclatura jurídica entre la ley concursal con el actual Código Civil y Comercial de la Nación, proponiendo que la redacción de los 2 (sujetos concursables), 3 (competencia judicial) y 6 (representación y ratificación), entre otras normas, exprese "personas humanas" y las "jurídicas privadas". En el artículo 7 reemplaza la expresión incapaces por personas con capacidad restringida.

Propone la notificación de los trabajadores del deudor concursado del día, hora y lugar de realización de la audiencia informativa. Simplifica el trámite para el pronto pago de los créditos laborales.

Propone modificaciones a la Ley 24.522 consistentes en mecanismos de negociación extrajudiciales y judiciales más sencillos que los actualmente regulados con el objeto de hacerla más dinámica con plazos procesales breves, menores costos de trámite y en base a la realidad económica del deudor.

En este sentido se propone la implementación de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial Simplificado (APES), como un método menos costoso al concurso preventivo (incluyendo el APE vigente), en el cual mediante la participación de un mediador concursal puede formularse una propuesta que sea de real cumplimiento y que considera un plan en base a la actividad comercial y los ingresos del deudor.

Este nuevo proceso de reestructuración de deuda es aplicable para los casos de insolvencia causados por una situación de emergencia declarada por ley el cual tramita en sede judicial, cuenta con la asistencia del síndico como mediador concursal, quien se encarga de realizar la propuesta a los acreedores y debe comprobar los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerir información adicional o la subsanación de la presentada.

La apertura del procedimiento simplificado, trae como efecto que el deudor podrá continuar con su actividad económica; no podrá realizar actos que excedan el giro ordinario de su actividad ni actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior, excepto los pagos a proveedores de bienes o servicios imprescindibles para mantener su actividad económica, remuneraciones del personal y obligaciones fiscales o acceder a programas de asistencia vigentes del Estado (REPRO; ATP, etc).

Durante el plazo de negociación y respecto a los créditos comprendidos en el mismo, se suspende el devengamiento de intereses. Los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor. El deudor no puede ser declarado en quiebra, salvo a pedido suyo.

La propuesta del APES confeccionada por el mediador podrá consistir en cualquiera de las siguientes medidas: a) Espera por un plazo no superior a 10 años; b) Quitas; c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores y dación de bienes en pago. En todos los casos, estas transferencia no recaerán sobre bienes que resulten necesarios para la continuación de la actividad económica y su valor debe ser razonable, calculado sobre valores posibles de realización; d) conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

La propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, un plan de viabilidad que comprenda las fuentes laborales, una propuesta de cumplimiento regular de las obligaciones no comprendidas, y un plan de continuación de la actividad económica del deudor. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de los privilegios de los créditos, salvo que los acreedores postergados lo consientan expresamente

Se requiere la obtención de la conformidad de acreedores que representen el 60% del pasivo (excluyendo créditos fiscales y con garantía real). En caso de no alcanzarse ello pero obtener un 40% de los acreedores, el juez puede imponer la propuesta a todos los acreedores (excepto créditos excluidos). De fracasar el APES, el mediador continuará como síndico en el eventual concurso preventivo o quiebra.

Expediente Nº 2130-D-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 19/5/2020

Título: "Modificación de la ley 24.522 de concursos y quiebras. Incorporación de la figura del salvataje para pequeños concursos preventivos"

Autora: Diputada Brenda Lis AUSTIN

Sumario

Modifica el régimen de pequeños concursos y quiebras, en el sentido de permitir que los pequeños concursos preventivos puedan acceder al instituto del salvataje, posibilidad hoy impedida por el art. 289 de la Ley 24522.

Tal como lo expresa en sus fundamentos o exposición de motivos "... generalmente es más fácil salvar un pequeño emprendimiento que una gran empresa, con lo cual, nada obstaría a aplicarlo a micro, pequeñas y medianas empresas"

El esquema de recaudos establecidos en el art. 288 LCyQ se modifica conforme los siguientes tres criterios, aplicados de manera alternativa y no acumulativa para

caracterizar como pequeño concurso, a saber: que el pasivo denunciado no alcance los 300 Salarios Mínimos Vitales y Móviles; que el proceso no presente más de veinte acreedores quirografarios; o, que el deudor no posea más de veinte trabajadores en relación de dependencia.

Quienes resulten habilitados, podrán presentar propuestas de acuerdo a los acreedores, a cuyo efecto podrán mantener o modificar la clasificación del período de exclusividad.

El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes.

Todos los interesados, incluido el deudor, tienen como plazo máximo para obtener las necesarias conformidades de los acreedores el de veinte (20) días posteriores a la fijación judicial del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada.

Se dispensa de la necesidad de acompañar certificación contable sobre deudas laborales o de la seguridad social en la presentación del concurso preventivo. Exclusión de la figura del comité de control del régimen de salvataje en los pequeños concursos y quiebras.

El contralor del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de control. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% de lo pagado a los acreedores.

Cámara de Senadores

Expediente Nº 665-S-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 17/4/2020

Título: "Suspensión de pedidos de quiebras y ejecuciones en concursos preventivos"

Autora: Senadora Silvina GARCIA LARRABURU

Sumario

Propone a partir de la entrada en vigencia de la ley proyectada, la suspensión por 180 días de todos los juicios ejecutivos, incluidas las ejecuciones prendarias e hipotecarias, así como la suspensión por 180 días de los pedidos de quiebra, de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales en los procesos concursales y la traba de medidas cautelares sobre ciertos bienes del deudor; prohibiendo por el mismo plazo medidas cautelares sobre aquellos bienes que resulten indispensables para la continuidad de las actividades relacionadas con el giro habitual del deudor.

Expediente Nº 870-S-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 8/5/2020

Título: "Sustitución del Capítulo IV de la Ley 24.522, respecto de implementar herramientas eficaces que permitan restaurar los pasivos de las empresas"

Autor: Senador Alfredo LUENZO

Sumario

Redefine el régimen de pequeños concursos y quiebras, incluyendo en la categoría a las MiPyME, trocando el requisito de pasivo denunciado no superior de \$100.00 por el que no sea superior a 300 SMVM; agregando una nueva hipótesis, consistente en que el proceso no presente más de 20 acreedores quirografarios.

El proyecto se completa con flexibilización de requisitos, reducción de plazos, levantamiento de medidas cautelares sin sustanciación, no admite medidas que impidan el uso de las cosas gravados por parte del deudor; improcedencia de subastas, verificación de créditos de pleno derecho en las condiciones denunciadas por el deudor en caso de no presentarse la verificación.

Crea el Registro Nacional de Concursos y Quiebras, encargado de asentar los procedimientos reglados por ley propuesta y que tramiten ante magistrados de cualquier jurisdicción. El P.E.N. es la autoridad pública facultada para reglamentar su funcionamiento y organización.

Expediente Nº 896-S-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 11/5/2020

Título: "Autorización para contratar préstamos destinados a capital de trabajo"

Autores: Senadores Esteban Bullrich - Pamela F. Verasay

Sumario

Proponen un régimen especial para contratación de préstamos destinados al capital de trabajo del concursado a solicitud del deudor en cualquier momento durante el proceso cuando la continuación de la actividad empresarial, la conservación de los bienes del concursado, o el cumplimiento de la propuesta de acuerdo preventivo requiriera del ingreso de fondos, con autorización judicial previa vista a sindicatura y al comité de acreedores; prohibición de restricciones temporales a nuevas presentaciones en concurso preventivo, posibilidad de adecuación de los acuerdos homologados por circunstancias extraordinarias que imposibiliten su cumplimiento.

