

ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL: UNA ALTERNATIVA A LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

MARIANO G. OCHETTI JAVIER APILÁNEZ MARTÍNEZ

Los autores se plantean como objetivo repensar el acuerdo preventivo extrajudicial como una de las herramientas que ofrece la ley de concursos y quiebras para dicho fin, desde la particular mirada del profesional de las ciencias económicas, quien, en su cotidiano rol de asesor contable e impositivo, suele ser uno de los primeros en detectar las dificultades financieras y económicas, sin detenerse en debates doctrinarios, situación reservada para los maestros del derecho concursal argentino.

1. INTRODUCCIÓN: LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LAS EMPRESAS

En el mundo de la administración reconocemos una crisis como una situación anómala. Es decir que una empresa en crisis es aquella que no está en equilibrio si se la analiza desde la óptica financiera o económica.

Salvo excepciones, las empresas sufrieron un impacto tan negativo como incalculable durante este último año. A diferencia de crisis anteriores, como la del año 2002, durante la pandemia, el nivel de actividad, con las excepciones derivadas de las actividades esenciales, se redujo a valores cercanos a cero.

Es así que la mayoría del tejido empresarial nacional, aún bajo el amparo de los planes de asistencia financiera otorgados por la administración pública en sus múltiples niveles de gobierno, enfrentaron realidades críticas exponiendo una vez más las fragilidades típicas del modelo de acumulación económica imperante en nuestro país.

Algunos datos nos ayudarán a graficar la situación antes comentada. De acuerdo al INDEC, el Estimador Mensual de Actividad Económica (EMAE) exhibió, en marzo de 2020, una caída de 11,5% con relación a igual mes de 2019, y de 9,8% con respecto a febrero en su medición mensual. Si la serie se analiza por trimestres, dicho indicador sufrió pérdidas cercanas al 5,4%. Este indicador se consolida al desestacionalizar. En ese caso, las variaciones negativas ascienden al 4,8%.

Si se analiza por sector de actividad, en catorce de los quince meses, sectores relevados mostraron caídas en la comparación interanual, siendo muy significativa la pobre performance obtenida por dos sectores de gran participación en el PBI nacional como son la industria y la construcción. En dichos casos, mostraron caídas interanuales del 15,5% y 46,5%, respectivamente. Los datos expuestos describen los momentos de zozobra que se vivieron, dado que dichos sectores explican casi un tercio de la retracción del nivel de actividad.(1)

Aun bajo los efectos de este escenario negativo es pertinente aclarar que no todas las empresas están atravesando un estado de cesación de pagos en el estricto sentido de la LCQ, situación que a nuestro entender cobra singular importancia para considerar al APE como una herramienta de superación judicial de crisis. A pesar de ello, la realidad nos muestra que la mayoría de las empresas enfrenta severas dificultades.

Las dificultades se exacerban si se analizan las obligaciones de corto plazo, las que incluyen una dinámica microeconómica y financiera teñida de déficits de tesorería crónicos que consumirán el capital de trabajo y derivarán en quebrantos patrimoniales que pueden llevar a gravosas pérdidas de capital.

Esta situación ha sido explicada por las distintas escuelas teóricas de la economía y la administración las que afirman: “en situaciones normales la persistencia de situaciones en las que se manifiestan pérdidas de rentabilidad a través del tiempo va profundizando el déficit y los quebrantos comienzan a consumir el capital de trabajo; los niveles de actividad se reducen y el endeudamiento aumenta; los sucesivos ciclos económicos acentúan las pérdidas y este proceso generalmente desemboca en el estado de cesación de pago”(2). En nuestro caso, pensamos que la pandemia aceleró la dinámica de los ciclos económicos negativos a un ritmo intenso y sostenido.

Allí nace la idea central que motiva nuestro trabajo: bajo el supuesto de que el estado de cesación de pagos “aún no llegó”; y siendo este el presupuesto objetivo del concurso preventivo, la ley 24522 nos da otra herramienta: el acuerdo preventivo extrajudicial (APE).

