

**7) Grupo de investigación 7: “Contenido mínimo exigible a una propuesta concordataria para imponerse a disidentes a la luz de los principios generales del derecho”**  
**Coordinadores:**

**Daniel Truffat (Argentina) Dr. Armando Vargas (Méjico)**

**Integrantes del grupo:**

- a. Daniel Truffat. “Hacia una teoría general de las condiciones de obligatoriedad de una propuesta concordataria respecto de disidentes y tardíos”.
- b. Carolina Ferro. (Argentina). “Facultad judicial de aprobar, rechazar o imponer la propuesta de acuerdo formulada por el deudor”.
- c. Juan Luis Goldemberg Serrano (Chile).” “Los efectos del acuerdo de reorganización respecto a los acreedores no concurrentes y disidentes en la legislación concursal chilena”.
- d. Juan Carlos Rodríguez Maseda (España). “Las soluciones convenidas al concurso en vía judicial y extrajudicial en el ordenamiento jurídico español y la situación jurídica de los acreedores no firmantes del acuerdo”.
- e. Armando Vargas Ramos (Méjico). “Límites del arbitrio judicial en la aprobación del convenio concursal”.
- f. Jean Paul Brousset (Perú). “La oponibilidad del acuerdo de los acreedores en el concurso peruano”.
- g. Lucía Grazioli Milburn (Uruguay). “Obligatoriedad de los convenios concursales en la legislación uruguaya. La situación de los acreedores disidentes y de los acreedores tardíos”.
- h. Efraín Hugo Richard (Argentina). “Propuesta de acuerdo para acreedores quirografarios y su homologación en concurso de sociedades en la legislación Argentina”.

**CONCURSOS MERCANTILES.**

**LÍMITES OBLIGACIONALES PARA LOS ACREEDORES NO SUSCRIPTORES DEL CONVENIO CONCURSAL.**

*Jean Paul BROUSSET*

*Carolina FERRO*

*Juan Luis GOLDENBERG SERRANO*

*Lucía GRAZIOLI MILBURN*

*Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA*

*Efrain Hugo RICHARD*

*E. Daniel TRUFFAT - Armando VARGAS RAMOS (Coordinadores)*

**ÍNDICE**

**Capítulo Uno: Hacia una teoría general de las condiciones de obligatoriedad de una propuesta concordataria respecto de disidentes y tardíos. E. Daniel Truffat (Argentina).**

- Problemática de la insuficiencia dogmática de la remisión a la ley positiva.
- Inviolabilidad de la propiedad. Relativización del principio de inviolabilidad de la propiedad ante la hipótesis liberatoria consistente en la imposibilidad de cumplimiento.
- El acuerdo de mayorías como mecanismo para superar tal imposibilidad.
- Exigencias mínimas del acuerdo mayoritario.
- Mayorías calificadas.
- Ausencia de tráfico de voto.
- Tratamiento igualitario.
- La igualdad de los iguales en el derecho concursal. Posibilidad de categorizar y efectuar propuestas diferenciadas.
- La ausencia de discriminación arbitraria como garantía de igualdad.
- Desigualdades impuestas por la buena fe: los acreedores involuntarios.
- Recaudos mínimos de objetividad en la categorización.
- Imposibilidad de admitir propuesta supletoria coactiva (propuesta de hierro).
- Recaudos mínimos de la propuesta: seriedad, pago mínimo y tiempo máximo.
- Vía subjetiva: prevención del abuso y exigencia de máximo esfuerzo.

- Mecanismos de adaptación en el cumplimiento de la propuesta para disidentes y tardíos.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Dos: Facultad judicial de aprobar, rechazar o imponer la propuesta de acuerdo formulada por el deudor. Carolina Ferro (Argentina).**

- La finalidad para la sociedad de la existencia del proceso de concurso preventivo (de reorganización).
- La importancia de los efectos del acuerdo homologado.
- Tipos de propuestas de acuerdo que puede formular el deudor. Categorización.
- Principales destinatarios de la propuesta de acuerdo.
- Los Acreedores comunes.
- Acreedores privilegiados en general.
- Acreedores privilegiados laborales.
- Acreedores privilegiados fiscales.
- El alcance de la discrecionalidad judicial.
- Facultades judiciales para negar la aprobación de la propuesta conformada por los acreedores.
- La Facultad del juez de imponer el acuerdo a los acreedores. El cramdown power argentino.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Tres. Los efectos del acuerdo de reorganización respecto a los acreedores no concurrentes y disidentes en la legislación concursal chilena. Juan Luis Goldenberg Serrano (Chile).**

- Contexto del nuevo sistema concursal chileno (Ley N° 20.720).
- La reorganización de la empresa deudora: planteamiento general.
- Presupuesto subjetivo: la configuración legal de la empresa deudora.
- Presupuesto objetivo.
- El inicio del procedimiento concursal de reorganización y sus efectos en los derechos de los acreedores.
- Los incentivos a la conservación de la empresa y sus efectos en los derechos de los acreedores.
- La determinación del pasivo en el procedimiento concursal de reorganización como forma de fijar el derecho a voto de los acreedores.

- La propuesta de acuerdo de reorganización.
- Oportunidad.
- Posibilidad de división del acuerdo en clases o categorías de acreedores valistas y acreedores garantizados.
- La igualdad de los acreedores al interior de las clases: justificación y excepciones.
- La aprobación del acuerdo: el voto conforme en la junta de acreedores y las limitadas funciones del tribunal.
- Los efectos del acuerdo aprobado respecto a los acreedores.
- Efectos para los acreedores garantizados.
- Efectos para los acreedores valistas.
- Efectos para los acreedores pospuestos.
- Planteamiento general.
- Tipología de los créditos legalmente pospuestos en el marco del procedimiento concursal de reorganización.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Cuatro: Las soluciones convenidas al concurso en vía judicial y extrajudicial en el ordenamiento jurídico español y la situación jurídica de los acreedores no firmantes del acuerdo. Juan Carlos Rodríguez Maseda (España).**

- La configuración de la masa pasiva del concurso en vía judicial.
- El protagonismo de la administración concursal.
- La regulación del denominado reconocimiento forzoso.
- La clasificación de créditos y el sistema de privilegios.
- Créditos con privilegio especial y general.
- Créditos ordinarios.
- Créditos subordinados.
- Comunicaciones tardías o alternativas en sede procesal.
- Crédito y fase de convenio en el proceso concursal. Algunas referencias a la fase de liquidación.
- La eficacia y el cumplimiento del convenio. La extensión subjetiva.
- Los acreedores no reconocidos frente al convenio.
- Las posturas del Tribunal Supremo.
- Las soluciones prejudiciales a la insolvencia.
- El acuerdo extrajudicial de pagos.

- El contenido de la propuesta.
- El acuerdo y su extensión subjetiva.
- Intervención judicial.
- Los acuerdos de refinanciación y su homologación: la Disposición Adicional Cuarta de la ley concursal.
- El efecto de arrastre.
- La intervención judicial.
- Consideraciones globales y análisis de otras herramientas vinculadas.
- El artículo 71 bis.
- La regulación legal.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Cinco: Límites del arbitrio judicial en la aprobación del convenio concursal. Armando Vargas Ramos (México).**

- El interés público de la ley de concursos mercantiles.
- Requisitos formales del convenio de acreedores.
- Estipulaciones del convenio concursal.
- La eficacia del convenio concursal.
- Acreedores suscriptores del concordato.
- La presunción de eficacia.
- Acreedores disidentes.
- Acreedores con garantía real.
- Acreedores con privilegio especial.
- Acreedores comunes.
- La aprobación del convenio y el arbitrio judicial.
- Efectos sobre los suscriptores.
- Acreedores con garantía real o privilegio especial no firmantes del convenio.
- Imposición del convenio a los acreedores comunes disidentes.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Seis: La oponibilidad del acuerdo de los acreedores en el concurso peruano. Jean Paul Brousset (Perú).**

- Consideraciones en torno a un nuevo derecho concursal de corte social.

- Principales características obligacionales de los acuerdos que se pueden adoptar en el marco de la ley concursal peruana (Ley 27908).
- El concurso y las modificaciones al derecho general de las obligaciones. Suspensión de exigibilidad de las obligaciones. Críticas a la oponibilidad de los efectos del concurso.
- Los tipos de concurso y sus características especiales.
- El plan de reestructuración al interior del procedimiento ordinario.
- El acuerdo global de refinanciamiento al interior del concurso preventivo.
- Afectaciones a las obligaciones concursales.
- Afectaciones a las obligaciones de los acreedores reconocidos en el concurso. Régimen general en el concurso.
- Afectaciones a las obligaciones de los acreedores tardíos y a los acreedores no reconocidos en el concurso. Régimen especial.
- Límites del pacto entre acreedores y deudor. Supuestos de nulidad de acuerdos.
- Inacción de la junta. Facultades del INDECOPI.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Siete: Obligatoriedad de los convenios concursales en la legislación uruguaya. La situación de los acreedores disidentes y de los acreedores tardíos. Lucía Grazioli Milburn (Uruguay).**

- Convenio de acreedores.
- El convenio como manifestación del principio de conservación de empresas viables.
- Modalidades: convenio judicial y extrajudicial.
- Requisitos del convenio de acreedores.
- Formalidades y plazos.
- Contenido del convenio
- Categorías de acreedores.
- Plan de continuación o de liquidación.
- Otros requisitos del convenio.
- Consideración y aprobación de la propuesta por la Junta de Acreedores.
- Acreedores excluidos del voto.
- Voto de acreedores privilegiados generales y especiales.
- Situación de los acreedores subordinados.
- Principio de preeminencia de las mayorías.
- Mayorías exigidas para la aprobación del convenio en la junta de acreedores.

- Consentimiento individual de acreedores.
- Mayorías exigidas en el convenio con adhesión privada de acreedores (convenio extrajudicial).
- Aprobación judicial del convenio. Oposición a la aprobación.
- Legitimación de los acreedores disidentes para oponerse a la aprobación judicial del convenio.
- Causas de oposición.
- Aprobación judicial del convenio. Facultades del juez concursal.
- Efectos de la aprobación del convenio sobre los acreedores. Situación de acreedores disidentes y tardíos.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

**Capítulo Ocho: Propuesta de acuerdo para acreedores quirografarios y su homologación en concurso de sociedades en la legislación Argentina. Efraín Hugo Richard (Argentina).**

- Delimitación del contenido y apreciaciones iniciales.
- El método para analizar las quitas en concurso de sociedades.
- La integración sistémica.
- El sujeto del concurso y la legalidad de la propuesta.
- Sobre la legalidad y admisibilidad de la propuesta.
- La certeza de la propuesta.
- Las costumbres contra leggem.
- La legalidad de la propuesta.
- Órgano societario legitimado para formalizar la propuesta.
- La integración de las propuestas.
- Existencia de un régimen de administración.
- Constitución del comité de acreedores.
- El aspecto económico de la propuesta.
- Sobre la mayoría de acreedores que votan la propuesta.
- La homologación de la propuesta. El mínimo.
- Crisis financiera y pérdida del capital social.
- La profundidad de la crisis: abuso de derecho o fraude a la ley.
- La tercera vía para imponer la solución concursal.
- Sobre el contenido mínimo de la propuesta en materia económica.

- Tres fallos.
- Doctrinariamente.
- Los fundamentos subrayables de los fallos.
- La funcionalidad societaria.
- La tempestividad.
- Prioridad normativa. Recapitulando.
- Protección a la sociedad y a los terceros del accionar de los socios.
- Libertad de asociarse y operar, sin dañar.
- La función o causa de las normas imperativas.
- La responsabilidad de administradores y socios.
- La novación.
- Otros antecedentes.
- El cambio de paradigma: casos jurisprudenciales.
- Verificación y calificación.
- Otro fallo como antecedente.
- La conservación de la empresa viable.
- Sobre el mínimo imponible a los disidentes o que no expresaron su voluntad en la legislación argentina. Las quitas en concurso de sociedades. El abuso de derecho y el fraude a la ley societaria.
- El minimum en el concurso de personas humanas y su inaplicabilidad a las jurídicas.
- El esfuerzo compartido en concurso de sociedades.
- La judicatura ante propuestas de quita en concurso de sociedades.
- De nuevo sobre homologación de acuerdo en concurso de sociedad.
- Efectos del abuso o del fraude a la ley en el supuesto.
- Meditando sobre abuso o fraude a la ley societaria por quitas concursales.
- Conclusiones.
- Bibliografía.



**CAPITULO UNO****HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LAS CONDICIONES DE OBLIGATORIEDAD DE UNA  
PROPUESTA CONCORDATARIA RESPECTO DE DISIDENTES Y TARDÍOS.*****E. Daniel TRUFFAT - Argentina*****Problemática de la insuficiencia dogmática de la remisión a la ley positiva.**

La respuesta más obvia respecto de las condiciones de obligatoriedad de una propuesta concordataria respecto de disidentes y tardíos es remitirse a que lo será por expresa decisión legal.

En verdad lo habitual es que la propuesta (debidamente aprobada y homologada, así que tal vez en vez de “propuesta” lo correcto sería hablar de “acuerdo” o “concordato”) es vinculante para todo el universo de acreedores alcanzado por ella en función de lo que prescribe la ley. Pero también es cierto que como los aceptantes han expresado su voluntad afirmativa, generando entonces un tipo de vínculo que se entiende suscitado por la autonomía de la voluntad, al enseñarse académicamente lo que suele enfatizarse es que la propuesta (de nuevo: el acuerdo), una vez tornado más firme y solemne por decisión estatal –habitualmente judicial-, es decir, una vez “homologado” o “confirmado”, también sujeta a quienes integrando tal universo no están de acuerdo con él o aún no han sido reconocidos como acreedores e, incluso, han manifestado olímpico interés o desconocimiento del supuesto y jamás se han apersonado para estar “a derecho” en el tema.

En los Estados democráticos cabales no basta con la voluntad del Legislador porque este carece de soberanía para hacer la ley. Obvio que los representantes del pueblo cuentan con plena discrecionalidad política y a ellos cabe elegir el cuándo y el cómo de las normas –y que esto, habitualmente, no es cuestión judicial-. Pero su decisión deberá ajustarse al régimen supralegal emergente de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y, básicamente, la tal elección del cuándo y en especial del cómo deberá someterse a los principios ya citados de tal suerte que exista algún grado de concordancia entre unos y otra. La ley deberá ser racional, ajustar sus soluciones y efectos de manera proporcional a aquello que persigue y si no se somete a tales parámetros, claramente resultará violatoria de su propio sistema constitucional. Aquellos que somos hijos lejanos del fallo del Juez Marshall “Madbury vs. Madison”, estamos convencidos que el Legislador no es “el intérprete de la ley”<sup>1</sup> porque tal sistema –bien inspirado y con defensores de la talla de Jefferson y ciertamente respetuoso de la voluntad popular- pone en riesgo la finalidad última de las Constituciones (y de todo el sistema jurídico) al pretender que las leyes no están sujetas a revisión judicial. Es menester una agencia estatal (vgr. el Poder Judicial) que garantice la supremacía de las normas y principios constitucionales por encima del día a día que puede inspirar y motivar una ley en concreto. Y como el infierno se esconde en los detalles y en la letra chica, es obvio que tal revisión debe alcanzar no sólo la general idea de racionalidad para la norma de grado menor (la ley) sino también pretende su ajuste a la norma superior (la

---

1 Esto es tanto como señalar que por estar en juego la voluntad popular, representada por los legisladores, no sería admisible que un Poder de origen no electivo (el Poder Judicial) invalidara alguna decisión de éstos. Tesis ésta que alumbraron los revolucionarios franceses –porque desconfiaban de los jueces- pero que en los tiempos que corren resulta contraria al fin democrático perseguido; permitiendo la hipotética dictadura de una asamblea electiva (casualmente, como ocurrió en Francia con la Convención)

Constitución) en su concepción y en sus previsiones.