Expediente N° 897-S-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 11/5/2020

Título: "Reestructuración Empresaria Simplificada "

Autores: Esteban Bullrich, Pamela Verasay

Sumario

Proponen para el abordaje de la deuda de personas humanas y jurídicas privadas concursables en los términos del art. 2 LCyQ la creación de un procedimiento de reestructuración empresarial simplificado (PRES), con mínima intervención judicial, mediante la dirección y asistencia en instancia extrajudicial, de un negociador privado propuesto por el deudor o designado públicamente.

El presupuesto objetivo para acceder es encontrarse el peticionante en dificultades económicas o financieras de carácter general o encontrarse en estado de cesación de pagos.

El negociador debe llevar registros de las tratativas realizadas y está facultado para suscribir los acuerdos a los que se arriben entre el deudor solicitante y los acreedores convocados.

El juez designará un síndico o estudio de síndicos, quien tendrá como función colaborar con el negociador en las reuniones que se realicen; en el análisis y determinación de los créditos. El síndico podrá exigir al deudor solicitante y al acreedor convocado las explicaciones pertinentes sobre la causa, monto y privilegio del crédito en disputa y solicitar la documentación de respaldo pertinente. Oportunamente, dará su opinión técnica sobre las diferencias entre lo requerido por el deudor solicitante y el acreedor, detallando la información solicitada y analizada.

El juez resolverá sobre la admisión o rechazo de reestructuración de pasivo alcanzada. En caso positivo, El negociador fijará fecha, hora y lugar para que tenga lugar la primera reunión dentro de los siete días corridos de notificado de la aceptación judicial.

Es menester la asistencia de acreedores que representen al menos la mitad del capital total de los acreedores citados a la negociación en el escrito de solicitud. Si no se alcanzara esa asistencia mínima, se entenderá que la negociación ha fracasado y se tendrá por finalizada, certificando el negociador tal circunstancia.

Si no fracasara la primera reunión, se seguirán las negociaciones según las pautas convenidas en esa oportunidad. A tal fin podrán celebrarse las reuniones y demás gestiones que sean necesarias.

El negociador deberá arbitrar toda su capacidad profesional para que las partes hagan un esfuerzo compartido a los fines de lograr un acuerdo a las diferencias y que tenga por objetivo continuar la actividad del deudor solicitante, facilitar el pago de sus créditos y proteger el crédito de los acreedores como también la continuidad de la actividad laboral.

El comité de acreedores podrá solicitar al juez la designación de un veedor. Asimismo, si durante la negociación surgieran conflictos individuales entre el solicitante y uno o más de los participantes, o entre éstos, con motivos vinculados a la negociación, podrá acordarse entre los interesados someter la cuestión a arbitraje a fin de destrabar el curso de la negociación.

De arribarse finalmente a un plan de reestructuración, la instrumentación del mismo requerirá su protocolización por escritura pública o con firmas certificadas por escribano público. A partir del Capítulo IV se aborda sobre el contenido y efectos del plan de reestructuración alcanzado.

El PRES finaliza sin necesidad de acto o formalidad alguna; y con ello automáticamente dejarán de regir las restricciones; medidas cautelares y demás compromisos asumidos; cesando la actuación del comité de acreedores, del acreedor coordinador de los conciliadores y del árbitro o árbitros designados; quedando inhabilitado el deudor de solicitar un nuevo PRES por 1 año.

Los honorarios y costos del procedimiento estarán a cargo del deudor, salvo expreso pacto en contrario. El trámite se encuentra exento de cualquier tributo nacional y tasa de justicia y no resultará aplicable el IVA.

Se establece como disposición transitoria la suspensión por 180 días corridos desde la entrada en vigencia, los pedidos de quiebra a quienes se acogieren a la misma, dejando a salvo la posibilidad de aplicar las medidas del artículo 85 de la ley 24.522.

Expediente N° 144-S-2020

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 3/3/2020

Título: "Modificación de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras, en lo relativo al instituto del acuerdo preventivo extrajudicial"

Autora: Senadora Carmen Lucila CREXELL

Sumario

Propone modificaciones en el instituto del APE regulado en la Ley 24522, en particular, los arts. 72; 74 a 76 e incorporando el art. 76 bis, reeditando anterior proyecto de su autoría N° 43-S-2018. En lo pertinente propone lo siguiente:

"ARTÍCULO 72.- Requisitos para la homologación. Para la homologación del acuerdo deben presentarse al juez competente, los siguientes documentos debidamente auditados por CPN:

1. Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento, con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación;
2. Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables. El contador público nacional en el informe de auditoría a producir deberá expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;
3. Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación;
4. Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento;
5. El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.

Ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor por causa o título anterior a su presentación, con las exclusiones dispuestas por el art. 21. Esa suspensión será por un plazo de 90 días a contar desde el auto que ordena la publicación de edictos. Transcurrido ese plazo los acreedores podrán continuar los procesos de ejecución en trámite e iniciar nuevos. El deudor podrá pedir la suspensión temporaria de las subastas dispuestas en procesos que no involucren ejecuciones de garantías reales. Esta suspensión no puede exceder de 90 días. La resolución que se dicte es apelable al sólo efecto devolutivo por el acreedor y el deudor."

"ARTÍCULO 74.- Publicidad. Notificación a los acreedores. La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por 5 días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y 1 diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.

Asimismo, en el expediente en que tramite el pedido de homologación se ordenará la notificación personal a los acreedores quirografarios denunciados

que no hubieren suscripto el acuerdo, la que deberá ser practicada por el deudor a los efectos previstos por el artículo 76."

"ARTÍCULO 75.- Oposición. Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inc. 2 del art. 72. La oposición deberá presentarse dentro de los 20 días siguientes a la última publicación de edictos o a la notificación personal del impugnante, según corresponda, y podrá fundarse en: a) omisiones, exageraciones o incorporaciones fraudulentas o simuladas en el activo o pasivo, b) inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73; c) existencia de fraude; d) incumplimiento de los requisitos legales. De ser necesario se abrirá a prueba por 10 días y el juez resolverá dentro de los 10 días posteriores a la finalización del período probatorio.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, o en caso de existir fueren desestimadas, a petición del deudor el juez homologará el acuerdo. El juez podrá disponer las medidas necesarias para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales y no homologará acuerdos abusivos o fraudulentos.

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

"ARTÍCULO 76.- Efectos de la homologación. El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en los arts 55 y 56.

No quedarán comprendidos en los efectos del acuerdo homologado los acreedores que no lo hayan suscripto, en caso que no hubieran sido denunciados y notificados con arreglo a lo dispuesto por el art. 74. Tales acreedores conservarán sus acciones individuales, salvo que expresen su voluntad de adherir al acuerdo homologado.

"ARTÍCULO 76 bis.- Inadmisibilidad de nuevos pedidos. En caso que resulte rechazado o sea desistido por el deudor el pedido de homologación del acuerdo, no se admitirán nuevos pedidos dentro del año de quedar firme la resolución.

Expediente N° 1651-S-2011

Fecha de ingreso para tratamiento parlamentario 22/11/2011

Título: "Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores"

Autora: Senadora Liliana Teresita Negre de Alonso

Sumario

Toda persona física de buena fe cuyos ingresos no superen los 3 SMVM; o su pasivo no supere el 300% de sus ingresos mensuales, normales y habituales, así como también el comerciante cuyo pasivo no alcance los 20 SMVM, podrá solicitar el procedimiento de saneamiento de sus deudas exigibles y a vencer originadas por gastos para consumo individual o familiar, obligaciones fiscales o asumidas como garante o deudor solidario, acudiendo al procedimiento de conciliación extrajudicial, siempre que posea activos económicamente realizables y su situación económica y financiera sea remediable.