Nuestro objetivo, dentro de ese contexto, es repensar al acuerdo preventivo extrajudicial como una de las herramientas que ofrece la ley de concursos y quiebras para dicho fin, desde la particular mirada del profesional de las ciencias económicas quien, en su cotidiano rol de asesor contable e impositivo, suele ser uno de los primeros en detectar las dificultades financieras y económicas, sin detenernos en debates doctrinarios situación reservada para los maestros del derecho concursal argentino.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El APE puede conceptualizarse(3) como un acuerdo privado que libremente un deudor en dificultades económicas o financieras de carácter(4) general, o en estado de cesación de pagos, concierta con una comunidad significativa de acreedores quirografarios en orden a la superación de la crisis que atraviesa. Ese acuerdo debe presentarse para su homologación ante un tribunal concursal y, si finalmente el deudor la consigue, adquirirá los efectos de un acuerdo preventivo judicial homologado.

La peculiar característica es, que el mismo le puede ser impuesto forzosamente a todos los acreedores quirografarios de causa o título anterior a dicho acuerdo, hayan o no participado de él, novando la totalidad de dichas obligaciones.

La doctrina nacional, en consonancia con la opinión de autores del derecho comparado(5), interpreta que cuando hablamos de los acuerdos preventivos extrajudiciales nos encontramos frente a un contrato(6). En ese aspecto los maestros Junyent Bas y Molina Sandoval nos enseñan: “El nuevo estatuto legal no define el acuerdo extrajudicial, pero de su articulado se desprende su naturaleza contractual. El objeto de este tipo de negocio jurídico se centra en el programa de autocomposición activa y pasiva establecido entre el deudor y los acreedores”.(7)

Como puede observarse, el tinte civilista se percibe nítido en el articulado actual de la LCQ dado que los artículos 957, 959 y 2651 del CCyCo.(8) proyectan sus efectos sobre la misma. Explica el Dr. Lorenzetti: “El contrato es expresión de la libertad para autoobligarse, de allí que el primer principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad”.(9)

Desde dichos términos, quienes celebran un APE están decidiendo desde principio de autonomía de la voluntad, cual será el derecho que regulará dicho acuerdo(10) sobre la base de la libertad de contratación que se desprende de dicha autonomía.

3. EL TRÁMITE DESDE LA NEGOCIACIÓN HASTA LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

Tal cual afirmamos, la libertad de contratación en los términos y alcances del principio de autonomía privada(11) le posibilitará al deudor, decidir libremente a cuáles acreedores convocará a la negociación y cuáles serán los términos que se incluirán en dicho acuerdo con ciertos límites derivados de principios jurídicos de carácter general tales como la razonabilidad(12) y congruencia.

Dice Rouillon al respecto: “Estaría, así, abierto el camino para cualquier contenido acordado por las partes como conveniente a sus intereses, sin otros límites que los genéricos de licitud, posibilidad y prohibición de fraude a los restantes acreedores (esto último de especial relevancia en situaciones de insolvencia)”.(13)

En consonancia, la jurisprudencia ha convalidado dicho criterio en los siguientes términos: “La libertad contractual acordada por el artículo 71, ley 24522 permite dar al acuerdo preventivo extrajudicial el contenido que las partes consideren conveniente a sus intereses, resultando obligatorio en los términos allí indicados”.(14)

Entonces, luego de convenidos los términos del contrato entre las partes, solo queda darle forma legal en los términos del artículo 70 de la LCQ y proceder al trámite de homologación judicial.

Para que lo acordado entre el deudor y los acreedores irradie sus máximos efectos jurídicos, el pacto celebrado deberá someterse a un típico proceso homologación concursal, esto es: presentarse ante el juez competente quien someterá dicho acuerdo a un régimen de mayorías exigido por ley, las que de obtenerse se darán en publicidad mediante la publicación de edictos, garantizando a quienes no hayan suscripto el acuerdo un régimen de oposición que proteja sus derechos.

Siendo así, el acuerdo homologado(15) producirá los efectos previstos en el artículo 56 de la LCQ y quedará sometido a las previsiones de las Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de dicha ley.