Así pues, hurgar e indagar sobre el fundamento de la coactividad del concordato para los disidentes y tardíos, más allá de la mera previsión legal, aparece como un modo de garantizar la racionalidad de tal dispositivo en el caso concreto y como una vía para estudiar cuánto y de qué manera esas previsiones específicas son lógica y proporcional consecuencia para la consecución de los fines propios del sistema, en sujeción a las Constituciones Nacionales y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Richard sostiene algo similar con un preciso texto: “Toda norma debe tener una legitimación. La primera debe ser su necesidad frente a una circunstancia o una realidad estructural. Esto hace a la economía del derecho: pocas normas pero efectivas, para intervenir conforme esa necesidad (sea para facilitar la autonomía de la voluntad o intervenir el Estado para equilibrar situaciones). La segunda, su justificación axiológica, en orden a la causa de la norma y de los efectos pretendidos”.<sup>2</sup>

Una cantera inagotable de análisis de tales parámetros es, básicamente, el apuntar el ajuste de los sistemas legales a ciertos principios jurídicos básicos y elementales. Cada Nación tendrá sus particularidades, sus bemoles, sus sutilezas, sus mañas incorporadas como capas geológicas en la legislación vigente, o sus más o menos sensatos o alocados experimentos en leyes recientes y con pretensiones de vanguardia. En cualquier caso en un escenario de propiedad privada y de gestión privada de los negocios (con la mayor o menor intensidad en cada sistema de la relativización de la inviolabilidad de la propiedad privada o de actuación conjunta y simultánea de la gestión privada con la gestión pública), parece lógico sentar que un sistema que estableciera que el acuerdo de mayoría es vinculante para los disidentes y tardíos “porque sí”, o porque así se ha venido haciendo, no satisfaría la pretensión mínima de seriedad y racionalidad que cabe esperar de una respuesta. El ukase no es propio de Naciones democráticas. Tal vez los Zares o sus émulo modernos (fuera cual fuese el título que portan) gusten de tal modo de razonar (si que tal operación puede ser considerada propia de la razón), pero es intolerable en gente que se pretende cultora del Derecho.

La fuerza coactiva formal surgirá, es evidente, de una previsión legal. Pero la fuerza de la convicción (eso que Unamuno sabía que jamás tendrían los alzados contra la República y por eso les profetizó que vencerían pero no convencerían) exige determinar si el susodicho carácter vinculante para los disidentes y ausentes, surge en función –además de la finalidad última del sistema, que es obtener acuerdos de mayorías para superar la cesación- del cuidado de ciertos parámetros y detalles que garanticen a los tales disidentes y tardíos un mínimo de dignidad en su posición. Que garanticen que no habrá ni manejo espurio de mayorías en su contra ni otorgamiento de ventajas indebidas a los partícipes actuales ni falta de seriedad en el tratamiento del tópic.

Es sabido que frente al fenómeno deletéreo de la cesación de pagos (imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones) el derecho concursal suele responder de dos modos diametralmente diversos y que emplean procesos y mecanismos muy distintos (sin que haga a la exposición la circunstancia que, hoy por hoy, en muchos sistemas se niega al deudor elegir en cual de ambos situarse, que todo ellos prevean sistemas para pasar del medio menos agresivo a aquel que predica la solución más drástica o que existan sistemas legales donde es posible hacer lo

---

<sup>2</sup> Richard, Efraín Hugo, “Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)”, Summa Concursal Buenos Aires –director Etcheverry Raúl-, Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 594

inverso). Uno de los sistemas están previsto para sujetos que se entiende que no son recuperables, que por más que tramiten un largo proceso y obtengan tiempo, jamás volverán a levantarse sobre sus pies y podrán atender sus deudas y seguir adelante. A esos deudores se les dispensa la vía liquidativa (la quiebra), habitualmente – cuando son entes relacionales- declarándolos disueltos, liquidando sus activos (para que vuelvan rápidamente al ciclo productivo del mercado, teóricamente en manos más hábiles), y abriendo acciones de investigación y de reversión de ciertos actos jurídicos o de responsabilización de administradores y terceros.

En cambio, cuando el sujeto en crisis aparece como susceptible de abonar el pasivo que actualmente no puede atender y mantenerse como sujeto útil dador de trabajo y proveer de bienes y servicios, en la medida que obtenga tiempo o quitas o cambio de la especie en que debe abonar, se activa una solución convencional –dado que tales mutaciones se obtienen en un acuerdo de mayorías, habitualmente hiposuficiente para obtener la superación de la cesación porque exige pronunciamiento judicial expreso-. Tales convenciones pueden celebrarse con todos los acreedores que integran un cierto subuniverso (usualmente definido temporalmente por la antelación a la presentación en concurso), pero es común que no todos ellos sean admitidos a tal discusión – porque uno de los secretos del sistema es el control correspectivo de los títulos de los sedicentes acreedores- y que algunos demoren su presentación y otros derechamente ni aparezcan.

Los recaudos, los cuidados, aquellos “mínimos” que debería tener el acuerdo aprobado y su concepción e instrumentación, para que lo decidido por “los demás” sea vinculante, conforme reglas básicas e intuitivas de Derecho, para estos que no fueron admitidos al debate o que se quedaron fuera por propia mora o desinterés, es el núcleo de aquello que se busca analizar en esta aproximación a una Teoría General de la cuestión.

No se ignora que hay otros valores relevantes en juego: la conservación de la empresa, su preservación como dadora de trabajo, etc. Todos estos argumentos, salvo hipótesis extremas donde los jueces eligen políticamente entre lo correcto jurídicamente y lo viable socialmente (por todos: la confirmación del plan en el caso GM en los Estados Unidos), son argumentos de refuerzo para viabilizar una homologación trabajosa. El salvataje de una empresa en crisis pesa, si es que ello acaece, sobre la sociedad, es decir sobre el Estado. Imponerla a particulares es tanto como una expropiación sin indemnización previa.

Va de suyo que en situaciones de duda,azonadas por la circunstancia de que muchas veces la solución preventiva es casi la única vía de cobro porque hay convicción que la liquidación arrojará un resultado groseramente insatisfactorio, cuestiones como la antedicha tienen un peso relevante. En particular, la cuestión social emergente de la preservación de la fuente de empleo. Ha habido casos donde se ponderaron otros derechos sociales, tal el caso –en Argentina- de “Editorial Perfil” donde se entendió que homologar un concordato que preveía una quita muy significativa era plausible en el caso, además de por otras razones, porque ello atendía a la libertad de prensa (valor de altísimo rango constitucional). Se dijo en ese último e interesante supuesto:

*“De otro lado, y con idéntica amplia apreciación de las circunstancias del caso, cabe tener presente la particular trascendencia que posee en el régimen democrático la actividad fundamental de la concursada, en tanto se refiere al ejercicio de la libertad de expresión por medio de la prensa (conf. cláusula tercera del contrato social copiado en fs. 73/78. En este orden de ideas, cabe recordar que la prensa es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la administración. Tiene por función política,*

*mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a los ciudadanos vigilar el funcionamiento del gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción del gobierno (CSJN, Fallos 312:916, considerando 6° del voto del juez Fayt). Y es que, en definitiva, el derecho a la información opera como vínculo permanente entre las libertades públicas y el principio democrático (conf. A. Fernández Miranda y Campoamor, Art. 20: libertad de expresión y derecho de la información, reg. en "Comentarios a las Leyes Políticas - Constitución española de 1978", vol. II, pág. 502, Madrid, 1984), pues, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión no sólo posee una dimensión individual, en cuanto es un derecho humano de todas las personas para acceder, expresar o difundir sus ideas y opiniones, sino que además tiene una dimensión colectiva, con lo cual se convierte en un derecho vital para garantizar la democracia (conf. Opinión Consultiva n° 5/85, del 13/9/1985, parágrafo 32). 9.- Como consecuencia de la importancia estratégica que en el marco de la democracia tienen las empresas periodísticas según lo precedentemente dicho, ha podido disponer el art. 11 del Código Europeo de Deontología del Periodismo, en criterio que cabe compartir, que "...Las empresas de información deben ser consideradas como empresas socioeconómicas que hagan posible la prestación de un derecho fundamental...". Al ser ello así, no es dudoso el carácter de empresa de interés público que tiene la concursada. Y, sobre la base de tal entendimiento, resulta naturalmente adecuado acudir a un criterio más flexible y tolerante (inclusive diferencial con relación a otros sujetos concursables, y acaso excepcional) a la hora de evaluar la homologabilidad de un acuerdo de reestructuración de deuda de empresas como Editorial Perfil S.A., máxime ponderando la amplia aceptación que en el caso la propuesta de arreglo tuvo de parte de los acreedores, y como modo de dar cabal aplicación a uno de los principios orientadores de la legislación concursal que es, como lo expresara la Exposición de Motivos de la ley 19.551, la conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad (art. 4°, inc. b, de las Consideraciones Generales)".<sup>3</sup>*

Corresponde insistir, sin embargo, que teniendo en miras los derechos de los disidentes y tardíos como norte del análisis, debe ponderarse primordialmente cuestiones atinentes a la satisfacción de tales derechos. Y todo lo demás, aun cuando sea un demás tan valioso como el mantenimiento de la fuente de trabajo, no parece suficiente de suyo para imponer una propuesta muy gravosa para los acreedores.

Es obvio que cuanto se dirá aquí sobre la seriedad de la propuesta, sobre su factibilidad, sobre la prevención de desigualdad o de vulneración de la voluntad colectiva por vía de tráfico de voto, es también aplicable a los acreedores que aceptaron la oferta del deudor. Pero es menester ponderar que estos, al final del día, se sometieron voluntariamente a tal plan de rescate. Les pareció mejor. O plausible. O lo único posible. Pusieron su voluntad expresa en validar el acuerdo. Volvieron a darle crédito al deudor, es decir: volvieron a creerle. O se resignaron y prefirieron la aceptación como mal menor.

La libertad para decidir aceptar o no hacerlo es de la esencia del convenio de salvataje. Los acreedores son habitualmente privados de su capacidad de agresión patrimonial y se les exige "revalidar títulos" (a través de algún sistema verificadorio o de control sindical). Prácticamente el único derecho intangible que les queda, en la práctica, es decir sí o no. Es cierto que hay supuestos de exclusiones legales o desarrollos jurisprudenciales, como el argentino, que admiten apartamientos por entender que se está ante un mero "prestanombre" del deudor o de un sujeto

---

<sup>3</sup> Editorial Perfil S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 19.9.07

que tiene su voluntad captada por éste o que se está ante un acreedor que incurre en ejercicio disfuncional de derecho a través de una hostilidad inadmisibles. Pero la regla es la posibilidad de decidir si se acepta o no el acuerdo. Y quien lo hace se coloca voluntariamente en tal situación. Tiene derecho a que los jueces tutelen que los demás decidieron adecuadamente y que no hubo tráfico de voto, a que se revise que lo que se le ofreció es serio y objetivamente cumplible. Pero la intensidad de la tutela no es igual a aquella que exigen los disidentes y tardíos.

Todos las construcciones que admiten tolerancia con las reglas liminares de la concursabilidad, a la hora de determinar el contenido de un acuerdo, hacen la excepción del inusual (y casi imposible por no haber casi manera de conocer la íntegra y definitiva integración del pasivo concursal) caso de acuerdo unánime. Ello prueba que la homologación o confirmación está básicamente para tutelar, a la par del respeto al orden público, a aquellos constreñidos a someterse a un acuerdo de mayorías que no aceptaron.

Sin embargo no debe olvidarse lo antedicho al leer este trabajo en el sentido que los mismos principios que justifican moral y racionalmente la sujeción de los disidentes, son principios que también brillan y se aplican (al menos en la mayoría de los casos) a los acreedores que prestaron conformidad.

En algún punto no deja de ser paradójico que las mismas bases que sustentan el convenio sustenten la obligatoriedad para quienes no quisieron integrarlo, pero quedaron sometidos a él por imperio legal.

Hay en la legislación casos especialísimos de concordatos que son mera imposición de plan por los jueces “concordatos de autoridad”. Ahí es como que todos son potenciales disidentes, pues su decisión no fue pedida y por ende no fue tenida en cuenta. Se los puede admitir en hipótesis extremas, en economías en guerra o situaciones de angustia, ya se verá en el caso particularísimo de pequeños deudores que sean primordialmente meros consumidores sobreendeudados, pero en general transitan, un capítulo propio que es derecho de excepción. Solo suelen ser regla en regímenes autoritarios –tal como ocurría en el tristemente célebre régimen nazi o durante el gobierno proto fascista de Getulio Vargas en Brasil-.

Inviolabilidad de la propiedad. Relativización del principio ante la hipótesis liberatoria consistente en la imposibilidad de cumplimiento.

En los sistemas capitalistas –sea en su versión ultraliberal sea en la versión que pivotea sobre la economía social de mercado- es regla básica que la propiedad es inviolable. Este concepto está fuertemente arraigado en los fundamentos del sistema. Para Locke la inviolabilidad de la propiedad era una de las libertades básicas y a mí nadie me quita de la cabeza que la mención a la “consecución de la felicidad” de la Declaración de la Independencia americana es un brillante giro de una mente superior como la de Jefferson para abarcar bajo un concepto difuso tanto la descarnada reivindicación de la importancia de la propiedad cuanto visiones más idealistas como la que él seguramente tenía.

El ingreso de tesis provenientes de la Doctrina Social de la Iglesia y de los diversos socialismos que se sumaron al juego político de los países occidentales, en especial en Europa durante la posguerra, atenuó el concepto cerrado y algo desalmado que se refirió antes, pero sin tomar el núcleo de la idea que es bueno que la gente tenga bienes de su exclusiva titularidad y que sean ellas, con prescindencia del Estado, quienes puedan disponer de los mismos. Del viejo *ius utendi*, *fructu* y *abutendi* se tendió a suprimir el último concepto (en particular frente a decisiones expropiatorias que perseguían el bien público y, en el terreno privado, de la mano de la teoría del

abuso del derecho).

Pero el núcleo conceptual se mantuvo. Salvo situaciones especiales, donde entrara a tallar de modo intenso en bien común, la propiedad debía respetarse. Y cuando el Estado debía echar mano a algún bien particular, ello debería acaecer previa declaración de utilidad pública por autoridad constitucional habilitada y con previsión de indemnización previa.

Toda esta construcción funciona de modo más o menos pasable (al menos en el terreno de los conceptos), mientras los bienes disponibles sean suficientes para la atención de los pasivos generados ya sea por voluntad propia o por imperio del deber de reparar el daño causado.

Los jueces no pueden moderar o modificar la extensión de un pago convenido o de una reparación debida, al menos no pueden como regla. El reciente Código Civil y Comercial de la Argentina prevé, como excepción que: “El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.<sup>4</sup> Fácil es advertir que esta importante excepción está prevista para situaciones de marcada desventura del obligado o de notable solvencia del afectado y parece una norma de escape para esos casos que, en palabras de León XIII, “llaman a voces las iras vengadoras del Cielo”. Pero la regla sigue siendo la ya sentada.

El supuesto de la impotencia patrimonial o insolvencia abre cauce a un subuniverso muy distinto.

La economía de mercado está estructurada sobre la base de poder coaccionar el incumplimiento de las obligaciones u obtener las reparaciones debidas y el habitual premio al acreedor más diligente y agresivo (el conocido prior in tempore). Escenario entendible cuando el cumplimiento forzado es posible y no se atenta a través de su aplicación contra la paz social.

Pero cuando el deudor no puede cumplir, aunque quiera, regularmente con sus obligaciones (es decir, no puede hacer en tiempo, especie o sin recurrir a la usura u otros medios ruinosos), la aplicación de tales reglas desencadenaría un auténtico pandemónium con destrucción absoluta de valor y generando un tendal de insatisfechos, lo que pondría en crisis el sistema y, peor que peor, fomentaría el carácter “contagioso” de la cesación de pagos.

Además, y este es el core conceptual de este apartado, la cuestión terminaría seguramente en la “imposibilidad absoluta de pago”. La imposibilidad de pago es uno de los mecanismos liberatorios de los pasivos: los extingue. Es cierto que usualmente sólo lo hace respecto del deudor de buena fe, pero no es menos cierto que más allá de la subsistencia formal de los créditos (que languidecen inejecutables a la espera de terminar quedar privados de acción por el paso del tiempo) si hay imposibilidad de pago, no hay cobro.

Y es por eso que la ley y los jueces tienen mucho más para decir y hacer que en el caso común del simple incumplimiento contractual o desatención del deber de reparar el daño causado –por quien, aun cuando sea por vía coactiva, cuenta con fondos o activos para hacerlo-. Y tienen mucho más para decir y hacer sin lesión de la pretendida intangibilidad del derecho de propiedad. Porque, a fuerza de sincero, el derecho de propiedad (del crédito, en el caso) es más declamatorio que real.

Así cuando la cesación es irreparable el Estado toma usualmente sobre sus hombros la

---

4 Artículo 1742, Código Civil y Comercial de la Argentina, texto vigente.



liquidación, o la delega en funcionario ad hoc y reparte aquello magro que se obtenga según un régimen preestablecido de preferencias que, muchas veces, importa que los acreedores no privilegiados terminen no recibiendo nada. No hay allí expropiación sin indemnización, porque –en función de los límites materiales que impone la imposibilidad de pago- ya nada recibían.

Y es por eso que cuando hay alguna posibilidad de saneamiento, la ley confía en un acuerdo de mayorías. En la sabiduría de los más para aceptar un eventual plan de salvataje. Y, si este se homologa y se confirma, se aplica por igual a quienes confiaron en tal alternativa a quienes restaron ajenos a ella por ser acreedores disidentes o tardíos.