En este marco, el conciliador negocia y elabora un plan de pagos que no excederá los 7 años, disponiendo de amplias facultades de entrevista con el deudor, el síndico designado y los acreedores denunciados.

Si no se llega a un acuerdo, el síndico elaborará un plan de saneamiento dentro de los 5 días, consistente en quitas, esperas, remate de bienes, otorgamiento de garantías, refinanciación de plazos de pago, reducción de tasas de interés, etc.

El juez controlará la regularidad de las medidas y la factibilidad económica del plan a los fines de su homologación. Si el plan presentado se aprueba judicialmente, las medidas que lo integran resultan oponibles a los acreedores que tuvieron posibilidad de participación en la negociación, hayan o no asistido. En caso de cumplimiento del acuerdo, se declarará judicialmente ello, previa vista a Sindicatura. De fracasar, sigue un procedimiento de realización de bienes disponibles, que la norma proyectada denomina reestablecimiento personal, designándose un enajenador. El método de venta será el que el enajenador aprecia más útil, factible y económicamente conveniente, a fin de proceder al pago de los créditos denunciado y admitidos, efectuándose un fondo de reserva para gastos y honorarios de los funcionarios concursales intervinientes en el proceso.

Si los fondos resultan insuficientes, se procede al prorrateo conforme el orden de preferencias legal. Cumplido el pago hasta donde alcanzare los fondos obtenidos, el juez declarará extinguida las deudas, salvo multas procesales y créditos alimentarios, no pudiendo reclamarse por aquellas en el futuro.

Inhibición: El deudor no podrá volver a solicitar este procedimiento sino después de transcurridos tres años.

Reflexiones sobre los proyectos de reforma legislativos

Los distintos proyectos presentados en el Congreso de la Nación, muchos de ellos contextualizados en la emergencia sanitaria declarada como consecuencia de la pandemia por Covid19 por la OMS el 11/3/2020 y con el antecedente de la emergencia económica y sanitaria declarada por el gobierno nacional por Ley 27.541 del 21/12/19, constituyen propuestas que tienden a proporcionar a los deudores concursados o que se concursen, mecanismos provisorios de alivio financiero, sea para negociar con más plazos y menos costos durante el trámite del concurso -vbgr. prorrogando el período de exclusividad- o para cumplir con mayor margen y alternativas facilitadoras, los concordatos alcanzados o con respecto a aquellos pendientes de homologación judicial.

Tal como se ha expresado en distintas exposiciones de motivos, que los legisladores firmantes denominan "fundamentos", la afectación de la cadena de pagos obliga al Congreso Nacional a estudiar medidas temporales que limiten la agresión procesal del acreedor sobre los bienes del deudor in bonis y ayude a las soluciones colectivas ante el deudor concursado, sin que ello implica ánimo alguno de afectar el crédito ni el derecho de propiedad del acreedor. Se busca proteger el empleo y la propiedad. La unidad productiva y el crédito.

En el contexto pandémico la humanización del proceso judicial estimula la suspensión de etapas del juicio y cumplimiento de condenas de pago, racionalizando el uso de la medida cautelar para que no se transforme en el camino hacia la quiebra. Es dable aclarar que las soluciones no operan de pleno derecho, por el mero hecho de la sanción legal, sino siempre a pedido del deudor.

A la clásica y primera solución de alargamiento de los plazos legales, es decir prórrogas para la formulación de propuestas como para el cumplimiento del acuerdo alcanzado, se suman incentivos fiscales a las entidades crediticias que apoyen o colaboren con el deudor, financiando la reactivación de su estructura operativa con aportes de liquidez, conforme el denominado "dinero fresco" o "dinero nuevo" ("fresch money"; o "new money").

Esto puede perfectamente combinarse con un esquema de reembolsos en favor de aquellos acreedores que acepten la propuesta de pago a cambio de garantizar la percepción futura de su crédito recalificándolo hacia un carácter privilegiado (art. 240 LCyQ), es decir, proveyendo liquidez o quitas, espera o remisión sustanciales de deuda, a cambio de un privilegio.

En muchos proyectos, al evaluarse el impacto negativo en un futuro inmediato del aislamiento social obligatorio en la cadena de pago, se propone

la suspensión de la ejecución de pagarés de consumo y de la subasta de vivienda con destino permanente para uso familiar así como de bienes de capital, sin perjuicio de accederse a la constitución de garantías por terceros y traba de medidas cautelares.

Se prevén también la posibilidad de reformulación por parte del concursado de las propuestas de acuerdo preventivo, con una ampliación de plazo no superior a los 180 días. Asimismo, se suspende la prohibición de nuevo concursamiento que actualmente prescribe el art. 59 LCyQ, quedando por ende habilitada la instancia de convocatoria para aquellos deudores que se ven obligados a concursarse sin haber transcurrido un año desde su última rehabilitación.

En otra variante de mecanismos de asistencia financiera, se dispone con carácter transitorio la supresión de restricciones en materia crediticias (comúnmente denominado líneas de crédito blando para MiPyMes) y de contrataciones con el Estado; la suspensión de subastas y medidas cautelares que impliquen desapoderamiento, por el plazo de 180 días corridos, contados a partir de vigencia de una u otra de las leyes proyectadas, estrategia de abordaje que se enmarca en la idea genérica de "moratoria" conforme planes de reestructuración de deuda con facilidad de pago.

Claramente se incentiva la concertación de acuerdos pre concursales o APEs, en cuanto figura del actual texto falimentario que por su mayor versatilidad, es la figura idónea de las que cuenta dicho ordenamiento para agilizar la homologación concordataria, coadyuvado por mecanismos de financiamiento con beneficios para sus otorgantes, desformalización de los recaudos de presentación, reducción de plazos y con la participación de un funcionario público con título de contador público que dictamine sobre cada uno de los créditos denunciados así como sobre las causas y alcances del estado de cesación de pagos, aportando elementos de mérito para que el juez se pronuncie sobre su homologación o rechazo.

Con estos matices, se propone un acuerdo preventivo extrajudicial simplificado, donde la figura del síndico concursal es sustituida por un profesional que según el proyecto de que se trate, recibe el nombre de mediador, conciliador o negociador, el cual cumple en el plan de pago, una función más compleja que un simple facilitador de encuentro y diálogo, sino una impronta más cercana a una verdadera actividad propositiva de fórmulas de aceptación cancelatoria, coadyuvando de forma más activa y determinante en la celebración del concordato.

Ello se complementa con la suspensión del principio de indelegabilidad en el ejercicio de las funciones de Sindicatura del Art. 252 y del deber de

actuación personal del Art. 258° de la Ley 24.522, por el plazo en que rija el aislamiento social preventivo y obligatorio establecido en los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y 297/2020, sus prórrogas y/o cualquier otra norma o razón que se dicte en el marco de la emergencia sanitaria allí declarada, respecto de aquellos funcionarios que sean personas mayores de 60 años, personas embarazadas, aquellas que estén dentro de los grupos de riesgo, o que de cualquier modo estén impedidas o restringidas en su libertad de circular; a fin de posibilitar que durante dicho plazo, el funcionario alcanzado en cualquiera de estos supuestos, pueda delegar en un tercero, a su elección y cargo, y bajo su responsabilidad, la realización de los actos que así resulte necesarios, informándolo al juez con suficiente antelación.