La doctrina nos dice que “los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial homologado se extienden a todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento. El acuerdo preventivo extrajudicial homologado es un verdadero acuerdo preventivo, en tanto es obligatorio para quienes lo aceptaron y también para quienes no lo hicieron”.(16)

La jurisprudencia siguiendo el mismo criterio, ha sido pacífica al convalidar dicho efecto: “El acuerdo propuesto y homologado judicialmente produce los efectos sobre todos los acreedores sometidos a él, aun cuando no hayan participado del procedimiento...”.(17)

Las mayorías necesarias que se requerirán son las usualmente reconocidas en el derecho concursal argentino: mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo conformado por los acreedores que revistan la característica de quirografarios.

Volvemos a recalcar una particularidad típica del APE: las mayorías son el mínimo recaudo que deberá revisar el juez para dar la aprobación judicial, pudiendo darse el

caso de que el deudor no las logre, situación que no implica el fracaso del proceso de negociación. En dicho caso, el acuerdo será válido(18) pero no homologable.

Surge una pregunta: ¿qué derechos consagra la LCQ para proteger aquellos acreedores que no acompañaron el acuerdo? La respuesta a ella es que podrán deducir su oposición en los términos del artículo 75 del LCQ, impidiendo de esta forma que el juez proceda a la homologación referida anteriormente, quitándole estabilidad y eficacia colectiva al acuerdo.(19)

4. CONSIDERACIONES FINALES: NUESTRA POSTURA

Como afirmamos en la introducción de este trabajo, la crisis devenida por la pandemia hace imperiosa la búsqueda de alternativas judiciales que, en forma preventiva, permitan superar las dificultades por las que atraviesan las empresas en nuestro

país. Desde nuestra óptica, una de ellas la brinda la ley 24522, a través del APE, permitiendo hacer uso de una herramienta alternativa a las figuras típicas del derecho concursal argentino, aun cuando no exista un estado de cesación de pagos.

Dadas las características propias de este instituto, creemos que **el APE se erige como un camino viable frente al tradicional concurso preventivo** siempre teniendo en cuenta las peculiaridades específicas de cada caso en particular. Desde allí, se hace necesario exponer una serie de ventajas que permiten sostener nuestra idea:

- i. **La extrajudicialidad**, le ofrece al deudor una mayor flexibilidad a la hora de la negociación con los acreedores involucrados.
- ii. La **libertad de contenidos** otorga una mayor discrecionalidad para poder negociar con los acreedores y obtener un resultado exitoso.
- iii. resultado exitoso.
- iv. **Propuestas direccionadas** según las características de cada caso, dado que el deudor negocia de manera privada con cada acreedor, por lo que la solicitud de homologación se realizará con un acuerdo “ya cerrado”.
- v. **No hay designación de síndico**, por lo tanto, no hay regulación de honorarios en ese sentido. Es por ello que la que pudiere derivarse de actuaciones profesionales solo estará vinculada a la actividad impugnatoria. De cualquier manera es importante destacar que la ausencia de un órgano técnico especializado puede resultar una debilidad de esta herramienta. En este punto sobresale la visión del Dr. Vítolo, que incluye como crítica al APE la inexistencia de un síndico que sea soporte del juez: “...y tampoco hay un órgano concursal, o un funcionario auxiliar del juez en el proceso...”.(20)
- vi. Se elude el **proceso de verificación de créditos**, así como tampoco existe el período de exclusividad; por lo que decimos que existe la posibilidad de lograr resultados con mayor rapidez que en el concurso preventivo. La inexistencia de un control y monitoreo por parte de una sindicatura y un juez genera una mayor celeridad a la hora de tomar decisiones por parte del deudor.
- vii. **El incumplimiento del acuerdo no produce la declaración de la quiebra del deudor**. Dice Rouillon: “Por otro lado, el incumplimiento de estos acuerdos se rige igualmente por la legislación contractual y, en consecuencia, no da lugar a

la automática declaración de quiebra (indirecta) del deudor”(21). A pesar de ello es interesante destacar que un acreedor interesado, ante el incumplimiento del acuerdo, podrá solicitarla.

Como contrapartida a lo expuesto en el párrafo anterior es necesario aclarar que en la práctica existen factores que inciden de una manera negativa al momento de optar por el APE, como una alternativa superadora.

La principal crítica deviene, a nuestro entender, de la dinámica propia del empresariado argentino y su estructura de razonamiento al momento de negociar. Tengamos en cuenta que en nuestro país, generalmente, “el rigor” es la figura que alinea tanto al deudor como a sus acreedores en la búsqueda de una salida al problema de la insolvencia.