Las duras soluciones concursales pueden llegar a ser inconstitucionales en casos puntuales. Pero por mérito de circunstancias propias y atinentes al caso. No lo son in genere por mérito a la posibilidad exaltada de la ley y de los jueces de meterse con la propiedad privada de los acreedores. Los símiles médicos son siempre muy útiles en este tema de la concursalidad y va de suyo que la misma siempre remite a la terapia intensiva; donde las urgencias y el carácter habitualmente invasivo de las decisiones médicas están amparados por la tolerancia que genera el riesgo cierto en que se encuentra el paciente y su consecuente estado de necesidad.

Para los seguidores de Savigny y la escuela del historicismo jurídico el funcionamiento concursal puede verse como un acumulado histórico que ha mostrado ser el único, o casi el único camino, que la ciencia jurídica ha recorrido a los largo de siete u ocho siglos. Y, en consecuencia, estaría validado por ese uso pacífico y consecuente. Pero en los últimos dos de esos siete u ochos siglos ha habido una fortísima revalorización de los derechos innatos de la personas (los derechos naturales, en lenguaje de la filosofía tomista) que fueran a repensar que no basta con la costumbre de lo que se vino haciendo para validar, precisamente, lo que se hace. Hay que buscar y hurgar en los principios jurídicos para encontrar un fundamento más efectivo que aquél que emerge de la pura experiencia. De nuevo, no es cuestión de vencer sino de convencer.

Y con tal intención creo que la razón última está precisamente en la situación vacilante del derecho “efectivo” de los acreedores a percibir las acreencias que legítimamente les corresponden, por efecto de la imposibilidad de cumplimiento en que está inmerso el deudor. Este criterio comporta, de modo implícito, asumir el carácter excepcional del derecho concursal. Su audaz e intensa intromisión en los derechos de los acreedores está justificada por un dato que debe ser real e indisputable: la cesación de pagos del deudor.

Como se dijera en un sonado fallo argentino: “En tal marco, tengo para mí que el juez tiene la obligación de examinar -incluso de oficio- la efectiva configuración de la insolvencia antes de aplicar las soluciones previstas para ella y sólo frente a ella. Que la cesación de pagos sea el presupuesto del concurso preventivo -como sin duda lo es (LC:1)- no se debe a un capricho del legislador, sino al hecho de que sus soluciones no sólo se explican frente a la situación excepcional y anómala que esa insolvencia implica, sin la cual, esas mismas soluciones -por completo razonables en su marco- serían inconstitucionales por atentar contra el derecho de propiedad de los perjudicados, al implicar un apartamiento drástico de los derechos adquiridos por ellos al amparo del derecho común. El concurso preventivo está previsto para situaciones en las cuales exista un verdadero estado de cesación de pagos, por lo que, si así no se utilizara y el juez lo permitiera, se estaría habilitando el uso del instituto en fraude a la ley”.<sup>5</sup>

---

5 (Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 17, “Unión Argentina de Rugby, Sociedad Civil s/concurso preventivo”, 28/08/07).

### El acuerdo de mayorías como mecanismo para superar tal imposibilidad.

A fines de la Edad Media y “en vísperas del Renacimiento, renació también el comercio. Un auténtico milagro por cierto, porque hacía mil años que los caminos eran intransitables por obra de los bandoleros (desde la caída del Imperio Romano de Occidente) y porque el poder naval del imperio turco en el Mediterráneo no tenía límites. Cerrados los caminos con Bizancio, que iniciaba su marcha hacia su caída irremediable en 1453, y corrida la cristiandad de Tierra Santa, parece contrario a la lógica más elemental que los audaces mercaderes italianos “reinventaran” el tráfico mercantil en Europa. Pero lo hicieron. Como los riesgos eran abismales resultaba de toda evidencia que no había patrimonio individual que pudiera correr tales aventuras. Entonces unieron capitales y tomando la idea de “persona jurídica” de la vieja Universitas, dieron origen al derecho societario. Como las rutas eran en verdad peligrosísimas en vez de trasladar metálico de una ciudad a otra (la seguridad de los caminos recién volvería con el nacimiento de los Estados Nacionales) empezaron a cursarse comunicaciones con sus pares de otras ciudades para que ellos –allí- aceptaran la obligación asumida en las letras que se dirigían y alumbraron a los títulos circulatorios. Algún ingenioso descubrió que los miedos eran mayores que los daños reales y ofreció alguna reparación en caso de siniestro, siempre que se le participara de todas las aventuras, dando el primer paso hacia el derecho de los seguros. En ese marco, y visto el impresionante enriquecimiento que se generó de tanta audacia, y de tanto ingenio, los comerciantes se posicionaron como la “clase dominante” en las ciudades-estado italianas; aunque formalmente tuvieran un príncipe o similar. Como toda casta cerrada necesitaban proteger el estatus obtenido y así fue fulminado – como la manzana podrida- aquel comerciante que no cumplía con sus obligaciones. Y si no cumplía con un sinfín de ellas, peor que peor. Al cesante le esperaba el destino de los criminales: la nada confortable mazmorra ducal - llevándose al encierro a sus familiares y dependientes, léase: a sus “compañeros”, los que compartían con él el pan-. También le esperaba la ignominia. Es bueno recordar que en la Edad Media el tener donde “sentarse” era símbolo de poder. Los reyes, los príncipes, los duques, aposentaban sus reales en un trono; los obispos en una cátedra (y por eso la Iglesia sede obispal se denominaba “catedral”). Los ricos comerciantes tenían, como símbolo de su importancia, el derecho de sentarse en bancas.<sup>6</sup> El fallido, al modo de un rito primitivo de expatriación o expulsión del clan, veía como su “banca” era rota; se lo colocaba en “bancarrotas” El fallido era siempre y en todo momento un defraudador (decoctor, ergo fraudator). Por cierto la realidad nunca es tan simple. Y ello fue advertido por estos burgueses enriquecidos, por más que los aterrara todo lo que ponía en crisis (aún teórica) sus privilegios laboriosamente obtenidos. Era evidente, de toda evidencia, que había deudores que no cumplían y que no eran “defraudadores”; los luego llamados deudores “honestos pero desventurados”. Para que el desventurado pudiera salir de la mazmorra, para que pudiera recuperar su dignidad, a alguien se le ocurrió que tal vez era bueno permitir que el deudor celebrara un acuerdo solutorio con sus acreedores. A partir de allí el derecho falencial, hasta entonces represivo, empezó a incorporar la idea del acuerdo “resolutorio”. Hicieron falta muchos siglos (y la expropiación por el Estado de la jurisdicción mercantil hasta entonces en manos de la Corporación de comerciantes ) para que a fines del siglo XIX, principios del siglo XX, se pensara en la posibilidad de “anticipar” el acuerdo y prevenir, por su intermedio, la quiebra consecuente”.<sup>7</sup>

Según es fácil de advertir el tratamiento de la crisis que prima facie podría considerarse “no

6 Esto seguro empezó de modo bastante más basto, por ser las bancas los lugares que –en las plazas o mercados públicos- los “cambistas” cumplían su menester. Ello ató terminológicamente la idea del fracaso comercial (la quiebra) a la suerte de los banqueros (porque se les rompía la banca; se lo colocaba en bancarrotas).

7 Truffat, Edgardo Daniel, ¿Decoctor ergo fraudator? Lexis Nexis, Córdoba Nro. 7, julio 2007, pág. 565.



terminal” –dado que bien podría servir para superar el estado de insolvencia, en el supuesto histórico referido incluso para revertirlo y salir del status de fallido- gira históricamente en derredor de un acuerdo.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de tal acuerdo?

La naturaleza jurídica del “acuerdo preventivo”, entendiendo por este –al menos provisoriamente y a los fines de este análisis-, la traba de voluntades entre el deudor “oferente” y los acreedores “aceptantes”, todo ello sujeto a la confirmación judicial por vía de homologación;<sup>8</sup> es cuestión que ha merecido, una profusa y contradictoria opinión de la doctrina –tanto nacional como extranjera-. Bonsignori, en su crítica a la doctrina contractualista, señala la existencia de una nueva formulación de la posición citada, la que consistiría en que, desde el punto de vista del deudor y del acreedor -en el sentido de evitar la quiebra- se suscita un encuentro entre la oferta del uno (el pagar una cierta suma) y la aceptación del otro del conceder un pactum de non petendo; todo ello a través de un transacción (el concordato preventivo) mediante la cual se evita la quiebra bajo la supervisión de la autoridad judicial<sup>9</sup> -tomado de mi tesis doctoral, inédita, presentada y aprobada en la Universidad Nacional de Córdoba en el año 2006-.

La cuestión parece transitar sin mayor escándalo el terreno de lo convencional, pero el problema a dilucidar, en función de la temática de esta investigación, es cómo y por qué se pasó de un acuerdo “unánime” –tal como acaecía en la Edad Media-, lo que no hubiera levantado óbices sobre su carácter contractual si bien pluripersonal al actual escenario donde los acuerdos se alcanzan, como regla, con una mayoría calificada y sin embargo – si es que son homologados o confirmados- resultan vinculantes también para disidentes y tardíos.

Es bueno escuchar sobre el punto las palabras de uno de los más eximios maestros de derecho comercial argentino, quien lo hace siguiendo nada menos que a Vivante: “Este instituto permite a la mayoría imponer y despojar a la minoría de una fracción más o menos importante de su crédito, dice Vivante. Pero una consideración de equidad social dobllega aquí el riguroso derecho individual. Interesa demasiado a la sociedad que la hacienda formada a menudo con el trabajo honrado e industrioso de varias generaciones, no se deshaga al malbaratarla en la liquidación y vuelva a ser centro fecundo de una renovada actividad económica. Quien esclavo de aforismos del derecho tradicional, se turba porque la minoría de los acreedores disidentes pueda ser, me atrevería a decir, expropiada de una parte de sus créditos por la mayoría, debe reflexionar que en último análisis, todo establecimiento alimentado por el crédito es objetivamente una administración de capitales ajenos; si aquél que la dirige está exento de culpa, lógico resultará que los acreedores experimenten la pérdida, a consecuencia de su gestión, como habrían disfrutado sus beneficios si el negocio hubiera prosperado. Ellos que posiblemente tentaron al deudor con sus ofertas de crédito, deben dividirse las pérdidas de una industria en la cual pusieron su confianza”.<sup>10</sup>

---

8 “La homologación, explica Segovia, es la confirmación que da el juez a ciertos actos o convenciones para imprimirles carácter oficial. El concordato que antes de la homologación no es más que un proyecto, se hace definitivo y obligatorio mediante ese acto del juzgado, y tal intervención de la justicia es necesaria como una garantía de seriedad del acto y de los derechos de la minoría disidente y demás acreedores que no tomaron parte en el arreglo”, Heredia, Pablo, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Editorial Abaco, Bs.As, 2000, Tomo 2, pág. 201 –con remisión en nota a pie de página (nro. 2) a Segovia, L, “Explicación y crítica al nuevo Código de Comercio de la República Argentina.

9 Véase: Bonsignori, Angelo, “Del Concordato Preventivo”, comentario Scialoja-Branca “Legge Falimentare”, art. 160-186, N. Zanichelli Editore, Bologna, 1979, pág.138

10 Cámara, Héctor, El Concurso Preventivo y la Quiebra, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, Vol I, pág. 361

Más allá de la profundidad y belleza del texto que antecede cabe acentuar el análisis de las razones por las cuales se entendió que se podía empoderar a un cierto sector mayoritario de acreedores para que decidan sobre la suerte patrimonial de todos –en relación al cesante-, incluidos los disidentes y ausentes.

Puede ensayarse una explicación histórica. Porque la cuestión del remedio solutorio que empezó con la necesidad de un acuerdo unánime que redimiera al fallido y le permitiera salir de la prisión ducal para empezar a pagar en algún momento corrió el riesgo de quedar esterilizado si se proseguía con la exigencia de la unanimidad. Recuérdese que en los albores del siglo XX los grandes maestros italianos se escandalizaban, de que en los concursos había hasta “once o doce” acreedores. En un caso acaecido hace ya varias décadas denominado “Cooperativa El Hogar Obrero”, que tramitó ante los Tribunales Nacionales en Argentina, fueron llamados a votar la propuesta más de ciento cuarenta mil acreedores.

Y además porque, y considero que esto es más importante, al hacerse siempre exigible la vigilancia y conformidad estatal con lo decidido (fenómeno que se fue acentuando a partir del Renacimiento con la aparición de los Estados Nacionales) existía un remedio técnico que preservaba los derechos de aquellos que no habían sido oídos: la necesidad de homologación por parte de un representante de la autoridad pública.

Hoy los acuerdos de mayoría no llaman la atención. El más conocido es aquél que se da en el terreno de las relaciones laborales colectivas y que se conoce habitualmente como “convenio colectivo de trabajo”. A nadie se le ocurriría que la totalidad de los trabajadores celebraran un acuerdo sectorial con la totalidad de los empleadores. Pero una representación significativa de unos y otros y la voluntad homologatoria de la autoridad laboral, basta para asignar carácter coactivo a lo convenido.

En el caso del tratamiento de la cesación esta técnica ha adquirido sólida carta de ciudadanía. Agréguese, además, que tiene el encanto de la decisión mayoritaria lo que la emparenta con el sistema democrático que felizmente rige nuestras Naciones y permite esbozar el argumento de que resulta presumible que la mayoría siempre atenderá mejor sus propios intereses que la minoría, por ser esa decisión valiosa para los más, aquella que atraerá precisamente a los votantes para conformar la voluntad que se impondrá. Es cierto esta regla no siempre aparece convalidada por la praxis diaria (ni en el terreno político, ni en el terreno sindical, ni en el pequeño mundo de la concursabilidad). Pero como principio general es largamente admisible – precisamente porque la vida en las modernas sociedades democráticas tiene entre su bases fundantes esa confianza “in genere” por la voz de la mayoría.

Sin embargo, y como toda gran batalla por la libertad y la dignidad, siempre hay que estar atento para defender a las minorías de los abusos de las mayorías –y, a veces, al revés-. Este supuesto es aquél que ha informado décadas de evolución del derecho societario y que hace a la esencia del moderno derecho concursal; previniendo que un acuerdo de mayorías termine consagrando una solución abusiva.

Esta construcción cobra particular énfasis en el tratamiento de la insolvencia y como vía para evitar la insatisfacción general que suscitaría la liberación del deudor por efecto de su imposibilidad de pago. A algunos pocos acreedores puede resultarles indiferente el supuesto –y se limitarán a reflejar su contabilidad el quebranto-, otros gozarán con el corrimiento de mercado de colegas y competidores, habrá quien simplemente encogerá los hombros y seguirá adelante sin reparar en estos daños. Pero, habitualmente, a la inmensa mayoría de los acreedores lo que les

interesa es cobrar, aunque sea cobrar algo. Y por ello escucharán y analizarán las quitas sugeridas, las esperas requeridas, el eventual cambio de especie en la que cobrar, la factibilidad de cumplimiento de las nuevas promesas. Si lo ofertado es serio y permite mantener viva una razonable esperanza de no terminar cayendo en absoluta imposibilidad de pagos, resultará razonable que sean los más lo que decidan sobre el particular. Y, como mal podría admitirse un tratamiento disímil (ya se verá por qué) resultará también lógico, o, al menos inevitable, que sea la decisión mayoritaria de acordar la que defina qué ocurrirá con tales acreencias. Algún sector relevante de la doctrina –cuyo paladín sería Satta y en el ámbito regional Richard- encontraría la obligatoriedad del acuerdo para los disidentes en el carácter colegial de tal acuerdo.

Cabe señalar que tal enfoque entiende que las decisiones tomadas - en medio de un ámbito deliberativo en asamblea –que no es sujeto pero funciona como órgano de cierto sujeto-, se imponen como expresión de voluntad del sujeto del cual la asamblea es órgano. Esto es: la decisión de la mayoría toma la decisión única de aquel cuya voluntad determina el Colegio. La razón histórica de ello se encuentra en la Edad Media y en la necesidad de que el Sumo Pontífice no debiera su elección a una facción del Colegio de Cardenales. A través del criterio colegial la votación mayoritaria automáticamente dejaba de ser tal para ser la voluntad de todo el corpus y consecuentemente se podía pretender que el Papa había sido elegido por unanimidad.

Obviamente estamos en un terreno figurado del hablar y en una especie de argumentación lógica para obtener una consecuencia política. Es cierto, sin embargo, que tal construcción se ha revelado como de altísima utilidad en el funcionamiento de las sociedades comerciales.