El salvataje de la empresa en crisis, permite preservación de las fuentes de trabajo, optimización de la actividad económica del agente empresario - redireccionando el objeto de su producción, por ejemplo- reinstalación en el mercado de consumo del individuo sobreendeudado, al mismo tiempo que los acreedores puedan cobrar, sino todo lo que se les debe, al menos una buena parte de su crédito, meta impensable en un escenario de quiebra.

Resaltan que muchos países contemplan un régimen "a medida", como los propuestos: Estados Unidos de Norteamérica, tiene su Capítulo 13 para consumidores y el Sub-Capítulo V (del Capítulo 11), para pequeñas empresas; el Estatuto de Insolvencia alemán y también la Ley italiana 221/2012, vienen con procedimientos de insolvencia para consumidores, y el Reino de España tiene los Decretos Reales 27/2012 y 1/2015, referentes a deudores hipotecarios y consumidores del sistema bancario, entre otros.

También antecedentes locales como el Proyecto de Ley de 2018 (Expediente 7210-D-2018), el proyecto en materia de sobreendeudamiento de consumidores de la Senadora Negre de Alonso, más el elaborado por la Comisión de la Res. 1163/15 del MJyDH.

Aunque pueda resultar discutible, hay una tendencia a asociar el proceso concursal con un escenario de esfuerzos compartidos entre el deudor *in bonis* y el acreedor de buena fe. El APE es una institución que no obstante las prevenciones a tomar de ella, se constituye en una herramienta viable para el acuerdo preventivo de quiebra.

CAPITULO VI

Conclusiones Finales

Hacia una mediación en materia concursal

La actual Ley de Concursos y Quiebras N° 24522 no contempla disposiciones especiales para abordar con eficacia casos de pequeños deudores, entendiendo por los mismos consumidores, emprendedores de arte u oficio o profesión liberal de estructura no empresaria, jubilados, pensionados y desocupados, micro, pequeña y mediana empresa individual o de corte familiar, entre otros. Para ellos sólo prevé un tipo insuficiente de concurso especial que denomina "pequeños concursos y quiebras", regulado en los 288 y 289 LCyQ.

Es una sentida necesidad legislativa llenar el vacío regulatorio del pequeño concurso o concursamiento mínimo, ampliando el remedio preventivo especial para abarcar al colectivo de los sujetos que necesitan contar con un mejor tratamiento de su problemática de endeudamiento o desfinanciamiento, con mecanismos munidos de flexibilidad procedimental, confidencialidad, menores costos y reducción de tiempo, que hoy no está disponible en la ley concursal.

Pese a que hay un importante consenso acerca de la necesidad de cubrir este vacío, todos los proyectos de reforma quedan sellados en su suerte adversa, en el mejor de los casos trancos, con media sanción y pérdida de estado parlamentario.

Al período estanflacionario y económicamente regresivo anterior a marzo/2020, le siguió una situación de agravamiento a raíz de la pandemia por COVID-19. En ese marco, es necesario brindar herramientas económicas y legales que permitan al sector consumo-productivo vulnerable sostenerse en la emergencia y superar las recurrentes crisis estacionales en nuestro país.

El diagnóstico de la delicada situación socioeconómica se expresa en la ruptura generalizada de la cadena de pagos -cheques masivamente librados al descubierto, morosidad en el pago de alquileres, disminución del valor de los salarios, carga impositiva ascendente, etc-, enormes pérdidas en el capital de trabajo, cierre y/o encarecimiento de las fuentes de financiamiento y significativa caída del valor de los activos; cuadro que se completa con el inevitable incremento de la litigiosidad que profundizará la insolvencia, entendida ésta en un concepto amplio de incapacidad cancelatoria de subespecies como cesación de pagos, dificultades económicas y financieras

generales, sobreendeudamiento; desequilibrio patrimonial, etc; afectando la producción, el intercambio y consumo de bienes y servicios, la recuperación de las empresas, la inserción de emprendimientos y el bolsillo de las familias, exponiendo al riesgo de quiebras masivas en el mercado.

Es necesario pasar de un período signado por medidas gubernamentales transitorias de alivio a disposiciones normativas estables para la recuperación del consumo y la producción, de modo tal que las reformas no ofrezcan sólo una ayuda económica o un "paraguas" concursal, sino un esquema idóneo para reestructurar pasivo y reorganizar la actividad económica, despejando gradualmente la dificultad financiera. Es apostar por un derecho que fomente bienestar general y no solo como derecho de la emergencia, que en nuestro país parece crónica.

La experiencia indica que normalmente, al perder liquidez, los deudores agravan sus niveles de insolvencia cuando deciden transitar un espinoso camino de graduales decisiones restrictivas consistente en la suspensión de los pagos -vbgr. a proveedores y organismos recaudadores-, reducen actividad productiva, despiden a su personal y luego, no obstante ello, postergan aún más su concursamiento por todo el tiempo que ello les resulta posible -inclusive más allá de lo aconsejable- generándose así un deterioro progresivo de su capacidad productiva, de la factibilidad para recibir préstamos para reactivación del giro de sus negocios, reduciendo las chances de evitar una quiebra y el valor de repago de sus activos.

La convocatoria de acreedores en instancia judicial no mejorará esto, pues anoticiados de la presentación en concurso preventivo, ello provocará casi irremediablemente que al deudor se le restrinja el crédito no solo financiero sino también comercial. En lo financiero, las propias normas del Banco Central disponen una calificación crediticia para los sujetos concursados que implica un sobre costo para poder otorgar ese financiamiento. Desde el punto de vista comercial, la posibilidad de cancelar crédito de causa o título anterior y la repercusión que genera la noticia del concursamiento acorta los plazos de pago y las expectativas de espera.

La presentación judicial es una situación que los deudores postergan lo máximo posible, pues resulta merituada por propios y extraños prácticamente como un desprestigio personal y empresarial, como una especie de carta de reconocimiento de fracaso individual y suicidio económico y, por lo tanto, una alternativa de última instancia a la que se acude obligado cuando todo otro intento "más decoroso" para "salvar" la empresa ha resultado infructuoso y sólo queda en pie la esperanza que la aceptación de ofertas por parte de los

acreedores convocados posibilite que el estado de cesación de pagos actual no sea de carácter irreversible ("timing problem" o tempestividad en la presentación; Richard, 2014).

En ese marco, las principales posibilidades reales de cancelación ya se encuentran agotadas o seriamente comprometidas, pues a esa altura de las circunstancias el margen de negociación es limitado ante los escasos recursos para generar moneda de pago y porque el desgaste que implicara los esfuerzos que le precedieron han agotado la paciencia de los acreedores tardíamente convocados a propuestas diferenciadas, todo lo cual reduce posibilidades en obtener las mayorías legales requeridas para alcanzar un acuerdo de pago preventivo de quiebra.

La masividad transformará luego el fenómeno de la insolvencia de un mero conflicto entre particulares a un problema de interés público, pues expone al Estado a tener que afrontar con recursos propios que no son ilimitados, distorsiones macroeconómicas determinadas por una grave caída de la recaudación, inflación por sobrepuestos de los bienes y servicios en el mercado, bolsones de desocupados a subsidiar, balanza de pagos negativa ante la relación adversa entre la caída de las exportaciones y del precio de los productos exportables, protestas sociales, etc.