El concurso preventivo es, sin lugar a mayores dudas, quien propone una estructura de negociación que acorrara a ambas partes y los disciplina en la búsqueda de una solución que implica, por la dinámica propia del mismo, alcanzar y superar una vara más alta en todo sentido. Esto es: conseguir una solución colectiva y conveniente que beneficie a todas las partes involucradas sin sesgos que beneficien particularmente a algunas partes en desmedro de las otras.

COLOFÓN

Los argumentos expuestos en este apartado, a pesar de los aspectos negativos abordados, sustentan nuestra afirmación: la pertinencia e idoneidad del APE como una herramienta judicial dinámica para superar la problemática de la insolvencia empresarial sobre la base de un acuerdo de partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Di Tullio, José A.; Macagno, Ariel A. Germán y Chiavassa, Eduardo N.: “Concursos y quiebras: reforma de las leyes 25563 y 25589” - 1ª ed. - Depalma - Bs. As. - 2002.
- Heredia, Pablo D.: “Tratado exegético de derecho concursal” - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2000.
- Lorenzetti, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” - 1ª ed. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2014.
- Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos: “Ley de concursos y quiebras comentada” - 4ª ed. - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2018.
- Kiperman, Enrique H.: “Perspectiva patrimonial” - Enoikos - Bs. As. - 1996.
- Lorenzetti, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” - 1ª ed. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2014.
- Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R.: “Ley de concursos y quiebras” - 4ª ed. act. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2009.

- Roullion, Adolfo A. N.: "Régimen de concursos y quiebras" -17ª ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015.

- Vítolo, Daniel R.: "Ley de concursos y quiebras: doctrina y jurisprudencia" - 1ª ed. rev. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2019.

ÍNDICE TEMÁTICO DE FALLOS

- APE, Caracterización. CNCom. - Sala F - 10/8/2017, "Raiser SA s/acuerdo preventivo extrajudicial".

- Efectos del acuerdo homologado. CNCom. - Sala B - 16/12/2000, "Castel SA".

- Libertad de contenido, caracterización. CNCom. - Sala A - 22/12/2005, "Chartier, Adolfo R." - 35003293.

- Libertad de contenido, límites. CNCom. - Sala B - 26/8/2004, "Servicios y calidad".

Nota:

(1) Fuente: <https://www.indec.gob.ar> - Consulta: febrero/2021

(2) Kiperman, Enrique H.: "Perspectiva patrimonial" - Enoikos - Bs. As. - 1996 - pág. 24

(3) "El objeto del acuerdo preventivo extrajudicial se centra en el programa de autocomposición activa y pasiva establecido entre el deudor y sus acreedores, quienes articulan una relevante negociación extrajudicial tendiente a agilizar la reorganización económica y financiera de la empresa y que incluso procede cuando el deudor no ha caído en estado de cesación de pagos. Para acceder este régimen de acuerdo extrajudicial no resulta estrictamente necesario que el deudor se encuentre en cesación de pagos, aunque puede estarlo, sino que resulta suficiente que se encuentre en dificultades económicas o financieras de carácter general" ("Raiser SA s/acuerdo preventivo extrajudicial" - CNCom. - Sala F - 10/8/2017) - Fuente: Vítolo, Daniel R.: "Ley de concursos y quiebras: doctrina y jurisprudencia" - 1ª ed. rev. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2019 - pág. 346

(4) "Para acceder este régimen de acuerdo extrajudicial no resulta estrictamente necesario que el deudor se encuentre en cesación de pagos, aunque puede estarlo, sino que resulta suficiente que se encuentre en dificultades económicas o financieras de carácter general" - Vítolo, Daniel R.: "Ley de concursos y quiebras: doctrina y jurisprudencia" - 1ª ed. rev. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2019 - págs. 343/4

(5) "La naturaleza contractual de los acuerdos preconcursales a la que alude Provinciali es clara. No puede dudarse de ella, dice con énfasis Ragusa Maggiore, citando la opinión coincidente de Santi Frascaroli. Estos acuerdos ingresan en la teoría general de los contratos, según coinciden Manuel Cuzzeri y Antonio Cicu. Contrato ordinario, sujeto a las reglas del derecho común, afirmó entre nosotros Dhers en la década del 30" - Heredia, Pablo D.: "Tratado exegético de derecho concursal" - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2000 - T. 2 - pág. 523