No es finalidad de esta investigación generar polémica, pero personalmente apunto que no comparto la construcción. La Junta o Asamblea de acreedores no es órgano de ningún sujeto. Salvo, claro está, que se recree la abandonada tesis de la personalidad de la masa –postura antropomorfista abandonada hace décadas-. Y, además, no resultaría suficiente para una teoría general. Sólo brindaría una respuesta posible a aquellos sistemas concursales donde se delibera y vota sobre la propuesta en un acto asambleario solemne, revestido de garantías sobre la amplitud del debate y sobre la bonificación informativa de los presentes. Hay mecanismos, como el argentino desde la Ley 24.522, donde las conformidades se colectan privadamente y la expresión de voluntad –con firma certificada- se adjunta al expediente.

Sigo en tal enfoque al maestro Galgano:

*“La razón última de este modo de concebir el acuerdo se halla en la exigencia de justificar el principio mayoritario: la teoría del acto colegial asume la función de conducir este principio, al principio de unanimidad, asumido como coesencial a tal sistema y, ya que contrasta con el sistema de derecho privado, regido por la autonomía del particular; asume también, más allá del ámbito del derecho privado, la función de neutralizar, bajo la fórmula de la “voluntad colectiva” o “unitaria” del colegio, la existencia de votos disidentes. Al método colegial se atribuye así la función de realizar una integración e influencia recíproca de las voluntades individuales, de privar de relevancia autónoma a las declaraciones individuales, y por ello de eliminar “la heterogeneidad de contenido de alguna de ellas”; ello incluye a la misma minoría en el proceso de formación del acuerdo, hace que la voluntad de la mayoría sea “la voluntad del colegio” referible también a los disidentes. Mas contra ese modo de razonar –que tiene un origen antiguo y se remonta a los canonistas medievales- se rebela la cultura jurídica moderna: “la voluntad es siempre de los hombres y sólo concebible en los hombres”, porque “piensan y discuten y deciden los socios” y “no*

*hay lugar una mística voluntad diversa”.*<sup>11</sup>

### **Exigencias mínimas del acuerdo mayoritario.**

#### **Mayorías calificadas.**

Directa consecuencia de todo lo hasta aquí dicho es que el acuerdo al que arriben los acreedores que lo aprueben y el deudor, y que eventualmente sea materia de homologación o confirmación del Tribunal, se ajusta a ciertos parámetros básicos en lo atinente a su producción y en lo referido a su núcleo basilar: el tratamiento igualitario.

Por empezar, y si se parte de la base que esta figura convencional es un acuerdo de mayorías lo primero que resultaría exigible es, precisamente, ese carácter mayoritario. La antedicha rendición al concepto democrático según el cual son los más quienes pueden decidir la suerte de todo un conjunto de sujetos.

Como ya se apuntó supra el mecanismo comenzó por ser unánime. Esto coloca el debate derechamente en la autonomía de la voluntad y en la disponibilidad del propio crédito que existe en cabeza de cada acreedor y tornaría innecesario tanto el sacrosanto tratamiento igualitario cuanto haría inimaginable la posibilidad de tráfico de voto –pues si cada uno arregló por sí, a condición de que arreglen todos, mal podría agravarse ese uno de lo que hubiera acordado, según sus propios intereses, otro acreedor o los mayores beneficios que potencialmente pudiera haber recibido por su aceptación.

Pero la unanimidad ha sido superada por el criterio del acuerdo de mayorías y su riesgo potencial más evidente, que los más decidan abusivamente en detrimento de los menos, aparece neutralizado por la presencia de un representante estatal que debe garantizar (además de otros valores tales como la sujeción de lo acordado al orden público vigente y que las voluntades rendidas no estén viciadas por error, violencia, explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia, o que el acuerdo en sí no comporte una grosera lesión enorme en contra de los celebrantes) que no exista la tal opresión de la minoría por parte de la mayoría que prestó conformidad.

La cuestión de las mayorías puede abordarse desde dos ángulos: uno el atinente a la mayor o menor exigencia que pudiera tener el sistema jurídico concreto sobre el porcentaje aprobatorio exigible. En otro, el universo sobre el cual computar tal mayoría.

El primer terreno queda librado a la prudencia del legislador. Es usual, sin embargo, que se trata de mayorías relevantes y no de mayoría simple. Además también se puede advertir que hay sistemas que agravan la mayoría exigible en función de la propia propuesta: si la oferta es menos generosa respecto de los acreedores, la mayoría a obtener debe ser más significativa.

Habitualmente las mayorías exigidas son dobles. Deben rendirse en el terreno de las personas (es decir, sobre el número de acreedores) y en el terreno de los créditos (es decir, sobre el monto total de las acreencias). Resultaría bastante desagradable y difícil de admitir que un solo acreedor, con un crédito mayoritario, decidiera “per se” sin la asistencia de una mayoría de personas con créditos menos relevantes. E igual de insostenible resultaría que un pelotón de acreedores, con acreencias exiguas, aplastaran con su solo número como personas a un acreedor solitario que

---

11 Galgano, Francesco, “El negocio jurídico”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 238.

tuviera un crédito harto significativo.

### **Ausencia de tráfico de voto.**

El segundo tópico hace no solo a la definición que pudiera tener la ley sobre la posibilidad de que integren la base de cómputo acreencias aún no firmes (en el derecho argentino además de los verificados pueden votar los créditos admisibles, sujetos a revisión), sino, y básicamente, a la circunstancia de si la votación se efectúa sobre un numeral fijo preestablecido por alguna decisión judicial, o si, por el contrario, el número de personas y capitales a considerar pueden variar según la asistencia a la asamblea o junta que deba decidir sobre la aprobación del acuerdo.

Esto lleva a la circunstancia de que la mayoría de los sistemas deciden esto en asambleas. En sistema como el de la Argentina, donde las conformidades se colectan privadamente, no hay duda que la única posibilidad es la primera de las enunciadas: integrarán la base de cómputo los acreedores (y sus créditos) habilitados por ley, (verificados y admisibles) que hubieran sido declarados tales en el auto general verificadorio.

Pero en los casos en que hay Junta es menester optar por alguna de las alternativas señaladas más arriba. En el primer supuesto, la sola ausencia de acreedores equivaldrá a expresión de voluntad –porque de tal suerte estarán sumando votos negativos implícitos-. En el segundo supuesto, será sobre las bases que muestre el colectivo así reunido que se rendirán las mayorías.

El segundo caso tiene a su favor una mayor valoración del debate y la mejora, en ciencia y conciencia, del tema a analizar y decidir –aumentando la calificación decisoria de los acreedores que participen-. En su contra tiene que la experiencia muestra que las asambleas o juntas son muchas veces puestas en escena, previamente regimentadas –y, consecuentemente, resultaría perturbador asignarles tanta potencialidad a los asistentes frente a tal riesgo-.

Obviamente el voto debe ser rendido con intención, discernimiento y libertad y no puede prestarse a cambio de “ventajas especiales” que conviertan al acreedor votante en una mera fachada del deudor.

Si hay alguien que no puede aprobar su propuesta es el deudor. Y esto obvio porque él es la contraparte necesaria de los acreedores a los que formuló la oferta y porque resulta conceptualmente ridículo imaginar que el propio deudor pudiera por esa vía definir las quitas, esperas, mutaciones o de especie o cuanto se acordara en la propuesta. No puede hacerlo por sí ni por interpósita persona.

Las leyes suelen contener una nómina de exclusiones de sujetos que se infieren constreñidos y sin voluntad para decidir de modo diverso a lo que disponga al concursado: ascendientes, descendientes, cónyuges, parientes en cierto grado de consanguineidad o afinidad. Restricción que también alcanza en el caso del concurso de sociedades a los administradores de éstas y sus parientes, así como a los accionistas mayoritarios. Obviamente este supuesto de exclusión debe alcanzar a quien se vislumbrara y sospechara de modo consistente como mero prestanombre o testaferra (en buena medida esta circunstancia dependerá del mayor o menor rigor que impone cada ley para ser tenido por acreedor). Esto último abre un enorme campo de inquietudes y soluciones disímiles en presencia de relaciones grupales empresarias, su grado de integración y de eventual control de unas sobre otras.

Quien cede su crédito sin exteriorizarlo en el expediente a favor de un tercero nominado por el

deudor (es decir, quien acepta actuar una simulación a favor de éste, aun habiendo sido en algún momento acreedor legítimo) tampoco puede votar. Hay legislaciones que apartan a cualquier cesionario o sucesor por acto entre vivos –solución que se presenta como muy moralizante pero que, a veces, trasunta una rigidez impropia del caso-. El aparecer como cesionario de un acreedor para participar de un concurso puede ser una vía para intentar una toma de control hostil, una medida defensiva –en cambio- llevada adelante por socios minoritarios (que habitualmente sí pueden votar) para evitar esa toma hostil, puede ser un mecanismo usual por estar la deuda constituida por títulos (ejemplo: obligaciones negociables) destinadas a ser transadas en el mercado aún en situaciones de crisis, etc. El aparecer como cesionario de un acreedor en un concurso es un motivo de alarma. Justifica indagaciones adicionales del Tribunal para ver si se está ante tráfico de voto. Pero, salvo previsión expresa, no debería conllevar exclusión automática.

Es obvio que si los disidentes y ausentes aceptan la decisión de la voluntad mayoritaria, en tanto homologada por la autoridad pertinente, es a condición de que esa voluntad se haya expresado legítimamente. Que no esté viciada por argucias, artificios, maquinaciones, simulaciones de lo verdadero o aserciones de lo falso, orientadas que lo que se imponga sea la voluntad del deudor. Las reglas del juego son duras (porque la insolvencia es una expresión áspera de la realidad); pero lo menos que se puede pedir es que éstas se apliquen lealmente y que no se admitan artilugios u otras maniobras defraudatorias.

Si hay una exigencia que por su intensidad e importancia pueda ser vista como la clave de bóveda del sistema de rehabilitación concursal por vía de convenio es aquella que impone el tratamiento igualitario. Lo que habitualmente se menciona con el texto latino *par condicio creditorum*.

### **Tratamiento igualitario.**

El tratamiento igualitario entre los acreedores –con las especificaciones y salvedades que se formularán más abajo- parte de una demanda ilevantable en derredor de la moralidad del sistema: este sólo resulta aceptable, según criterios básicos de justicia, si se parte de la base que esa mayoría que no sólo decide de su propio crédito sino que también lo hace respecto de la acreencia de la minoría (en tanto tal acuerdo sea homologado por la autoridad habilitada para ello) “jamás podría válidamente someter a los otros a una regla más gravosa que aquella que se dispensa a sí misma”.

La *par condicio creditorum* no solo aparece aquí. En vía de liquidación se distribuye a los acreedores el producido de la realización de los bienes del deudor quebrado conforme un criterio paritario. Pero aquí es donde la previsión resulta el epítome del sistema. Sólo es aceptable, axiológicamente, que la mayoría pueda decidir el destino común de todos –incluidos los que integran tal mayoría- de modo absolutamente igualitario.

El tema suele verse como una expresión de transparencia del sistema y como prevención de que el deudor incurra en tráfico de votos. De hecho las legislaciones suelen prescribir la nulidad –incluso absoluta- de la concesión de ventajas especiales y suelen tipificar tal accionar como crímenes de derecho penal (al menos cuando las tales ventajas se conceden a cambio de un cierto sentido de voto). Pero, y en lo aquí interesa, lo importante es remarcar, además de la impronta jurídica, el enorme peso de la cuestión ética implícita. Insisto: las mayorías son atendidas, y se respeta su decisión, porque se juzga que los más siempre eligen mejor en interés de lo que es bueno para ellos pero, a condición, de que esa regla la misma también para quienes

ocasionalmente quedaron en minoría.

**La igualdad de los iguales en el derecho concursal. Posibilidad de categorizar y efectuar propuestas diferenciadas.**

El conmocionante tema de la “igualdad” –uno de los tres leit motivs de la concepción del Estado democrático que alumbró la Ilustración durante la Revolución Francesa, merece plurales aproximaciones –en particular cuando no se lo predica en el terreno político (lo que se podría resumir en la vieja máxima de las fuerzas democráticas durante la Guerra de la Independencia americana: un hombre, un voto)- sino cuando se lo traslada al más resbaloso terreno de lo patrimonial.

De hecho, una de las más acuciantes problemáticas que aún hoy sacude a las sociedades occidentales, y en especial a las latinoamericanas, es el difícil equilibrio entre libertad e igualdad – visto que la igualdad ya no se concibe sólo en el plano jurídico sino, y especialmente, como “igualdad de acceso a ciertos bienes básicos”-.

La Corte Suprema de Justicia en Argentina ha provisto una definición que aparece lógicamente trasladable a todos los casos y que permite ser aplicada, sin escándalo, a los casos de derecho patrimonial donde se discute el tema.

La idea es que la “igualdad” que consagra la Constitución Nacional (entiendo que vale lo mismo para todas las Leyes Supremas de los Estados constitucionales de Derecho) es la igualdad de los iguales. Es decir que el derecho no puede consentir que se otorgue algo a algunos que se niega a otros en idéntica situación y, a la inversa, que se niegue algo a algunos que se otorga a otros en su misma posición.

La igualdad así concebida se vuelve dinámica y se materializa en el “aquí y ahora” de cada realidad. Esto importa no cerrar los ojos a la circunstancia, evidente, que más allá de los esfuerzos igualadores de la ley –y el dato dirimente de asignarse sin diferencias los mismos derechos básicos (los así llamados Derechos Humanos) a todas las personas de existencia visible por el sólo hecho de serlo- en el mundo material existen diferencias que no pueden ser desatendidas. Casualmente, y el dato es evidente, no atender esas diferencias al calor de un presunto igualitarismo exacerbado es una excelente vía para consagrar iniquidades en la vida de todos los días.

Desde muy antiguo se admitió en sede concursal la diferencia entre los acreedores con garantías reales y aquellos que eran acreedores simplemente comunes o quirografarios. Al ampliarse el electo de preferencias, particularmente aquellas de carácter general que recaen en todo o parte del pasivo remanente del deudor (excluidos los bienes sometidos a prenda, hipoteca, warrant, etc.) quedó claro que la regla de la par conditio creditorum imponía el tratamiento igualitario dentro de la clase de los privilegiados generales o de la clase de los quirografarios. Pero dando por implícita la idea y la solución legal de que era admisible, y ajustado a las reglas del tráfico y en nada afectaba o perjudicaba a la igualdad, que la ley permitiera, en particular en contratos de crédito, que los dadores de éste contaran con capacidad preferente de agresión sobre ciertos bienes y que la propia ley asignar el derecho al cobro preferente sobre algunos bienes, o sobre la totalidad o parte del patrimonio remanente a algún subuniverso de acreedores (por ejemplo aquellos de origen laboral).

Las modernas legislaciones concursales, en la línea del derecho americano, han terminado aceptando que la par conditio creditorum no se violenta si dentro de cada uno de estos universos



(privilegiados generales – quirografarios) se abren a su vez “subuniversos” de categorías de acreedores previstos ya sea por la voluntad del deudor ya sea porque vienen impuestos por la ley. Al interior de estos sigue rigiendo la más estricta obligación de tratamiento paritario, pero las clases o categorías se instituyen para permitir el tratamiento diferenciado.

Dasso, al analizar la introducción de la posibilidad de agrupamiento y categorización en el derecho argentino, señaló: “El propósito del legislador, al introducir esta novedosa mecánica en el procedimiento, ha sido recibido con general beneplácito por los comentaristas. Se ve en el nuevo sistema la forma de plasmar la realidad, la inocultable diferencia existente en la situación de distintos acreedores, ya fuera en razón de la naturaleza de sus créditos, o de sus montos, o de otras circunstancias. Consecuentemente, la separación en el tratamiento de estos acreedores, a los cuales les podrán ser ofrecidas distintas propuestas de acuerdo, sin respetar la tradicional norma de la *par condicio creditorum*, significa recoger en la ley un dato de la realidad, y posibilitar así, sin escarnio de una forzada igualdad sin matices, el tratamiento diferenciado que sólo debe ser necesariamente igual entre aquellos acreedores que participan de iguales notas o características determinantes de su clasificación o agrupamiento o categorización”.<sup>12</sup>

En una línea muy concordante con lo aquí expuesto, se ha dicho: “La categorización es un nuevo concepto que inciden en el principio concursal del tratamiento igualitario, que en la terminología de Pajardi es la regla medio. Se trata de ese principio que siempre ha estado presente en la aplicación de cualquier ley concursal: la *par condicio creditorum* (la igualdad de trato entre los acreedores). Sin embargo, nos e trata de que este principio se haya dejado de lado en forma absoluta ni mucho menos (igualdad entre iguales). En efecto, la igualdad de trato es la recepción en el juicio universal del valor que sustenta todo reparto patrimonial y que se funda en la justicia distributiva. Por ende, no existe merma alguna del tratamiento igualitario y la categorización sólo implica la admisión de que no puede tratarse como iguales a quienes no lo son”.<sup>13</sup>

Las categorías y el tratamiento diferenciado entre ellas, sin demérito del tratamiento paritario “intra categoría”, sólo se justifica, precisamente, se habrá de ofrecerse a los acreedores incluidos en cada categoría una propuesta diversa. “se ha fundamentado que la categorización no es obligatoria si el deudor no ha de ofrecer propuestas diferenciadas, pues no tiene sentido dividir a los acreedores en clases si se les va a ofrecer a todos la misma fórmula de acuerdo”.<sup>14</sup>

Cuando la figura apareció en el derecho argentino, el gran argumento para explicarla era la existencia, por ejemplo, de acreedores pequeños y más apremiados (cuyo capital de giro estaba en juego) a quienes necesariamente debía hacerse una propuesta con un plazo breve de pago, como contrapuestos a instituciones financieras que –por la propia naturaleza de la concesión de crédito y por su propia enjundia y estabilidad- serían capaces, y hasta podrían estar interesadas, en aceptar una propuesta factible y a más largo plazo, en la medida que los intereses resultaran acordes para sus pretensiones.