Parte de la solución está en amalgamar el derecho concursal con la instancia de mediación, encontrando por vía de una negociación asistida, mecanismos que propicien acuerdos de carácter preventivo antes que liquidatorio, buscando soluciones razonables a un problema común, pues el salvataje permite al deudor superar su insolvencia o dificultades genéricas de pago y conservar la empresa; al acreedor cobrar la mayor parte de su crédito; para los trabajadores conservar el empleo; para los organismos fiscales sostener el nivel de recaudación; para los proveedores mantener un cliente; para los bancos no perder un sujeto de crédito, para la administración de justicia reducción de litigiosidad, para la dirigencia política asegurar el orden legal y la paz social.

La mediación concursal es un mecanismo que puede conectar armoniosamente el tratamiento de la crisis económica -derecho sustantivo federal- con el método alternativo de resolución de conflictos -derecho procesal local-, constituyendo un espacio para el abordaje de crisis financiera en el cual tanto particulares como personas jurídicas concurren a la esfera pública para la autocomposición asistida de sus disputas, arribándose a soluciones dialogadas y voluntariamente aceptadas por los interesados. A esos fines, el sistema toma de la ley concursal el instituto del APE, por su naturaleza concordataria

sometible a homologación judicial; y del derecho procedimental alternativo no contencioso, la mediación, su pieza más preciada.

La articulación constructiva de ambos institutos proporciona una herramienta legal y práctica de acceso a justicia de un número mayor de justiciables. Cuando el Poder Judicial es percibido por la ciudadanía no como un escenario ajeno, de respuestas de dudosa razonabilidad, burocráticamente lento y oneroso, sino como un ámbito accesible en el que sus dificultades cotidianas son escuchadas y obtiene una salida eficaz de modo no beligerante, relativamente rápido con menores costos, el servicio público adquiere legitimidad social -confianza y credibilidad- y eficiencia, es decir, capacidad del sistema para producir respuestas superadoras.

Con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo y rentabilidad de profesiones vinculadas al mundo jurídico-contable, especialmente por el papel negociador de los abogados en su función sea de mediadores; patrocinantes del deudor o asesores de los acreedores, los notarios; los contadores que refiere el art. 72 LCyQ y aquellos que integran la lista de sindicatura concursal, martilleros tasadores; entre otros profesionales.

El capítulo que tratara el abordaje en el derecho comparado de la problemática de la insolvencia demuestra que en decenas de países del mundo occidental, aún con sus transiciones políticas más ordenadas y sus economías más robustas en comparación con nuestra realidad, sus individuos, sus familias, sus pequeños emprendedores y también los grandes empresarios, no están exentos de caer en experiencias de iliquidez para afrontar de un modo regular los pagos. Pero para cada problemática financiera se estructura un tratamiento superador. La dificultad económica es entendida como una oportunidad para el cierre de una etapa y reinicio de otra. Se alienta al deudor y a la autoridad pública a detectarlo a tiempo, para que la irreversibilidad no arrastre con sus efectos negativos a otros.

La trama de la iliquidez en la experiencia local es un drama. En una economía que tambalea, las estructuras legales son obsoletas y las decisiones políticas poco acertadas. Además, si nuestra Nación históricamente siempre pidió prestado y casi nunca devolvió a tiempo al financista externo ¿porqué sus ciudadanos habrían de ser mejores pagadores, mejores empresarios, mejores contribuyentes y consumidores más ordenados que el país que los contiene? Algún día tendremos que madurar y aprender a vivir con lo que se tiene y a esforzarnos en crecer y desarrollarnos sin recurrir patológicamente al oneroso empréstito internacional.

Mientras tanto, en los tiempos de la pandemia que resulta escrito este trabajo, a la luz de la crisis económica de carácter crónico en el país y el abandono al olvido de nuestros legisladores en modernizar de una vez la asimétrica Ley N° 24522 de Concursos y Quiebras, nos preguntamos además, porqué ninguna norma nacional ni provincial no ha reunido aún -cuidando de no avasallar potestades federales- la órbita concursal con la mediación. Al menos ello podría contemplarse y ciertamente resultaría muy útil en lo inmediato para los casos de sobreendeudamiento del consumidor y para el sector MiPyMe. En una economía que se achica con políticos que chocan entre sí y con sus votantes, sólo se legisla para el momento. En vez de estrategias auspiciantes para empresarios, apenas se apoya al capital emprendedor (Ley 27.349; B.O. 12/4/2017); ya no sólo reconocemos categorías de vulnerables sino además es necesario proteger consumidores hipervulnerables (Resolución 139/2020; Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación)... y todo ello no está mal, claro, sólo muestra la realidad.

Aquella idea por una concursalidad especial para el saneamiento del sobreendeudamiento por consumo o la renegociación de pasivo del pequeño empresariado, no es nuevo (Favier Dubois, Eduardo M), pero es importante reivindicarlo. Se ha dicho:

"Las innumerables críticas que el APE ha padecido no desdibujan la circunstancia que en la crisis económico financiera las grandes empresas hayan podido superar exitosamente los graves inconvenientes y permanecer en el mercado, a partir de la implementación del actual acuerdo preventivo extrajudicial. Acaso falte un sistema similar para los consumidores o pequeños comerciantes agobiados por similares problemas económicos, mas por la omisión legislativa de proteger adecuadamente a ese sector, aparece algo excesivo privar de dicha posibilidad legal por la sola circunstancia de que no se encuentre una salida más prolija y rápida... Por ello mas que bregar por la derogación del APE, habría que fomentar el establecimiento de sistemas que atiendan adecuadamente los padeceres de aquellos sectores olvidados y no destruir lo que soluciona problemas del sector asalariado y consumeril, bajo cuyas alas se activa el funcionamiento de pequeñas y medianas empresas que complementan la actividad de las grandes empresas" (El acuerdo preventivo extrajudicial y sus límites, Chomer, Héctor O., Publicado en: DCCyE 2011 (abril) 73; LLOnline: TR LALEY AR/DOC/889/2011)

En el marco descrito, esta tesis propone sobre la base conceptual y práctica de la negociación, una reforma parcial en la Ley Integral de Mediación Nº 2699 de la provincia de La Pampa, a fin de incluir en ella una cuarta categoría, hoy no prevista: la mediación voluntaria judicial para el trámite de acuerdos preventivos extrajudiciales con fines de ulterior homologación judicial. El trabajo pretende ser una exposición de motivos para ello, y no podía estar exento como corolario, el proyecto del texto de la reforma legal a cargo de la Cámara de Diputados Provincial como del anexo reglamentario ulterior por el Superior Tribunal de Justicia local, en cuanto autoridad de aplicación.-

Rubén Darío Capdevielle. Abogado



Capítulo VII

**PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY N° 2699
DE MEDIACION INTEGRAL EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA
CREACIÓN DE LA INSTANCIA DE MEDIACION JUDICIAL VOLUNTARIA
PARA EL TRAMITE RELATIVO AL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL**

Modifícase por la presente parcialmente la Ley N° 2699 de Mediación Integral en el territorio de la provincia de La Pampa, la que en lo pertinente, quedará redactada en los siguientes términos:

Artículo 1º.- El Artículo 2º.- DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN quedará redactado de la siguiente manera

"Artículo 2º.- DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN. DIFERENTES MODALIDADES. A los fines de la presente ley entiéndese a la mediación como un método de resolución alternativa de conflictos dirigido por uno o más mediadores con título habilitante, quien/es promoverá/n la comunicación directa entre las partes. La Mediación puede ser voluntaria extrajudicial, voluntaria escolar, obligatoria judicial *o voluntaria judicial.*"