(6) "Por nuestra parte interpretamos, como lo hacen otros autores nacionales, que efectivamente el concordato preconcursal encierra un contrato único y no un conjunto

de acuerdos individuales, siendo tal su condición en el caso de que no comprenda a la totalidad de los acreedores” - Heredia, Pablo D.: “Tratado exegético de derecho concursal” - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2000 - T. 2 - pág. 525

(7) Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos: “Ley de concursos y quiebras comentada” - 4ª ed. - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2018 - T. 1 - pág. 528

(8) Art. 957, CCyCo. - (Definición): Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Art. 959, CCyCo. - (Efecto vinculante): Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

Art. 2651, CCyCo. - (Autonomía de la voluntad. Reglas). Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato

(9) Lorenzetti, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” - 1ª ed. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2014 - T. V - pág. 534

(10) “Las partes tienen la facultad de elegir el derecho al cual someter sus contratos prácticamente en todos los aspectos que lo integran”
- Lorenzetti, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” - 1ª ed. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2014 - T. XI - pág. 635

(11) “La libertad de contratación es una consecuencia del principio de la autonomía privada. Comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va a hacerlo -libertad de conclusión- y, por otro, la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato -libertad de configuración interna-” - Heredia, Pablo D.: “Tratado exegético de derecho concursal” - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2000 - T. 2 - pág. 551

(12) “Es cierto que la LC, artículo 71 prevé que la partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses... Empero esa facultad de las partes halla límite en lo establecido por el Código Civil, artículos 953, 1071 y concordantes... La sala destaca que la libertad de contenidos en el acuerdo autorizada por aquella regla jurídica, debe preservar cierta razonabilidad; de modo que en el acuerdo debe existir cierta homogeneidad y equivalencia para lograr su imposición a los acreedores disidentes” (“Servicios y Calidad” - CNCom. - Sala B - 26/8/2004) - Fuente: Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R.: “Ley de concursos y quiebras” - 4ª ed. act.
- Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2009 - T. 2 - pág. 614

(13) Roullion, Adolfo A. N.: “Régimen de concursos y quiebras” - 17ª ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015 - pág. 181

(14) “Chartier, Adolfo R.” - CNCom. - Sala A - 22/12/2005 - 3500329 - Fuente: Vítolo, Daniel R.: “Ley de concursos y quiebras: doctrina y jurisprudencia” - 1ª ed. rev. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2019 - pág. 351

(15) Art. 76, L. 24522

(16) Di Tullio, José A.; Macagno, Ariel A. G. y Chiavassa, Eduardo N.: “Concursos y

quiebras: reforma de las leyes 25563 y 25589” - 1ª ed.
- Ed. Depalma - Bs. As. - 2002 - pág. 260

(17) “Castel SA” - CNCom. - Sala B - 16/12/2000 - Fuente: Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R.: “Ley de concursos y quiebras” - 4ª ed. act. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2009 - T. 2 - pág. 500

(18) “La ley 24522 requiere la concurrencia de una cierta mayoría de acreedores y de capitales para que el deudor puede obtener la homologación del acuerdo. El de las mayorías es, entonces, un recaudo para lograr la aprobación judicial, pero nada más que eso. Si el acuerdo no reúne esas mayorías no deja de ser tal por ello, sino que solamente no será homologable y, correlativamente, tampoco gozará de la eficacia externa (oponibilidad frente a los acreedores no participantes)...” - Heredia, Pablo D.: “Tratado exegético de derecho concursal” - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2000 - T. 2 - pág. 593

(19) “El juicio y decisión sobre los aspectos empresariales del acuerdo preventivo extrajudicial, quedan librados al criterio de los acreedores otorgantes del acuerdo” - Rouillon, Adolfo A. N.: “Régimen de concursos y quiebras” - 17ª ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015 - pág. 181

(20) Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R.: “Ley de concursos y quiebras” - 4ª ed. act. - Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - 2009 - T. 2 - pág. 644

(21) Rouillon, Adolfo A. N.: “Régimen de concursos y quiebras” - 17ª ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 2015 - pág. 179