Este magnífico escenario teórico, tan sensato y con aires de justicia, seguramente es muchas veces vulnerado en la praxis diaria y no es de extrañar que las propuestas más exigentes para el deudor sean, muchas veces, aquellas que dirigen a acreedores cuasi monopolísticos o con enorme presencia en el sector del mercado en el que se mueve el deudor, dejando para el resto de los

12 Dasso, Ariel Angel, “Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, T. I, pág. 207

13 Junyent Bas, Francisco et al, “Ley de Concursos y Quiebras”, Abeledo Perrot, 3era Edición, BsAs., 2011, T. I, pág. 325

14 Op Cit. pág. 323



acreedores propuestas más laxas (porque también hay que tener presente que esos acreedores, precisamente por ser menos resistentes a los embates de la realidad económica son de aquellos que rara vez pueden dejar de apostar porque el deudor “se salve”, visto que tenerlos como proveedores o clientes es algo relevante).

Flexibilizado el viejo concepto de igualdad mecanicista, algunos sistemas jurídicos, admiten que dentro de una misma categoría se ofrezca una pluralidad de ofertas diferenciadas. El detalle que mantiene vigente la igualdad, pese a tal disparidad evidente, es que todos los acreedores de la categoría han de poder optar por una cualesquiera de las subpropuestas. El rasero igualador está entonces en que ofrecido un cierto menú o abanico de opciones, todos los integrantes de la categoría pueden “por igual” optar por aquella subpropuesta que entiendan más interesante para cada uno de ellos.

Es posible que la ley estatuya categorías imperativas. La ley argentina así lo hace. Prevé que ningún agrupamiento puede omitir tres categorías básicas: (i) quirografarios, (ii) quirografarios laborales y (iii) privilegiados. Se ha dicho que “resultan inaceptables las propuestas caprichosas, antojadizas o absurdas, como sería mezclar dentro de una misma clase a acreedores de diferente graduación (vgr. quirografarios con privilegiados)”.<sup>15</sup>

Respecto de los ítems “i” y “iii” estamos como al principio de los tiempos. Los quirografarios por un lado, los privilegiados por el otro. No parece una previsión digna de la modalidad que permite categorizar. Se podría decir que la división entre créditos “con garantías reales” o “con privilegios” y entre créditos comunes surge de la naturaleza misma de la estructura capitalista y de los reparos que desde épocas inmemoriales toman los dadores de crédito.

Es original, desde los conceptos, prever una categoría necesaria para los acreedores laborales por la porción de sus créditos en que estos no tengan privilegio o por la porción en que lo hubieran renunciado. Fue un intento de interesar a los trabajadores en el rescate de las empresas. Pero en el derecho argentino la inmensa mayoría de los rubros que integran los créditos laborales gozan de privilegio especial o de un superprivilegio general (porque están por encima de todos los demás privilegios generales) y la práctica ha demostrado que los trabajadores son reacios a renunciar a tales preferencias para entrometerse en el diseño del plan de salvataje que comporta la propuesta.

### **La ausencia de discriminación arbitraria como garantía de igualdad.**

En el apartado anterior se señaló un dato que proyecta efectos, tanto sobre el concepto de igualdad como sobre el modo de estatuir las propuestas y, obviamente, sobre la prohibición de existan opciones de hierro (tema que merecerá tratamiento específico más abajo): el mejor modo de servir a la igualdad, además –obviamente– de prohibición y tutela legal en contra de la concesión de ventajas especiales– es garantizar que no exista discriminación arbitraria entre los acreedores.

Ya se ha visto y explicado que la pura discriminación es, muchas veces, el único modo de preservar la igualdad. Esto se ve muy claro en el terreno político: el cupo a favor de minorías raciales desfavorecidas, o, el cupo femenino para acceder a cargos públicos –en Argentina está por sancionarse una ley que prescriba que los postulantes deben ser por exactas mitades mujeres y

---

15 Pesaresi, Guillermo M., “Ley de Concursos y Quiebras-”, Abeledo Perrot, Bs.As., 2008, kpág. 312

varones- es un modo de discriminar. Pero es una discriminación positiva que busca igualar. Entendiendo por igualdad no aquella meramente jurídica que consagró la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, sino una igualdad que supere límites económicos o sociales o que venga a reparar inequidades antiguas, prejuicios y desfavores acumulados.

Así pues el discriminar a los acreedores en diversas categorías, a fin de proponerles propuestas de diferencias, si bien atiende a un fin obvio tal y como resulta la superación del estado de cesación de pagos y, en su caso, la conservación de la empresa, también aparece como un elemento para producir ofertas que resulten prima facie, más justas e igualitarias.

La clave del tópico pasar por la ausencia de arbitrariedad al constituir categorías o al efectuar ofertas en su seno. La categorización debe ser objetiva. Puede tener en consideración montos de los créditos, naturaleza de estos (por ejemplo distinguiendo entre créditos comunes y créditos alimentarios), características objetivas de los acreedores (proveedores, dadores de crédito, entes estatales, etc.).

Replicando algún texto que corre más arriba la discriminación no puede ser caprichosa o antojadiza. Y, especialmente, no puede ser mal intencionada. Toda distinción debe responder a un criterio de razonabilidad y todo deudor de buena fe tiene que estar en condiciones de explicarla y fundarla adecuadamente si así le fuera requerido por el Tribunal o por el síndico o por el comité de acreedores o por algún número de acreedores en particular. Todo concurso adecuado y justo, y por ende, oponible a los disidentes y tardíos, no solo debe incluir un intenso disclosure respecto del exacto estado de los negocios del deudor, de sus posibilidades y de su historia, sino que también tiene que integrarse con una recreación de la confianza que no solo suscita el decir la verdad sino el pretender soluciones y hacer planteos que trasciendan sin drama el tamiz del sentido común. Ya bastante sufrimiento irroga en los accipiens la insolvencia de su deudor para que, convocados a analizar si lo asisten aceptando una propuesta de pago, tengan que padecer falta de veracidad en el estado del deudor y las causas de su crisis sino también el encontrarse con fórmulas, mecanismos y soluciones abstrusos, difíciles de explicar y menos de entender y, eventualmente, pasibles de ser vistos como mera expresión de deseos o esperanzas del deudor. Ello lesiona la majestad toda del trámite y del Juez que participa pero, básicamente, puede esconder una lesión implícita al tratamiento igualitario.

### **Desigualdades impuestas por la buena fe: los acreedores involuntarios.**

En tiempos relativamente recientes ha hecho su aparición en el mundillo concursal una categoría de difícil conceptualización: los acreedores involuntarios.

Si se piensa bien todos los acreedores de un concursado rehusarían gustosos tal calidad, así que –desde algún punto de vista- podría sostenerse que todos los acreedores son involuntarios. Cuando se presta un servicio, o se vende un bien o se concede un crédito, y en todos los casos se difiere en el tiempo la percepción del precio o el cobro del interés y el recupero del préstamo, es de imaginar que la intención última de tal hipotético acreedor es que se perfeccione la relación de cambio y que terminen recibiendo aquello que esperan tener a cambio de lo dado.

Más intensa es la situación de quien, lesionado en su persona, o en sus bienes o en sus derechos, aguarda la debida reparación. Aquí no hay dudas que el sujeto en cuestión no tenía voluntad mínima de terminar siendo acreedor de nadie pero, menos que menos, de un cesante. Esto último llevó a que una parte de la doctrina denomine a los “involuntarios” como

“extracontractuales”, pero lo cierto es que hay involuntarios absolutamente contractuales lo que demuestra la insuficiencia de la anterior denominación.

Piénsese en los acreedores laborales. Obviamente su vínculo emerge de un contrato. Pero ellos no lo celebraron ni ejecutaron con vocación a tener un crédito contra su empleado. Lo hicieron, de nuevo según palabras de León XIII, para “socorrer sus necesidades y las de sus familias”.

Básicamente, y saliendo del escenario subjetivo, podría decirse que la aparición de los acreedores involuntarios tiene que ver con el registro que efectuó la doctrina, ante algunos sonados casos judiciales, de que existen acreedores que no asumieron jamás el riesgo de la insolvencia de su deudor (sí lo hicieron el prestamista o el proveedor) y que, de todas maneras, pueden ser arrastrados a una convocatoria o a una quiebra y encontrar que sus acreencias quedan, con o sin su anuencia, sujetas a un concordato o bien tener que conformarse con moneda de quiebra.

En Argentina los dos casos más restallantes de acreedores involuntarios fueron el de una mujer de apellido González, de edad avanzada y gravemente baldada durante un viaje en una compañía de transportes, que se encontró con que esta se había sometido a un concurso preventivo y que debía percibir sus acreencias en una docena de años. Y el segundo, más impactante aún, el de un niño (de apellido Fava) nacido con mala praxis en un sanatorio privado a quien le quedaron gravísimas lesiones neurológicas y motrices que colocaron en situación de altísima degradación su calidad de vida, y que se encontró con que los médicos habían quebrado, se había concursado el organismo sindical de salud que supuestamente lo aseguraba y que el sanatorio había quebrado y su principal activo estaba a punto de liquidarse a favor de un acreedor hipotecario. Vale la pena remarcar que en ambos casos se trataba de acreedores “contractuales”. González había celebrado un contrato de transporte. Y los padres de Fava habían contratado –con la particularidad que son contratos adosados al de trabajo- el sistema de salud que, a través de terceros, le brindaba su sindicato.

Los jueces no toleraron aquello que imponía la fría letra de ley. En el caso González el Juez Ribera estatuyó un concordato a medida, mucho más breve. Y su decisión fue validada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro –su tribunal de alzada-. En el caso Fava el Juez Malde declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios, al calor de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y asignó al menor Fava privilegio sobre el crédito hipotecario. Su decisión fue revocada por la segunda Instancia, es decir la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Hay casos que ofender el sentir básico. Y frente a estas hipótesis hay que encontrar alguna solución. Mejor, por cierto, que fallos muy bien intencionados pero de dudoso ajuste a la ley positiva. En el caso González una de las Jueces de Cámara señaló que si el crédito de esta mujer hubiera estado verificado a tiempo el no haber previsto una categoría especial para ella, ofreciéndole un mejor acuerdo, hubiera sido arbitrario.

Hay aquí una discriminación que impone el sentido de decencia y respeto por la dignidad humana. ¿Cómo tratarlo? ¿Con un privilegio?

¿Excluyendo a estos acreedores de cualquier propuesta y mandando que se les pague conforme título? ¿Habilitando en este caso específico al Juez a disponer un concordato de equidad para este tipo de acreedores? Todo un desafío conceptual.

El caso Fava se dio en una quiebra. Pero el caso de la Sra. González tiene la particularidad que

era una acreedora tardía. Como dependía de que su crédito fuera declarado en otro proceso (el de daños) no llevó a verificar en tiempo propio. Ergo, era una acreedora tardía. De aquellos de los que se ocupa “in genere” este trabajo. Parecería que todos los reparos y cuidados que aquí se proponen son insuficientes si el tardío o disidente es, además, un acreedor involuntario. Y que es exigible alguna solución especial.

### **Recaudos mínimos de objetividad en la categorización.**

#### **Imposibilidad de admitir propuesta supletoria coactiva (propuesta de hierro).**

Como ya se indicó más arriba “el fundamento de la categorización debe apoyarse en su razonabilidad y conveniencia. La razonabilidad será evaluada tanto por el concursado como por el juez al momento de resolver sobre la categorización. Sin embargo, la ponderación de conveniencia corresponde al concursado. La conveniencia se vincula con la mejor chance de obtener las conformidades a la propuesta y con la posibilidad de cumplimiento de ésta, y se refleja en la eficacia de la categorización. Y como bien apunta Rouillón, la razonabilidad es un límite a la conveniencia en función del trato paritario que impone la par condicio, a fin de evitar la discriminación irracional o arbitraria, tendiente a neutralizar la disidencia de algún acreedor. No puede admitirse la clase creada para neutralizar el poder de decisión de ciertos acreedores, agrupándolos con otros que carecen de elementos comunes que excluyen el fundamento de la propuesta de categorización, siendo necesario que la categoría se constituya con acreedores y con créditos similares. Explicaba Mosso que “la ley al exigir que la categorización sea razonable tiene a impedir abusos o maniobras destinadas a disminuir el peso relativo de ciertos acreedores considerados a priori como difíciles o, por lo menos, remisos a entrar a un acuerdo. El recurso de agrupar arbitrariamente a un cierto crédito junto con otros con los que no guarda ningún elemento de similitud o simpatía, con el fin de licuar su importancia, ya en monto, ya en privilegio, englobándolo dentro de los demás de otra clase, está claramente vedado. Así se constituye una clasificación irrazonable que carece de fundamento porque sólo tiene la intención de neutralizar el poder de decisión de algunos acreedores”.<sup>16</sup>

Más allá del carácter muchas veces realistas y justiciero, en orden a reconocer desigualdades fácticas que permitan realizar un tratamiento que lleve a una efectiva igualdad, lo cierto es que la categorización también forma parte de la estrategia concursal diseñada por el deudor para obtener apoyo a su futura propuesta.

En tal esquema es menester restringir el potencial diseño que proponga el deudor en función de ciertos parámetros objetivos, porque –tal y como advierte la cita que corre más arriba- siempre habrá quienes intenten una agrupación sin auténticos puntos en contacto entre los agrupados, en pos de obtener alguna ventaja.

Y la tal ventaja, si bien aquella en que suele reparar la doctrina es la atinente a la licuación del poder de decisión de los acreedores, también puede consistir en apremiarlos a aceptar una cierta propuesta a riesgo, en caso de integrar el lote de disidentes, que se les imponga una peor.

Esto último es lo que se conoce como “opción de hierro”. El deudor efectúa dos propuestas. Una exigente que encuentra reticencias en imponer y otra aterradora que pretende imponer a los disidentes. Esto es inadmisibles. Y lo es porque comporta una violación de la regla básica de

---

16 Graziabile, Darío J., “Régimen concursal”, Abeledo Perrot, Bs.As., 2014, T. II, pág. 250

auténtica igualdad de los acreedores. Los que aceptaran no podrían, aunque quisieran, imponer una solución más gravosa que la propia a los disidentes y tardíos. Una categoría constituida por “el remanente de los acreedores que no aceptaran otras”, sería una violación de la regla anterior, una clara opción de hierro, pero –y además– vulneraría el criterio de categorías porque esos accipiens serían arrojados al vertedero de las propuestas (la propuesta residual) sin válidas razones que les asignen otro punto de contacto que su lícita disconformidad con las demás propuestas del deudor.

En algunos casos se intentó esto mismo pero invirtiendo astutamente los términos. Es decir ofreciendo una propuesta general muy mala y otra, ligeramente mejor, pero con límite temporal. Suena a práctica de merchandising: ¡llame ahora y compre o se retira la oferta! Obvio que este escenario es análogo al anterior e igual de impropio aunque es justo reconocerlo es más sutil.

Es cierto que, habiendo categorías o una misma propuesta para todos los acreedores, pero que alguna de ellas o aquella única son en verdad un menú de ofertas (subpropuestas) se genera la cuestión de quien determina cuál de las múltiples ofertas se aplica a disidentes y ausentes.

Obvio que los acreedores han intentado ser ellos y así preverlo en la propuesta, pero esta tesis tiene mucho de opción de hierro y como tal no ha tenido andamio.

En general se han ensayado diversas soluciones:

La variante más sencilla, y para mi gusto la menos sólida, entiende que es el juez quien, al homologar, decide cuál es la propuesta que se aplicará a los disidentes y a los tardíos, con prescindencia de que el deudor le haya asignado el carácter de residual a alguna de ellas.