Artículo 2º.- El Artículo 6º.- EXCLUSIONES quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 6º.- EXCLUSIONES. Quedan excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas: a)... b)... c)... d)... e)... f)... g)... h)... i)... j) Concursos preventivos y quiebras. **El Acuerdo Preventivo Extrajudicial podrá admitirse como materia mediable, de conformidad con lo establecido en la legislación sustantiva y por la presente ley en el marco de la mediación voluntaria judicial.** k)...l)... m)...-"

Artículo 3º.- A los fines de encauzar el trámite de los acuerdos preventivos extrajudiciales en el marco de la mediación voluntaria judicial, queda reformulado la denominación del TITULO IV y artículos inmediatos, en los siguientes términos:

"TITULO IV. MEDIACION JUDICIAL

CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES

"Artículo 37. DEFINICION. **La mediación judicial puede revestir, según el caso, carácter obligatorio o voluntario.**

Es de carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial que se regirá por las disposiciones del presente capítulo. **Es de carácter voluntario el procedimiento en instancia de mediación llevado a cabo entre el deudor y sus acreedores para celebrar acuerdo**

preventivo extrajudicial con el fin de someterlo posteriormente a homologación judicial, en los términos de la normativa de fondo vigente.

En ambos casos, el procedimiento promueve la comunicación directa entre las partes para la solución directa de la controversia.

"Artículo 38.- AUTORIDAD DE APLICACION. El Superior Tribunal de Justicia será la Autoridad de Aplicación de la **Mediación Judicial tanto Obligatoria como Voluntaria** y al efecto, dictará la reglamentación pertinente y creará su propio Centro Público de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos Judiciales"

"Artículo 39.- CUESTIONES MEDIABLES. **Con excepción hecha respecto del trámite en instancia de mediación voluntaria para arribar a acuerdos preventivos extrajudiciales,** es de aplicación obligatoria, salvo las exclusiones y demás excepciones previstas en esta misma ley, en las siguientes cuestiones:

- a) Patrimoniales del fuero civil, comercial y de minería, y;
- b) de Familia, a excepción de las excluidas por el artículo 6°.

El procedimiento de mediación en materia penal se regirá conforme lo establezca la ley que se dicte al efecto".-

"Artículo 43.- ALCANCES DEL ACUERDO. "El convenio logrado en mediación judicial no requerirá homologación posterior, teniendo fuerza ejecutiva en los términos del art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial, **salvo aquellos alcanzados en calidad de acuerdo preventivo extrajudicial en instancia de mediación, que de conformidad con lo que establece la legislación de fondo, se sometan al trámite de homologación judicial.**

Artículo 4°.- De forma.-

PROYECTO DE REGLAMENTACION DE LA MEDIACION JUDICIAL VOLUNTARIA

TRAMITE DE ACUERDOS PREVENTIVOS EXTRAJUDICIALES PARA HOMOLOGACION JUDICIAL

I.- ETAPA INICIAL.

El procedimiento de mediación judicial voluntaria podrá iniciarse.

- a) Por solicitud unilateral del deudor legitimado en los términos del art. 69 LCyQ
- b) De común acuerdo entre las partes, entendiéndose por ello, una presentación conjunta del deudor y uno o más de sus acreedores.

En todos los casos, en la solicitud deberá acompañarse la documentación certificada que establece el art. 72 de la LCyQ.

En caso que el deudor y los demás interesados se encuentren asistidos por letrado, deberá consignarse tanto el domicilio real de la parte como domicilio electrónico constituido, para el cumplimiento de las notificaciones respectivas.

Sin perjuicio de la solicitud unilateral o conjunta prevista, se deberá completar en forma manual o digitalmente una ficha o formulario diseñado por la autoridad judicial, cuya información tendrá carácter de declaración jurada, en la que conste:

- 1) Los datos de identificación personal según el documento de identidad; la Clave Única de Identificación Tributaria o Laboral (CUIT o CUIL); así como datos de cuenta bancaria para el supuesto de resultar menester transferencia de fondos;
- 2) La nómina de los acreedores a convocar, con indicación de su identidad, domicilios físicos y/o electrónicos, consignando monto, causa y privilegio si lo hubiere; vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados, y en su caso, datos de cuentas bancarias y CBU.
- 3) Nómina de los reclamos judiciales, administrativos, arbitrales o en trámite de mediación contra el deudor, con indicación de su estado y radicación.
- 4) Detalle de los activos, con indicación de los bienes inmuebles y muebles registrables, incluyendo, además de los registrados bajo su titularidad actual, la indicación y causa de los enajenados hasta dos años antes de la presentación.
- 5) Un listado de los ingresos habituales. Las personas inscriptas en monotributo deberán acompañar una certificación contable de los ingresos o declaraciones juradas de impuesto a los ingresos brutos y los trabajadores en relación de dependencia, pensionados o jubilados, la constancia emitida por el empleador o la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), o copia de sus recibos de haberes.
- 6) Un detalle de la totalidad de gastos habituales tales como alquiler, expensas, servicios de energía eléctrica, gas, agua, TV por cable y conexión a internet, educación, salud, seguros, aportes, impuestos, tasas, contribuciones y otros, acompañando para su acreditación las constancias que obren en su poder.
- 7) Descripción sucinta de los hechos y fundamentos de la petición de la convocatoria; fechas de incumplimientos y/o dificultades económicas.

Recibida la solicitud en el CePuMeJu y acreditado el pago de la tasa retributiva del servicio de mediación judicial, se procederá al sorteo y designación de mediador, de conformidad a lo establecido en el Capítulo 2 del Título IV de la Ley de Mediación Provincial N° 2699.

En la misma oportunidad, de no mediar ningún obstáculo para la procedencia del trámite o subsanado los defectos u omisiones respectivos, se procederá a la desinsaculación de contador público nacional de la lista vigente de profesionales para actuar en concursos preventivos confeccionada por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la circunscripción judicial pertinente.

El profesional contable que resulte designado, cumplirá la función de asistencia técnica en forma coordinada con el mediador, con derecho a percepción de honorarios en igual alcances que el mismo.

Cumplido lo establecido precedentemente, el mediador citará a las partes y al profesional contable para la celebración de la primera audiencia; acto que implicará el inicio de la etapa informativa y con ello, del plazo de duración de la mediación de hasta sesenta (60) días corridos, prorrogables por acuerdo de los interesados.

En caso de persistir inasistencia injustificada de las partes durante el desarrollo del período informativo en un alcance tal que al vencimiento del mismo se comprometa la reunión de las mayorías exigidas por el art. 73 de la LCyQ, se entenderá que media imposibilidad o desistimiento de la mediación solicitada.

El mediador o la persona a quien faculte, realizará la convocatoria de los interesados para cada sesión con la antelación necesaria. Dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de las respectivas posiciones y su comunicación de modo equitativo, de conformidad con los principios establecidos en el art. 3 de la Ley N° 2699. En el marco del principio de confidencialidad, el mediador sólo podrá comunicar y distribuir la información o documentación que se aportase, contando con autorización expresa del interesado.

II.- ETAPA INFORMATIVA.

Cumplidas las notificaciones referidas con anterioridad, en el marco de la primera audiencia, el mediador informará a las partes los motivos de la citación, las características de la instancia de mediación, el costo estimado en concepto de honorarios del o los mediadores y del contador público asistente, así como el de otros posibles gastos, el desarrollo ulterior del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar y del plazo para suscribir el acta constitutiva. Reunida *prima facie* la mayoría legal requerida por la legislación de fondo, quedará manifestada la voluntad concordataria, teniéndose con ello por concluida la instancia de mediación y expedita la vía para la remisión de los antecedentes al juez competente a los fines de la homologación judicial (art. 75 LCyQ).

A efectos de favorecer la obtención del acuerdo preventivo solicitado, con posterioridad a la realización de la primera audiencia que refiere el párrafo anterior, el mediador se encuentra ampliamente autorizado, dentro del período legal habilitado, para sesionar con las partes en forma conjunta o por separado.

En todos los casos, se levantará un acta en los términos de lo dispuesto en el art. 59.

A iguales fines, el mediador se encuentra habilitado para el cumplimiento de diligencias con carácter informativo que resultare menester, dejándose constancia de su realización y resultado.

III.- ETAPA CONSTITUTIVA.

Cumplido el plazo del período deliberativo y sus prórrogas, alcanzada que fuere *prima facie* la conformidad concordataria en la mayoría legal requerida por la legislación de fondo, se tendrá con ello por obtenido el acuerdo preventivo extrajudicial.

Para su correspondiente constatación y ulterior prosecución del trámite con fines homologatorios por el juez competente, se confeccionará un acta final en la cual se reflejarán los términos del acuerdo alcanzado en forma concreta y comprensible, individualizando con claridad las personas, las acreencias, la modalidad de pago y toda demás circunstancia vinculada con el cumplimiento del mismo.

El acta deberá estar firmada por las partes, el mediador o los mediadores y el contador público coadyuvante, entregándose a todos un ejemplar de similar tenor.

IV.- ETAPA CONCLUSIVA.

El procedimiento de mediación concursal puede concluir porque se obtuvo el acuerdo preventivo o porque no se alcanzó el mismo, cualquiera fueren las causas determinantes de ello.

En éste último supuesto, transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento o con anterioridad al término del mismo cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causal cierta y determinante sobre la imposibilidad de arribar a un acuerdo, se dispondrá la conclusión de la mediación.

Con la terminación del procedimiento se devolverá a cada parte la documentación y/o constancias que hubiere aportado.

Con los documentos que no hubiere de devolverse a las partes, se formará un expediente que el mediador conservará por el plazo de seis meses.

En el caso de conclusión de la mediación por haberse alcanzado el acuerdo preventivo extrajudicial que establece la legislación de fondo, el mediador requerirá a los interesados indiquen en el plazo de tres (3) días de cumplida la notificación, si la remisión de los antecedentes a la justicia competente para su eventual homologación judicial se realizará por cuenta de ellos o en su defecto, por remisión desde la Oficina de Mediación a la Receptoría General de Expedientes del Poder Judicial Provincial, de lo que se dejará constancia en los registros pertinentes.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA. Resultará de aplicación supletoria las disposiciones del código procesal civil y comercial de La Pampa en todo lo que no esté expresamente previsto en el presente reglamento.

///

Bibliografía referenciada

- ***ADAN, F & COROMINAS, J.** (2018). El Acuerdo Extrajudicial de Pagos. La segunda oportunidad de las personas físicas: su aplicación práctica. Editorial vLex. 48-135; Recuperado enero/2022 de URL <https://app-vlex-com.sire.ub.edu/pdf/748954621>
- ***AGUINIS, A., KLEIDERMACHER A.** (1980) La crisis de la empresa y el club de bancos, Revistas de Bancos y Bolsas, N° 1; Editorial Depalma.
- ***ALBERTI, E. M.,** (1981) Redescubrimiento del concordato extrajudicial, Editorial LA LEY, 1981-D, 1106.
- ***ALBISU H.,** (2019) Rescatar al deudor sobre endeudado para la reactivación y crecimiento con equidad de la Argentina. Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686, Año 4/N° 11, 176-208
- ***ALEGRIA, H.** (1996) Notas sobre el acuerdo preventivo extrajudicial, RDPC-10-Concursos y Quiebras-I-257.
- ***ANCHAVAL H. A.** (2011) Insolvencia del consumidor, Editorial Astrea, Bs.As.
- ***ANCHAVAL H. A.** (2007) Soluciones concursales. Ventajas y desventajas”; LA LEY 26/06/2007, 1; cita LLOnline AR/DOC/2012/2007
- ***ARAOZ L.** (2014) Centro de Mediación Judicial según normas de calidad ISO 9001:2008. LLNOA 2014 (septiembre), 811.
- ARÉCHAGA, P.** (2005) Especificidad del acto de mediar. La trama de papel. Buenos Aires: Galerna, 2005.
- ***BARACAT E. J.** (2011) El desvanecimiento de los procedimientos ortodoxos para abordar la insolvencia de las personas físicas y empresas ¿Un giro definitivo hacia el privatismo. DCCyE 2011 (diciembre), 40, LLOnline AR/DOC/1021/2011
- ***BARREIRO, Marcelo G.** (2003) Algunas cuestiones sobre el acuerdo preventivo extrajudicial (¿El infierno tan temido?), JA, 2003-IV-1457
- ***BENÍTEZ, M. J.; HALLE, M.L. & PETRIC, F. M.** (2003) Publicación de la subsele Paraná de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, N  6.
- ***BERNAL MARCOS A. M.** (2014) La mediación concursal en Europa, Trabajo Final en Maestría, Universidad de Alicante. Alicante. España

- ***BIDART CAMPOS, G. J.** (1995) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI, La Reforma Constitucional de 1994, Editorial Ediar.
- ***BLANCO G.** (2019) Mediación prejudicial: confidencialidad y falta de conexidad con la etapa posterior. Regulación en La Pampa. LLPatagonia. 2019 (febrero), 1.
- ***CASADIO MARTINEZ, C. A.** (2008) Homologación de un Mega APE conflictivo e ilustrativo, LA LEY 2008-C, 277; cita LLOnline: TR LALEY AR/DOC/1284/2008
- ***CHOMER, H. O.** (2011) El acuerdo preventivo extrajudicial y sus límites. Publicado en DCCyE 2011 (abril), LLOnline: TR LALEY AR/DOC/889/2011
- ***CHOMER, H. O.** (2003) Breves comentarios sobre el nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. ¿O la convocatoria parcial de acreedores?, JA, 2003-IV-1131
- ***DIEGUES J. A.** (2013) Acuerdo preventivo extrajudicial, Publicado en LA LEY 20/11/2013, 10; Cita LLOnline: AR/DOC/4358/2013
- ***FARGOSI, H.** (2002) Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales, LA LEY, Número Especial del Suplemento de Concursos y Quiebras "Reformas a la ley de concursos (Ley 25.589)", junio de 2002
- ***FAVIER DUBOIS E. M. (H)** (2022) Los actuales desafíos del acuerdo preventivo extrajudicial; Recuperado enero/22 de URL de la fuente [http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-del acuerdo preventivo-extrajudicial pdf](http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-del-acuerdo-preventivo-extrajudicial.pdf).
- ***FERRIELL, J. & Edward J. J.,** (2007) Entendiendo la quiebra ("Understanding Bankruptcy". Editorial Lexis Nexis Group.
- ***FUNDACION LIBRA.** Manual de Mediación. Versión digital disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-mediacion-en-el-patrocinio-juridico-de-la-facultad-de-derecho-uba/mediacion-completo.pdf>
- ***FUNDACION LIBRA .** Revista Nº 1, Año 2016; Glosario de términos técnicos.
- ***GALINDO CARDONA, A.** (2001) Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. Iuris Dictio, Vol.2, Nº 4. Recuperado de URL <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>
- ***GARBER C. A.** La mediación que viene. Publicado en Jurisprudencia Argentina. Cita Online: 0003/000087
- ***GARBER C. A.** (1999) ¡Salven a la mediación!; Pub. LA LEY 1999-B, 911