Otros pronunciamientos, rindiendo homenaje al criterio según el cual los más siempre eligen mejor que los menos, y qué decir de aquellos que ni siquiera llegaron a votar (por disenso o por desidia por lícita demora), han considerado que habiendo abanico de subpropuestas ostentará la condición de residual la más votada de ellas.

La última tesis, respetuosa de los derechos de los acreedores (dado que es perfectamente legítimo negarse a aceptar una propuesta y no siempre los tardíos son morosos culpables de su tardanza) entiende que el tribunal debe intimar a tales acreedores, cuando concurren, a elegir. Y que solo en caso de silencio ante tal reclamo se aplicarán alguna de las dos soluciones precedentes.

### **Recaudos mínimos de la propuesta: seriedad, pago mínimo y tiempo máximo.**

La primer y obvia exigencia de cualquier propuesta, como de cualquier otro acto negocial y más aún de uno sometido a ulterior decisión judicial, es que sea “seria”. En tiempos de realidad líquida y fuerte descontractura en las relaciones personales cuando se dice “serio” se piensa siempre en las primeras acepciones del término: “grave y compuesto en las acciones y en el modo de proceder”, “severo en el semblante, en el modo de mirar o de hablar”. Sin embargo cuando aquí se dice que la oferta debe ser seria se está pensando en la tercera acepción de la palabra. Lo “serio” es lo “real, verdadero y sincero, sin engaño o burla, doblez o disimulo”.

Casi se podría decir, si se prefiere, que la propuesta debe ser “verdadera”. Es decir lo que “contiene verdad y la verdad es “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas tiene la mente”, conformidad de lo que se dice con lo que se siente o piensa.

Todo lo demás viene por añadidura (aunque son añadidos harto relevantes de los que se

hablará más abajo). Pero lo básico es que la propuesta trasunte una oferta de pagos o de daciones en pago o de cumplimiento de otras prestaciones efectivamente realizables y con auténtica voluntad de ser realizadas, que se ajusten a criterios de autenticidad entre lo estimado para hacer y aquello que efectivamente se pueda realizar.

Vía subjetiva: prevención de abusividad y exigencia de máximo esfuerzo. El tema de la prevención del abuso ha dado mucho trabajo a los Magistrados y doctrinarios. Un brevísimo resumen sería el siguiente: “Un absoluto clásico, con un sinfín de literatura y fallos que giran en derredor del tópic<sup>17</sup>. Personalmente, y luego de mucho escrito sobre el punto, creo que es posible imaginar alguna serie de recaudos razonables que, sin sustituir la voluntad de la mayoría de los acreedores (cuya recta expresión debe tutelarse), y sin hacer asumir al juez un rol “empresario” que le resulta ajeno, puedan ser exigidos para aventar el riesgo del abuso. Tengo para mí que no lo habrá (a) en la medida en que la propuesta comporte un sacrificio compartido para el deudor –o sus accionistas- y para los acreedores; (b) en tanto y en cuanto el plan de pagos se incardine en una suerte de “plan de salvataje” que permita determinar si se está más allá de la expresión de buena voluntad; (c) si el deudor ha provisto información generosamente a sus acreedores, al Tribunal y a la Sindicatura, de manera que “se le vuelva a creer” y (d) en tanto y en cuanto el dividendo de liquidación no sea mejor que la propuesta prometida.<sup>18</sup>

Por lo que hace al tema de la abusividad tiene una arista donde se toca con el tema del acreedor involuntario y pasa porque, hoy por hoy, es lícito especular sobre si la abusividad no se integra con la “no discriminación” (o, al revés, con su contracara: la discriminación positiva)<sup>19</sup>.

---

17 He participado hasta el hartazgo en tal debate. La nómina de artículos es muy extensa, pero me remito –en homenaje al lector- al último de ellos, en ocasión de un luminoso fallo de la CNCom, Sala “D” en el conocido caso de “Editorial Perfil” titulado “Perfiles homologatorios”, ED, 3.12.07. Al calor de la idea del “abuso del derecho en los concursos”, Vaiser, Lidia acaba de alumbrar un pequeño e interesante libro donde engloba el tratamiento de esta cuestión y también la que surge del punto siguiente (porque la temática de la exclusión del acreedor hostil tiene mucho que ver, casi todo diría, con el tema del abuso del derecho). Como actividad del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Capítulo Argentino, el libro fue presentado el 17.09.08 en una conferencia homónima, a cargo del prestigioso Juez de Cámara, Dr. José Luis Monti. En esa ocasión el citado magistrado (que tanto tuvo que ver con el tratamiento del concepto, aún antes de la ley 25.589, al haber suscripto, entre otros, el fallo “Línea Vanguard”) remarcó la prosapia de la figura del “abuso de derecho” y la justicia última de su existencia y eventual aplicación, pero no calló el lado inquietante de la misma: al generar un terreno de control de juricidad, por parte de los jueces, respecto de actos formalmente lícitos –que dejan de serlo, precisamente, si se los reputa abusivos-

18 Sobre este particular la doctrina ha llegado a conclusiones bastante similares. Las ideas precedentes han sido expresadas –con sus propios énfasis- por otro autor, como sigue: “...Rouillon afirma que el abuso previsto en la ley constituye un standard de gran latitud y que su utilización por los jueces requiere prudente “...al solo efecto de excepcionalmente desestimar la aprobación de ciertos acuerdos que –sin ser fraudulentos- de modo manifiesto y sin justificación impongan sacrificios desmedidos y fuera de toda razonabilidad a acreedores disidentes que de otra suerte resultarán afectados por el acuerdo abusivo aprobado por las mayorías. La delimitación del concepto es la que fija el marco dentro del cual los jueces –con base en el art. 953, 1071 del Cód.Civil y 52, inc. 4 LCQ- deben realizar el control de legalidad sustancial del acuerdo, control que compensa la supresión de topes en las propuestas, le confiere equilibrio al sistema y evita los excesos del abuso. No es únicamente el porcentaje de la quita lo que juega en ese análisis, ya que cuando existen propuestas combinadas su apreciación exigirá de una consideración de conjunto del ofrecimiento aceptado por los acreedores. Uno de las variables para analizar está en determinar cuál sería el dividendo que percibiría el acreedor en una eventual quiebra, o sea el de formular una prueba de resistencia, pero de todos modos no es la única, como lo demuestran las decisiones de los Tribunales, en la que se han considerado el plazo de cumplimiento, los intereses ofrecidos, la cuantía o significación del pago, la afectación del crédito, y también la posibilidad de conservar una empresa que tenga viabilidad y la de resguardar la fuente de trabajo, máxime en épocas de crisis generalizada...”, Arecha, Martín, “Tensiones entre la propuesta del concursado y el abuso”, en “Conflictos en la insolvencia”, directores: Nissen, Ricardo –Vítolo, Daniel R., pág. 399 [la cita es de pág. 406.

19 Truffat, E. Daniel, “La agenda concursal”, DSC Nro. 252, noviembre 2008, pág. 1045.

“En un antecedente, se trajeron a colación las interesantes conclusiones de la reunión académica del 24/4/2003, de la Universidad Notarial Argentina –instituto de derecho comercial– donde se destacan las pautas que pueden tenerse en cuenta para determinar la existencia de “abuso”: 1) si la voluntad de los acreedores es relevante comparando la totalidad de los acreedores (denunciados, insinuados, en revisión, en verificación tardía) y la proporción que votó el acuerdo; 2) si la voluntad de los acreedores fue libre o fue obtenida mediante manipulaciones hechas por el deudor; 3) la comparación de lo ofrecido en la propuesta con un eventual dividendo de quiebra y 4) la existencia de la empresa socialmente útil y generadora de empleo. Sin que ninguna resulte en sí misma configurativa o excluyente”.<sup>20</sup>

Si se parte de un análisis tan exigente de la posibilidad de abuso como el que formula el maestro Richard (y que personalmente no comparto en tanto no colocar a la solución concursal en el mismo nivel que la capitalización o la reintegración) cuando se está en presencia de quitas “la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades. Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual o de una persona humana, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad”<sup>21</sup> parece razonable postular que una propuesta que conceptualmente contemple quitas significativas, deberá articularlas a través de un mecanismo de capitalización adecuado – que no mantenga ajenos a los acreedores sacrificados momentáneamente, a la eventual mejora de fortuna del deudor-.<sup>22</sup>

En definitiva, y como resumen habido con galanura y precisión, cabe traer a colación este párrafo del fallo “Editorial Perfil”, pronunciamiento ya citado más arriba: “La cuestión sometida a decisión (si la propuesta de Editorial Perfil S.A. es abusiva o no) entronca con un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa sino imposible la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta de acuerdo. Es que, como lo observa Maffía, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra “abusiva” es un término omniabarcativo; todo cabe en él,<sup>23</sup> habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye “una pauta cuya vaguedad produce vértigo”.<sup>24</sup> Lo más

20 Pesaresi, Guillermo Mario, “Ley de concursos y Quiebras”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 368

21 Richard, Efraín Hugo, “Abusos del Derecho concursal al Derecho societario: las quitas en concursos de sociedades”, El Abuso y el Fraude en el derecho societario, concursal y del consumidor publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires noviembre 2013, pág. 381.

22 La tesis es seductora, pero personalmente creo que la lesión emergente de la obligación de mantener capitalizada a la sociedad no impone siempre la solución antedicha. Todo dependerá del contenido de la propuesta y que ésta prevenga un enriquecimiento injusto a favor de los socios.

23 Conf. Maffía, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589, JA 2002-IV, p. 1292, espec. p. 1302.

24 Conf. Ribichini, G., El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084



que puede decirse es que, caso por caso los jueces habrán de decidir lo que en conciencia crean "justo", sin que sus fallos sirvan de guía para otros supuestos, ya que estos tendrán sus propios presupuestos fácticos y circunstancias, siendo por ello imposible la traslación de una solución determinada de una hipótesis a otra. En efecto, no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia.<sup>25</sup> En el caso, la Fiscal ante la Cámara ha hecho referencia a dictámenes propios vertidos en otras actuaciones y ha señalado al valorarlos, las diferentes circunstancias fácticas que permitieron soluciones diversas. La diversidad de soluciones, empero, puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva. Así, por ejemplo, habrá de verse que la propuesta: 1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país; etc.<sup>26</sup> Asimismo, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo.<sup>27</sup> Y esta pauta cobra especial relevancia en los tiempos actuales al advertirse que pese al incremento constante del P.B.I. en los últimos años, los índices de desocupación laboral permanecen aún altos para los niveles históricos, hecho que se juzga público y notorio.<sup>28</sup> En suma, son multifacéticas las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de créditos y plazos de espera".

La jurisprudencia ha adicionado un requisito a todas luces justo: que el deudor, en pos de obtener el nuevo apoyo de sus acreedores (nuevo apoyo que conlleva en algún punto "socializar las pérdidas", es decir repartir con ellos la insuficiencia patrimonial y el quebranto consecuente) esté realizando, en orden a lo ofrecido, su "mejor esfuerzo".

Resultaría de una iniquidad palmaria que se aceptara y tolerara una propuesta que invitara a los deudores a participar de un gran sacrificio, mientras el deudor contara con sólidas perspectivas –una vez superado el mal momento con el esfuerzo ajeno- adicionar significativamente valor a su emprendimiento.

---

25 Conf. Molina Sandoval, C., Facultades homologatorias del juez concursal y cramdown power en la ley 25.589, RDPC, t. 2002-3, p. 103, espec. p. 116; Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589, ED, t. 198, p. 674; Di Tullio, J., Macagno, A., y Chiavassa, E., Concursos y quiebras, reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 186; Villanueva, J., Concurso preventivo, Buenos Aires, 2003, p. 504.

26 Conf. Heredia, P., ob. cit., t. 5, ps. 829/830).

27 Conf. Boquin, G, La propuesta abusiva y la readecuación de la propuesta, en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 429, esp. p. 445.

28 Conf. Couture, E. Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, 1993, n° 149, p. 231.



Por cierto es difícil saber cuál es la medida del mayor esfuerzo, porque siempre existe el fundado temor de la oferta de cumplimiento imposible (lo cual, ciertamente, no le sirve al deudor, no le sirve a los acreedores que simplemente habrán demorado el momento de la quiebra y de topar con un exiguo dividendo de liquidación y tampoco le servirá al Estado, conminado a llevar adelante un proceso de saneamiento de un patrimonio enfermo sin perspectivas razonables de que de él surja una solución que conserve la empresa, consolide la paz social y permita mantener al deudor como dador de bienes y servicios y proveedor de trabajo). Pero lo cierto es que el fiel de la balanza, a la hora de proponer, de considerar y de meritarse una propuesta debe ser que ya que hay un empobrecimiento general, sea el deudor (o sus accionistas) quienes lleven sobre sus hombros la carga más pesada.

Esto último suele asociarse con la exigencia, en propuestas muy exiguas, de contemplar algún mecanismo de mejora automática de la misma en caso de que la fortuna sonría al concursado. Este tipo de cláusulas vienen a compensar decisiones a veces muy ingratas, frente a una realidad angustiante, pero que, en caso de mejorar las perspectivas, reestablecen la equidad de la ecuación pues, ciertamente, resultaría muy injusto que los acreedores hicieran un gran sacrificio de sus créditos y que a posteriori, de mejorar las condiciones de mercado o similar, vean prosperar al deudor o sus accionistas y ellos sientan que "se quedaron afuera".

Se ha dicho: Lo primero, porque si bien el "enfoque desregulado" al que se alude fue el vigente con la redacción original del art. 52 de la ley 24.522 que, ciertamente, no reconocía *expressis verbis* en el magistrado facultad alguna para denegar la homologación de una propuesta de acuerdo que hubiera obtenido la aprobación de las mayorías legales en el entendimiento de que el concurso es un ámbito en el cual básicamente se debaten intereses privados de acreedores y deudor, no resultando conveniente que el juez en algunos casos se pueda subrogar a ese interés de los acreedores determinando qué es lo mejor para ellos, lo cierto es que, tras la sanción de la ley 25.589, que reformuló el texto del citado art. 52, la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es "como lo señaló correctamente el tribunal a quo" condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (inc. 4º). Dicho con otras palabras, el criterio interpretativo que en este aspecto propicia el recurso extraordinario, directamente no se adecua a la legislación vigente. Lo segundo, porque la afirmación "a los efectos de descartar su carácter abusivo" de que la propuesta de acuerdo ofrecida representa el límite máximo que la concursada puede pagar, no pasa de ser una aserción dogmática sobre aspectos de hecho y prueba, ajenos a la vía del art.14 de la ley 48, que ni siquiera han sido convenientemente propuestos a la decisión de las instancias de origen.<sup>29</sup>

### **Mecanismos de adaptación en el cumplimiento de la propuesta para disidentes y tardíos.**

Alcanzada la homologación es obvio que los acreedores concurrentes quedan sujetos al concordato (o concordatos de haber habido propuestas por categoría e, incluso, subpropuestas dentro de una misma oferta del deudor) y, en consecuencia, están habilitados para cobrar en los términos del mismo. Lo que puede ocurrir en plazos breves, aunque habitualmente suele existir algún tiempo de espera -precisamente porque las esperas y la restructuración en el tiempo de la

---

29 CSJN, "Arcangel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/recurso de hecho", 15.03.07. Repárese en particular en el segundo argumento -donde la Corte Suprema da por tierra, sin más, el conocido latiguillo de los deudores de que lo ofrecido el máximo al que pueden llegar.

atención de los pasivos suele ser una de las vías más habituales para tratar de superar la insolvencia-.

Tal mecanismo de atención de pasivo es derechamente aplicable a los disidentes, esto es a los acreedores que estando reconocidos como tales (verificados, admitidos) sin embargo no apoyaron la propuesta. Pueden cobrar en los mismos términos que los demás y el deudor, en caso de reticencia, si quiere liberarse, puede consignar su adeudo conforme se previera en el concordato.

Ya se ha visto que cualquier intento de generar "opciones de hierro" que sancionen a los disidentes por su condición de tales, y como medio para forzar la aceptación, es intolerable por comportar una clara violación a la transparencia propia del sistema y una herida insanable a la par condicio creditorum.

Pero queda el tema de los ausentes. Aquellos que no concurrieron en tiempo a ser reconocidos como acreedores o que, habiéndolo hecho, han quedado atrapados en un litigio -que suele discurrir por vía incidental- donde el tiempo que insuma la producción de pruebas y que alcance firmeza la decisión, los deja fuera de la posibilidad de cobrar.

La ley argentina tiene un esquema especial frente a las verificaciones tempestivas. Cuando un pedido verificadorio no mereció impugnaciones/observaciones de los demás acreedores, la sindicatura dictaminó a favor y el juez concuerda con tal situación, el crédito se declara "verificado". Esto equivale a una sentencia de admisión que no es revisable, salvo acción por dolo.

En cambio cuando un crédito es impugnado, aun cuando el síndico y el juez lo encuentren procedente, el crédito es declarado "admisible". Esta es una declaración provisoria, que permite votar la propuesta y aún cobrar, pero que es revisable, a través de un proceso de conocimiento por incidente que podría llegar a revertir la decisión.

Si el crédito es impugnado y el síndico y el juez comparten tales observaciones, o si solo el síndico lo objeta y el tribunal concuerda, o aun no mediando objeciones de los particulares, el Juzgado no se convence de la existencia o legitimidad del crédito, éste se declara "inadmisible". Esta también es una declaración provisoria. El afectado ni vota ni cobra, pero tiene a su mano un incidente de revisión para dar vuelta el decisorio original.

Como se advierte una vez que se obtiene la homologación pueden cobrar el acreedor cuyo crédito fue declarado verificado o admitido. En este último caso, y ante la previsible reticencia del deudor la Ley 24.522 tiene una previsión específica (art. 58): "Reclamación contra créditos admitidos: efectos. La reclamación contra la declaración de admisibilidad de un crédito o privilegio no impide el cumplimiento del acuerdo u obligación respectiva, debiendo el concursado poner a disposición del juzgado la prestación a que tenga derecho el acreedor, si éste lo solicita. El juez puede ordenar la entrega al acreedor o disponer la forma de conservación del bien que el concursado deba entregar. En el primer caso, fijará una caución que el acreedor deberá constituir antes de procederse a la entrega. En el segundo, determinará si el bien debe permanecer en poder del deudor o ser depositado en el lugar y forma que disponga. La resolución que se dicte sobre lo regulado por el apartado precedente es apelable".

El día que un acreedor "inadmisible" consigue revertir en firme tal decisión. O que un acreedor ausente consigue ser tenido por tal (fueran cuales fuesen las previsiones rituales para tal situación) se podría generar un efecto peculiar: que los demás acreedores, aquellos que pudieron votar y cobrar, ya hayan percibido sus créditos y agotado el tiempo de espera o que, al menos, lo hayan hecho parcialmente.

¿Qué hacer por tanto con estos acreedores de ingreso demorado? ¿Si la propuesta preveía una espera de tres años y ya pasaron dos, tendrán que esperar tres o uno para cobrar el total de lo prometido? ¿Qué se hará con las cuotas ya abonadas a los demás? ¿Existe la posibilidad de reclamos entre los acreedores -es decir, que estos tardíos pudieran demandar asistencia a los tempestivos?

En Argentina el art. 55 de la Ley de Concursos y Quiebras trae la previsión que prima facie resulta más lógica-y abierta a la diversidad de soluciones que pudieran exigirse-. Dice: “Los acreedores verificados tardíamente no pueden reclamar de sus coacreedores lo que hubieren percibido con arreglo al acuerdo, y el juez fijará la forma en que se aplicarán los efectos ya ocurridos, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones”.

El ver como se aplicarán los efectos ya ocurridos requiere tener en cuenta que, sin violentar la par condicio creditorum, el Tribunal deberá encontrar el modo en que aquél porcentaje que ya se hubiera abonado a los demás también se pague a tardío, pero sin frustrar la solución preventiva y sin generar una debacle que terminara dando por tierra con los derechos de todos. Así ha acaecido, por ejemplo, que habiéndose devengado diversas cuotas el Juzgado en vez de ordenar su pago "todo de una" genere alguna especie de cuotificación pretoriana que, llevando intereses compensatorios, permitan el acople entre el tardío y aquellos que fueron habidos por acreedores en tiempo propio, sin afectar fatalmente las cuentas del deudor (que, dicho sea de paso, sobre estará en trámite de recuperación de su cesación, aunque técnicamente esta se haya dado por superada en mérito a la homologación y que, en consecuencia, presentará una alta sensibilidad a reclamos tal vez demasiado contundentes para su realidad y números).

Este escenario puede complicarse según la propuesta. Piénsese que esta hubiera consistido en una dación en pago de los activos de la empresa. Bueno, hubiera dependido de un buen juez reservar activos para los tardíos de tal suerte que también les quedara a ellos de dónde cobrar.

En una situación como la así descrita se decidió: “No escapa al suscripto que, teniendo en cuenta que el acuerdo consiste en la dación en pago por entrega de bienes de la deudora, reviste cierta complejidad establecer una forma de pago equivalente para los acreedores incluidos en la modalidad “C” (tardíos y revisionistas). Sin embargo, cualquiera fuere el acuerdo, siempre deberá contener cláusulas iguales para todos los acreedores quirografarios<sup>30</sup> comprendidos en la categoría. Mas, dado que en el caso la entrega de bienes es parcial y no total –adviértase que según manifestaciones del síndico vertidas a fojas 8165 vta. b (reiteradas a fojas 8288) sólo afecta el 10% del activo de la concursada- tal escollo podrá ser definitivamente salvado, efectuando una reserva sobre el 90% restante del activo para cancelar el mismo porcentaje de capital que el resto de los acreedores (100%)”.<sup>31</sup>

Imagínese otra hipótesis conflictiva. Que la concursada haya ofrecido cancelar su pasivo mediante la capitalización de acciones pero que, dado que el crédito de un cierto acreedor estaba impugnado judicialmente, la emisión sólo cubría el pasivo existente en ese tiempo y que en sucesivas emisiones no se contempló el crédito de tal acreedor hasta que finalmente este último obtuvo reconocimiento. Para que el ejemplo sea más contundente, imagínese que no se había previsto la suspensión del derecho de suscripción preferente y que la compañía deudora había mejorado notablemente su cotización. Este caso existió en realidad y motivó esta decisión: “Lo cierto y concreto, reitérase, es que actualmente no existen suficientes acciones emitidas en

30 Tonón: Ob. cit. - pto.III - pág. 875.

31 Curi Hnos S.A. s/concurso preventivo”, Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 9, 3/08/2002.

ocasión del anterior aumento de capital efectuado para cumplir el acuerdo preventivo. Solo queda, entonces, recurrir al procedimiento supletorio previsto en el mismo acuerdo, procediéndose a aumentar nuevamente el capital social en la suma necesaria para tender el crédito del... [acreedor] –con los alcances del acuerdo- y, si como de toda obiedad, los restantes accionistas ejercieran el derecho de suscripción preferente el crédito del [acreedor] debería ser abonado en pesos con el dinero integrado por esos accionistas. Las alegaciones vinculadas a la falta de trato igualitario respecto del resto de son inatendibles... primero porque cuando los restantes acreedores recibieron las acciones emitidas por [deudor] para cumplir el acuerdo, su valor de cotización bursátil era inferior al valor nominal. Es decir, en aquel momento, todos los acreedores percibieron aún menos de lo que recibirá el [acreedor ahora. Sólo aquellos que hayan decidido conservar las acciones, han aumentado, luego de un tiempo, el valor de su capital invertido. Pero ello sucedió en una instancia ulterior a la de cumplimiento del acuerdo y se vincula con una decisión especulativa de cada acreedor en particular”.<sup>32</sup>

### **Conclusiones.**

Los disidentes y tardíos están tan sujetos al concordato como aquellos que voluntariamente lo aprobaron y conformaron por directo imperio de ley. Decisión que resulta lógica con el sistema de acuerdo de mayorías y que, claramente, es funcional al funcionamiento del sistema de reestructuración convencional de pasivos y, por lógica implicación, al desiderátum de superación del estado de cesación de pagos y conservación de la empresa.

Pero tratándose de sujetos que no ejercieron la autonomía de su voluntad, o la ejercieron sin suerte porque se opusieron a la oferta efectuada por el deudor, parece lógico analizar si hay exigencias axiológicas inexcusables para que el sistema todo resulte acorde con una regulación racional, y ajustado a los parámetros de las Constituciones políticas.

Sensatamente puede colegirse que sí, porque básicamente el derecho no sólo juega su vigencia en la coactividad del Estado sino que debe estar informado de legalidad (en orden al origen del dispositivo) y de legitimidad (esto es, de cierto consenso social de encontrarse frente a una previsión justa que no ofenda ni agravia el sentir de la moral social media).

Con tal enfoque cabe apuntar que en auxilio de la propuesta concordataria viene el principio mayoritario y, eventualmente para quienes comparten tal tesis, el principio colegial. Lo que impone, como contrapartida, la libertad y transparencia de emisión de las voluntades que se computan para tener por tomada la decisión mayoritaria.

De igual suerte la propuesta, de suyo, deberá ser veraz y seria, deberá resultar ajena a toda forma de abuso y deberá evitar y prevenir cualquier discriminación indebida. Debiendo, por el contrario, contemplar la necesidad de efectuar diferencias en ciertos casos particulares, tal como lo atinente a los acreedores involuntarios.

### **Bibliografía.**

- ARECHA, Martín, “Tensiones entre la propuesta del concursado y el abuso”, en

---

<sup>32</sup> “Sociedad Comercial del Plata S.A. s/concurso preventivo”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 18, 8.09.16. Increíblemente, realizada la asamblea de aumento de capital y suspensión del derecho de suscripción preferente, esta tesis fue aprobada por mayoría.

Conflictos en la Insolvencia, directores: NISSEN, Ricardo y VÍTOLO, Daniel R.

- BONSIGNORI, Angelo, Del Concordato Preventivo, comentario Scialoja-Branca “Legge Falimentare”, art. 160-186, N. Zanichelli Editore, Bologna, 1979, p.138.
- CÁMARA, Héctor, El Concurso Preventivo y la Quiebra, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DASSO, Ariel Angel, Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- GRAZIABILE, Darío J., Régimen concursal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- HEREDIA, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2000.
- JUNYENT BAS, Francisco et al, Ley de Concursos y Quiebras, 3era Edición, Abeledo Perrot, , Buenos Aires, 2011.
- PESARESI, Guillermo M., “Ley de Concursos y Quiebras”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- RICHARD, Efraín Hugo, Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia), Summa Concursal, Director ETCHEVERRY Raúl, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- RICHARD, Efraín Hugo, Abusos del Derecho concursal al Derecho societario: las quitas en concursos de sociedades. El Abuso y el Fraude en el derecho societario, concursal y del consumidor publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires, noviembre 2013.
- TRUFFAT, Edgardo Daniel, ¿Decoctor ergo fraudator? Lexis Nexis, Córdoba Nro. 7, julio 2007.
- TRUFFAT, Edgardo Daniel, Perfiles homologatorios, ED, 3.12.07.
- TRUFFAT, Edgardo Daniel, La agenda concursal, DSC Nro. 252, noviembre 2008.

**CAPÍTULO DOS.****FACULTAD JUDICIAL DE APROBAR, RECHAZAR O IMPONER  
LA PROPUESTA DE ACUERDO FORMULADA POR EL DEUDOR.****Carolina FERRO – Argentina**

**La finalidad para la sociedad de la existencia del proceso de concurso preventivo (de reorganización).**

A modo introductorio es necesario establecer la importancia del concurso preventivo como método de reorganización de una actividad económica en estado de insolvencia, para la sociedad (comunidad toda).

Sin detenernos a analizar las distintas definiciones que a lo largo de la historia de la filosofía ésta nos ha provisto sobre el concepto “sociedad”, en esta oportunidad vamos a entender a la sociedad como el grupo de seres humanos que funcionan en conjunto y como tales se relacionan.

Dentro de “esa” sociedad, veremos que más allá de la ignorancia que al respecto tengan posiblemente la mayoría de las personas humanas sobre la importancia que pueda tener un proceso concursal de reorganización, ciertamente estos lo tienen. Ello así en tanto, como veremos infra, parte de la subsistencia de estas sociedades (comunidades) está basada en actividades económicas de pequeñas o medianas organizaciones que pueden requerir el remedio concursal, y deben encontrar en él una solución a su problema y no empeorar su situación con el tránsito de dichos procesos, con los consecuentes impactos que su fracaso tiene en toda la colectividad.

De allí también la proporcional responsabilidad del juzgador que, en último término, será quien va a sellar de manera definitiva la suerte de ese proceso, en el uso de las facultades de aprobar, rechazar o imponer la propuesta formulada por el sujeto deudor.

Para hacer justicia con el análisis sobre la importancia que tiene para la sociedad el éxito del proceso concursal, o las perjudiciales consecuencias que trae aparejada su frustración, es necesario resaltar que gran parte de la organización empresarial mundial que económicamente incide en nuestros países son, reiteramos, pequeñas o medianas empresas.

Un estudio de Harvard en el año 2001 demostró que a nivel global las empresas familiares representan 2/3 del total mundial,<sup>33</sup> advirtiendo a modo de ejemplo, que en Estados Unidos representan el 96%, Italia 99%, España el 71% y en la República Argentina el 70%.<sup>34</sup> Si bien socialmente se ha comprobado que son más consistentes que el resto de las empresas al soportar mejor, las crisis económicas por su vocación de permanencia, realización de inversiones a largo plazo, duración en los puestos de trabajo, entre otros aspectos, la realidad es que las divergencias entre la multitud de agentes e intereses involucrados pueden causar conflictos que llevan a poner en peligro la existencia de la compañía y la estabilidad de la familia. Estos riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales ya que al pasar a la segunda generación crece la

---

33 CASADO, Fernando, “La empresa familiar y la clave del éxito en su evolución” Instituto de la empresa familiar. Sitges, 5 de julio de 2007. [www.iefamiliar.com](http://www.iefamiliar.com)

34 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Comentario de la obra colectiva Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia, dirigida por Gabriela Calcaterra y Adirana Krasnow”, La Ley, 29.09.2010

complejidad de la familia en su relación con el negocio.<sup>35</sup>

Así las cosas, siendo que la pérdida de una actividad económica organizada (en forma personal, o de sociedad comercial), con la consecuente pérdida de empleo y de riqueza económica es siempre lamentable, es aún más injusta cuando no se debe solamente a las fuerzas del mercado sino a la falta de utilización de las herramientas que provee el derecho –en este caso para la solución de la insolvencia-. La falta de especialización de los involucrados en la temática que nos ocupa, o la falta de eficacia en el ejercicio de las facultades que han sido puestas en manos del Juez por la propia ley.

Demostrada la importancia que tiene para nuestras sociedades que la solución concursal sea exitosa, sería menester que quien tiene en sus manos la facultad homologatoria de la propuesta concursal reúna entre sus conocimientos, o entre sus asesorías, elementos propios de la administración de empresas y economía, así como también de la psicología, el derecho a través de diferentes áreas (sociedades, concursos y quiebras, laboral, fiscal, contratos y penal).

Es decir, que la trascendencia del tema lleva a requerir del juzgador la capacidad de analizar elementos de muy diversos ámbitos: administradores de empresa, contadores, expertos en management y en finanzas, escribanos, abogados, sociólogos, psicólogos, mediadores y negociadores, entre otros, hacia el objetivo de lograr una genuina solución que habilite el mantenimiento del sujeto endeudado, y la reinserción adecuada en la comunidad, no sólo en lo económico y jurídico, sino también como agente creador de empleo, de ingresos a las arcas públicas, etc.

Así es clara la relevancia para la comunidad, de la subsistencia de estas “empresas”, que no son de envergadura, y en general responden al modelo familiar referido. Más allá de encontrar diversas definiciones -en las que predominan unos u otros elementos- en términos generales se considera que hay empresa familiar cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa.<sup>36</sup> También se sostiene que es aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa.<sup>37</sup>

Es un hecho que la empresa familiar tiene una gran trascendencia económica y social, contribuyendo al desarrollo económico de los países en general y a la estabilidad económica de la familia en particular. Por ello, es en estos supuestos que resulta tan trascendente para la sociedad, la subsistencia de la empresa. Generalmente este tipo de organizaciones tienen mayor vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de la misma, incorporando a las siguientes generaciones,<sup>38</sup> y trascienden el mero objetivo económico.

---

35 MEDINA, Graciela, “Empresa Familiar”, La Ley 13.09.2010.

36 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, El Derecho, Tomo 236, 17.02.2010, p. 2.

37 RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, “La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil”, Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000, p. 23/24, citado por Martorell Zulueta, “Purificación Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios”, en Reyes López, María José (coordinadora) La empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, p. 76.

38 GORTAZAR LORENTE, Carlos, “Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo”, Ponencia en las XIII Jornadas de Dret Catalá a Tossa.



Sin embargo los conflictos derivados de la insolvencia importan un deterioro más allá de lo económico, un menoscabo psíquico de los sujetos involucrados, como también de los trabajadores, así como también en la vida interna de la empresa y, en algunos casos, también de clientes y proveedores. Lo cual conlleva a dificultar aún más la solución de salida de las crisis.