- ***GARCIA VEGA, R.** (2019) La mediación concursal como método alternativo al concurso de acreedores; Universidad de Barcelona.
- ***GRAZIABILE D. J.** (2006) Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos. LA LEY 2006-E, 1253; LLOnline AR/DOC/2179/2006
- * **GRISPO, J. D.** (1998) Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras; Editorial Ad-Hoc.
- ***HEREDIA, P. D.** (2000) Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ley 24.522 modificatoria, comentada, anotada y concordada, Edit. Abaco, Depalma, Bs.As.
- ***HERRERO, M. S;** (1985) El actual servicio de conciliación, arbitraje y asesoramiento en el Reino Unido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- * **HIGHTON E. & ALVAREZ G.** (2004) Mediación para resolver conflictos; Editorial Ad-Hoc.
- ***HANSSEN GIFFONIELLO M. V.** (2019) Reconocimiento de la autonomía de la Voluntad como principio esencial del proceso de mediación. DFyP 2019 (abril), 145
- ***JEQUIER LEHUEDE, E.** La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales. Razones y mecanismos para su regulación. Revista de derecho, volumen 29 N° 1. Versión online ISSN 0718-0950.
- * **JU.FE.JUS. Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA.** (2005) Mediación en el ámbito judicial; Editorial La Ley
- ***JUNYENT BAS F.** (2012) “Nuevamente sobre la naturaleza del APE, LA LEY 2012-D, 289; AR/DOC/3108/2012
- ***JUNYENT BAS, F. & MOLINA SANDOVAL, C.** El acuerdo preventivo extrajudicial en la ley 25589, TR LALEY 0003/008925
- ***LOPEZ SAN LUIS, R.** (2015) El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia, Revista de Derecho Civil, junio 2015. Recuperado en enero/2022 de URL <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- ***MACHO GOMEZ, C.** (2013) La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el comercio internacional; Tesis Doctoral, Univ.de Cantabria. Comunidad Autónoma de Cantabria. España.
- ***MAFFIA, O. J.,** (2003) La Ley de Concursos comentada, Lexis Nexis, Bs.As.
- ***MAFFIA, O. J.** (2005) Sobre el llamado APE, Editorial Lexis Nexis.

- ***MAGLIANESI M. A. & COPPA C. R.** (2015) ¿Mediar Siempre? Posibilidades, modalidades y opciones de intervención de los mediadores en las disputas. DJ 11/02/2015,1.-
- ***MASUCCI A.** (2009) El procedimiento de mediación como método alternativo de resolución de litigios. Esbozos de las experiencias francesa, alemana e inglesa. Revista de Administración Pública; ISSN: 0034-7639, Nº 178, Madrid.
- ***MELCHIOR, N.** La mediación concursal en España tras la nueva ley de emprendedores, Recuperado en enero/2022 de la URL <https://www.mariscal-abogados.es/la-mediacion-concursal-en-espana/>.-
- ***MIGUENS, H. J.** (2016) El proceso de reorganización concursal de Estados Unidos, Revista Quaestio Iuris, feb/2016, con apoyo económico del CONICET.
- * **MOLINA SANDOVAL, C. A.** (2003) Acuerdo Preventivo Extrajudicial, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires. Argentina.
- * **NAVARRO PEREZ, P.** (2014) Estudio comparado del derecho concursal español y francés. Aspectos fundamentales. Trabajo Final de grado en Repositorio de Universidad de Zaragoza. España. Recuperado en enero de 2022 de la URL Zaguán <http://zaguán.unizar.es>.
- ***ORTUÑO MUÑOZ, P.** (2016) Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la Justicia, Revista Jurídica de Cataluña. España.
- ***PASTORE J. I.** (2007) Algunas reflexiones sobre el acuerdo preventivo extrajudicial y una detenida mirada a la luz de las reformas introducidas por la Ley 26.086, LLLitoral 2007 (mayo), 379
- PRATS A. L.** (2014). La Mediación en el Pre-Concurso, Revista de Mediación 2014, 7(1). 70-80 (CEE)
- ***Repertorio de Jurisprudencia de Concursos y Quiebras**, Editorial Legis, 2006
- ***RICHARD E. H.** (2014) En torno a la conservación de la empresa (insolvencia societaria y responsabilidad); Publicado en: SJA 10/12/2014 , 18; JA 2014-IV
- ***RIVERA J. C.:** (2010) Derecho Concursal, Editorial LA LEY
- ***ROUILLON A.:** (2007) Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24522, Editorial Astrea, Buenos Aires.

- ***SANTANA DELGADO L.:** (2013) Mediación Concursal, Curso de Especialización en Mediación Civil y Mercantil. La Coruña, Recuperado el 7 de enero de 2022 de la URL: www.icacor.es.user.
- ***SCAVARDA BASALDÚA M. P.** (2007) Acuerdo preventivo extrajudicial. Exégesis y reflexiones sobre una alternativa a la crisis empresarial. Trabajo final de graduación en abogacía; Universidad Siglo 21. Buenos Aires.
- ***SERRANO REDONNET D. M** 2007) Reestructuración de deuda financiera, LA LEY 2007-D, 753, cita LLOnline AR/DOC/1821/2007
- * **SEGAL R.** (1997) Acuerdos preventivos extrajudiciales, Edit. Abeledo Perrot
- ***SOSA T.** (2015) Ley de Mediación en La Pampa. LLPatagonia 2015 (abril), 807.
- ***TELLES, J.** (2010) Breve estudio comparativo del derecho concursal español y brasileño, Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá III.
- ***TORRES GIROTTI, M.;** Concurso preventivo y APE. Análisis comparativo a la espera de mecanismos más eficientes para superar la insolvencia post-pandemia. Recuperado enero 2022 de URL: <https://abogados.com.ar/concurso-preventivo-y-ape-un-analisis-comparativo-a-la-espera-de-mecanismos-mas-eficientes-para-superar-la-insolvencia-post-pandemia/26688>;
- ***TRUFFAT, E. D.** (2014) El Derecho Concursal en el siglo XXI, La Ley 18/12/2014, Cita online: AR/DOC/4461/2014.
- ***TRUFFAT E. D.** (2004) APE: un instituto concursal que carece de verificación de créditos, pero que requiere de alguna suerte de determinación del pasivo, Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), 85; Derecho Comercial; Concursos y Quiebras; Doctrinas Esenciales Tomo II, 867.
- * **URY W.;** **BRETT J. & GOLDBERG S.** (1995) Como resolver las disputas; Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Fundación Libra. Buenos Aires.
- ***VALLE ZAYAS, J. & VILARINHO SCAREL, S.,** (2005) La nueva ley de quiebras del Brasil, recuperado en enero de 2022 de URL www.uría.com.
- * **VITOLO D. R.** (1996) Comentarios a la ley de concursos y quiebras N° 24.522; Editorial Ad-Hoc. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- ***VITOLO D. R.** (2009) Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. Rubinzal Culzoni Editores.
- ***VITOLO D. R.** (2012) Ley de Concursos y Quiebras y su interpretación en la jurisprudencia. Rubinzal-Culzone Editores.