Con base en tal circunstancia es necesario que la facultad conferida al juez relativa a la aprobación, rechazo o imposición de una propuesta de acuerdo sobre todo en estos casos debe ejercerse con la mayor profesionalización, teniendo en cuenta las cuestiones económicas, financieras y roles de los sujetos involucrados en el proceso concursal, así como la trascendencia de la empresa dentro de su comunidad, todo lo que crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad de modo de posibilitar su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad de la mano de quiebras que tampoco pagan los créditos. Por supuesto, siempre y cuando las actividades sean realmente económicamente viables por sí mismas, pues de lo contrario, la solución es temporal y deja de ser tal para convertirse simplemente en un problema futuro o problema procrastinado y al postre agravado.

La trascendencia de la facultad en manos del juez ha motivado que de un tiempo a esta parte la doctrina se interrogue sobre la necesidad de alguna reforma legislativa que establezca pautas que permitan el ejercicio más certero de esta facultad.

Sin embargo la actual estructura normativa concebida no prevé mecanismos institucionales idóneos para determinar las pautas mínimas para resolver el conflicto en términos de repago del pasivo.

Entonces, habrá que analizar y determinar si dichas pautas deben ser establecidas por ley. Y así interrogarse si la carencia de una regulación específica que fije las pautas mínimas de los términos de una propuesta y parámetros específicos facilita o impediría arribar a la mejor solución, siendo conveniente mantener en manos del juzgador - sin pautas pre establecidas – la valoración final de la propuesta sea para desestimarla o para imponerla, aceptando que la realidad de cada caso no puede tener un molde en la legislación.

En este sentido no podemos perder de vista que las empresas núcleo de las economías nacionales presentan características particulares, atendiendo a sus características de familiaridad, rubros involucrados, actividad, situación económica nacional, elenco de acreedores, cargas impositivas, y muchas otras variables.

Repetidamente se ha dicho que el derecho de la insolvencia no ha podido, y lo cierto es que no es su función, atender a los especiales caracteres de una crisis económica nacional, lo que ha producido que algunas de las reformas legales resulten infértiles para la solución de estos conflictos. Esta experiencia debe ser considerada antes de instar una reforma. A veces la variable de ajuste no debe ser la legislación sino la formación de criterios doctrinarios y jurisprudenciales adaptados a la realidad de cada momento económico y social de cada comunidad y compatibles con proyectos y objetivos claros derivados de un proyecto de economía nacional seria, industrial de inversión, de responsabilidad empresarial, de consumo responsable.

En este orden de ideas soy proclive a considerar innecesaria una reforma que contenga la fijación legal de pautas, sobre todo en países como la argentina con variaciones substanciales en su economía que alterna episodios de recesión con períodos de estabilidad en un promedio de cada cuatro años o una crisis cada cinco,<sup>39</sup> y políticas sociales y públicas lamentablemente

---

39 Economía de los ansiosos: Martin Lousteau at TEDxRosario.



variables según el signo político. En este sentido, a lo sumo podrían considerarse parámetros de orientación –adaptables a cada caso concreto– pero nunca pautas que devengan en dogmas inamovibles.

A esta altura no puede desatenderse que el 1 de agosto de 2015 comenzó a regir en la República Argentina un nuevo sistema de derecho privado. La Ley 26994 reformó integralmente el Código Civil, unificándolo con el Código de Comercio, el cual fue abrogado; también derogó otras normas complementarias, como la de propiedad horizontal y la de fideicomiso que incorporó al texto unificado vigente, y realizó modificaciones parciales en la Ley 19.550, cuyo nombre fue sustituido por el de Ley General de Sociedad.

El legislador incorporó en esta oportunidad a la ley de fondo en el Título Preliminar, Capítulo 3, artículos 9 a 14 el principio de buena fe, el abuso de derecho, el abuso de la posición dominante; opciones que merecen ser investigadas como herramientas alternativas para el Juzgador a fin de analizar en beneficio de la sociedad (comunidad) las propuestas de acuerdo formuladas por los deudores, y las conductas adoptadas por los acreedores cuando los casos concretos lo ameriten.

Esta opción no implica, sin embargo, prescindir de la legislación concursal, sino todo lo contrario, integrarla con estos principios para brindar una mejor solución adaptada a cada caso.

El Código Civil y Comercial aporta además todo un capítulo especial dedicado a los aspectos generales de las personas jurídicas, cualquiera sea su carácter, fijando criterios sobre el funcionamiento de aquellas cuya aplicación y eficacia es motivo de controversia en lo que respecta a las sociedades comerciales, reguladas por una ley especial. Ese cuerpo normativo, la Ley 19.550, también sufrió reformas en su articulado, aunque de un modo parcial. El cambio más ostensible es la aceptación de la sociedad unipersonal, ceñida a funcionar dentro del tipo de la sociedad anónima. La posibilidad de amalgamar ambas categorías, de modo que la sociedad anónima unipersonal facilite la formación y desarrollo de negocios y actividades. Así, se han incluido las nuevas sociedades reguladas en la Sección IV de la Ley 19.550, es decir, las sociedades que antes se tachaban de nulas y ahora pueden funcionar aun cuando no se sujetan a los tipos autorizados, o no cumplen los requisitos esenciales o no satisfacen las formalidades exigidas por la Ley. E incluso ha incorporado entre los motivos de remoción de las causales de disolución de las personas jurídicas que “En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”,<sup>40</sup> que si bien no pocas críticas dicha incorporación ha recibido de la doctrina, su vigencia es innegable.

El Código Civil y Comercial es donde la balanza mejor se inclina hacia la tutela de la sociedad, especialmente a partir de la vocación legislativa de ampliar el ámbito de autonomía de los sujetos, con los beneficios derivados de una creciente autonomía de la voluntad de las personas que pueden advertirse en varias normas del nuevo Código Civil y Comercial, además de dotar al Juez de mayor arbitrio para sus decisiones siempre que resulten razonablemente fundadas.<sup>41</sup>

El estudio sobre el alcance de la facultad judicial de aprobar, rechazar o imponer la propuesta de acuerdo formulada por el deudor resulta un gran desafío por haber sido y podríamos decir todavía ser un punto de análisis pendiente en Argentina.

El primer cuestionamiento que a esa facultad debe hacerse, es relativo a la idoneidad de los

---

40 Artículo sustituido por punto 2.21 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

41 Art. 3 CCCN

jueces para poder expedirse sobre cuestiones económicas, financieras, productivas, y en general de la vida de los negocios de una actividad en mayor o menor escala (individual o pequeña y mediana empresa), cuando en el caso particular de la Argentina la mayoría de los jueces carecen de expertise en tales asuntos como consecuencia de ser la judicatura en la mayoría de los casos una carrera en sí misma. Mientras que tanto la realidad como la doctrina, exigen un conocimiento mayor en tales materias.

“En este sentido será de vital importancia que el juez posea absoluto conocimiento y comprensión, tanto del estado financiero como de las características particulares de la actividad que desempeña la deudora, ya que, una propuesta que a simple vista resulte abusiva, puede ser en el fondo, absolutamente justa en virtud de las circunstancias que rodean a la actividad de la deudora, esto, dado que los márgenes de ganancia o productividad varían en forma notable de un rubro a otro, así, resultan absolutamente diferentes los márgenes gananciales de una empresa dedicada a la venta de productos alimenticios y una empresa dedicada a la importación y venta de insumos para computación”.<sup>42</sup>

Así se produce una llamativa incongruencia entre la importancia que la decisión del Juez de turno tiene sobre la actividad y la vida de los sujetos deudores (sean personas humanas o jurídicas) y su escaso o al menos limitado conocimiento sobre el mundo comercial y la empresa (en los mejores de los supuestos a la teoría) basado en la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia.

#### **La importancia de los efectos del acuerdo homologado.**

La homologación por parte del juez respecto del acuerdo arribado entre el deudor y sus acreedores es la finalidad que persigue el procedimiento concursal de reorganización.

En primer lugar, y desde el punto de vista del deudor, porque transitado el dificultoso proceso concursal, dicha homologación significa evitar la quiebra y continuar con la actividad. En todo caso, soslayar el fracaso que habría significado la liquidación de sus bienes.

Por otra parte, para el acreedor importa la posibilidad de recuperar parte de su crédito de acuerdo a la propuesta respecto de la cual prestó su conformidad, o le fue impuesta por mayoría legal.

La homologación del acuerdo evita la quiebra y sus consecuencias disvaliosas con impacto para toda la sociedad, impide la desaparición definitiva de la actividad productiva, la pérdida de puestos de trabajo, la pérdida de la posibilidad de recuperar un contribuyente para el fisco, la afectación del régimen de la seguridad social, entre otras. Estas cuestiones si bien no se enroscan dentro de la órbita estrictamente jurídica, no pueden ser ajenas a los operadores del derecho ni al legislador en su análisis, en virtud del impacto que tienen las normas que se dictan para paliar la escasez, sobre la comunidad toda, y considerar todo ello debe ser intrínseco de la función de aplicar dichas normas por parte del juzgador que le toque en cada caso.

Dicho esto, cuestión harto relevante para hacer un correcto estudio del tema que estamos llamados a tratar, cabe adentrarnos en los efectos de carácter estrictamente jurídicos que trae aparejados para todos los intervinientes del proceso, y en los cuales se apoya la importancia de

---

42 Guillermo D. Hansen, Breve comentario al art. 52 de la Ley Nº 24.522. Facultades homologatorias del Juez. 30-07-2004 - Revista de las Sociedades y Concursos - IJ-XXIX-668

lograr u obtener dicha “homologación”, así tenemos:

- a) El primero y quizá más importante de los efectos es la novación: Para el derecho argentino la novación “es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla”.<sup>43</sup> Cabe destacar que la novación que se produce como consecuencia de la homologación del concurso preventivo del deudor principal es una novación objetiva, pues se modifican los elementos objetivos esenciales de la obligación; en principio no existe novación subjetiva.<sup>44</sup> Tal novación es “legal” por su origen y “objetiva” por cambio de causa, ya que da lugar al nacimiento de una obligación nueva -la obligación concordataria- que reconoce fuente u origen en la propuesta homologada judicialmente y que sustituye a la obligación primitiva.<sup>45</sup> Este efecto es trascendente, pues como consecuencia de la propuesta homologada el deudor hace “desaparecer” aquellas obligaciones que no podía afrontar y nacen las que se compromete a cumplir a partir de ese momento.
- b) La exigibilidad inmediata de las obligaciones del deudor principal al fiador y a los codeudores solidarios, (si es que hasta entonces no hubiera operado la exigencia de los acreedores sobre los garantes, bajo distintas hipótesis que no son materia de este trabajo), en tanto la ley argentina prevé que “la novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”.
- c) Efecto respecto de todos los acreedores. Este (junto con la novación) es el más importante de los efectos de la homologación de la propuesta de acuerdo, formulada por el deudor y aceptada por sus acreedores.

En este punto, hay que distinguir (o cuanto menos recordar) que sólo el acuerdo con acreedores comunes y su respectiva homologación es condición para la subsistencia del deudor. Mientras que el acuerdo con los acreedores privilegiados quedará supeditado o bien a la homologación de la propuesta que a éstos se les formule sólo cuando el deudor opte por hacerlo, o en su caso no existirá acuerdo con acreedores privilegiados para homologar y dichos acreedores retomarán su facultad ejecutiva individual.

Es decir que este “efecto sobre todos los acreedores” lo será sobre todos aquellos con los que haya existido acuerdo, y en la medida de la propuesta ofrecida. Pudiendo entonces no existir efectos de homogeneidad en la forma de pago de los créditos sobre acreedores privilegiados, respecto de los cuales el deudor puede que haya optado por no ofrecer propuesta o la ofrecida no haya sido conformada con las mayorías suficientes, y no sea tal circunstancia condicionante de la homologación de la propuesta con los acreedores comunes.

Así, el efecto “respecto de todos los acreedores”, en caso de éxito, será idéntico para todos aquellos acreedores cuyo rango (comunes o privilegiados) hayan recibido una propuesta que haya tenido acuerdo por los acreedores en cantidad (doble)<sup>46</sup> suficiente y fuera homologada.

- d) Los acreedores (igual que el deudor) han perdido la facultad de negociar más allá de los términos de la propuesta de acuerdo, pues conforme la ley “Son absolutamente nulos

---

43 Art. 933 CCCN definición.

44 Lornell S.A. s/Quiebra s/Inc. de Declaración de Ineficacia (por la Sindicatura). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C. 05-07-2005 cita: IJ-IX-969

45 Catter Meat S.A. s/Concurso Preventivo s/Inc. de Apelación (promovido por la concursada) - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D - 10-04-2008 - IJ-XXIX-474

46 Refiriendo a la doble mayoría de personas y capital que exige la ley.

los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el acuerdo para cada categoría”.

Si bien este efecto no es fundamental como los señalados en a) y c), vale tener presente que el poder del acreedor en el proceso concursal debe (al menos) circunscribirse a su facultad de prestar o no conformidad con la propuesta que formuló el deudor.

Sin embargo a los efectos del presente trabajo toma relevancia esta incapacidad de tener beneficios distintos a los demás acreedores integrantes de su categoría, pues una de las circunstancias que deberá analizar el juez para imponer al acreedor renuente la propuesta, es precisamente –si fuera posible determinar– las causas de su disidencia o discrepancia. Pues bajo aquellas hipótesis en las cuales pueda probarse o incluso existir indicios suficientes sobre el ejercicio de dicho derecho del acreedor de manera abusiva, el juez podría imponerle el acuerdo.

- e) La prescripción de los créditos cuyo reconocimiento no se haya solicitado en el plazo – en general más acotado– previsto por la ley concursal.
- f) La responsabilidad de los socios ilimitadamente responsables, cuando se trate de una sociedad cuyos socios revistan tal carácter, en los términos de la propuesta de acuerdo formulada por el deudor a sus acreedores, y aprobada o conformada por estos. En última instancia homologada por el Juez.
- g) Se adoptarán todas aquellas medidas que correspondan de acuerdo a los términos de la propuesta de acuerdo homologada. Es decir, de acuerdo al elenco que ofrece en forma descriptiva la propia ley. Así, en caso de corresponder se constituirán las garantías pertinentes (ofrecidas en la propuesta), podrá procederse a la entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos.<sup>47</sup>
- h) Se podrán mantener o remover las medidas cautelares dispuestas sobre el patrimonio del deudor con motivo de la declaración del concurso preventivo. Tal circunstancia dependerá de la conformidad o no que al respecto hayan prestado los acreedores para relevar esas trabas.
- i) Cesan las limitaciones (aunque atenuadas) a la administración y disposición de los bienes del concursado. Ello ocurre, en la medida de la propuesta que fue conformada por los acreedores, de acuerdo a lo señalado en los puntos g) y h) precedentes.

Finalmente, cabe concluir que a los fines del presente trabajo, los efectos que debemos considerar preponderantes para determinar si el Juez puede tener la facultad de imponer una propuesta al o los acreedores disidentes, son la novación, pues aquél acreedor renuente se verá obligado a aceptar la modificación de su obligación sin poder hacer ejercicio de la autonomía de su voluntad, y para la consideración de la oportunidad del ejercicio de una facultad de tal naturaleza (si reconociéramos que existe) lo señalado en el inciso d) precedente, es decir la conducta y su motivación por parte del acreedor.

---

47 Art. 43 Ley 24.522

**Tipos de propuestas de acuerdo que puede formular el deudor. Categorización.**

El deudor debe ofrecer una propuesta de pago a sus acreedores quirografarios, pues si no lo hiciera será declarado en quiebra (art. 43 LCQ). Sin embargo respecto de los acreedores privilegiados es facultativo que el deudor presente propuesta.

Además, en relación a los acreedores quirografarios –y eventualmente a los acreedores con privilegio general– el deudor tiene la facultad de categorizar a los acreedores que integran su pasivo –siempre siguiendo un criterio de razonabilidad–.

Cabe destacar que el texto de la ley concursal (en su artículo 41) indica que: el deudor debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo

Del texto cabe colegir que la categorización tiene por finalidad facilitar el acuerdo al deudor a través de la posibilidad de ofrecer distintas propuestas a las distintas categorías de acreedores que fije. Y que dicha propuesta debe cumplir ciertas características, como ser fundada y razonable.

Sin embargo, los argentinos proclives a cuestionar y debatir se encuentran divididos en su interpretación respecto de la disposición legal, pues hay quienes sostienen que lo que se clasifican o agrupan en los procesos concursales no son acreedores sino créditos,<sup>48</sup> mientras que otra parte de la doctrina sustenta la idea que la categorización es de acreedores y no de créditos pues “siendo la finalidad de la categorización, posibilitar al concursado presentar propuestas diferenciadas a sus acreedores, carecería de sentido clasificar créditos, con el riesgo de que un mismo acreedor –con pluralidad de acreencia – se encuentre incluido en más de una categoría, y a él se le dirija más de una propuesta y tenga la posibilidad de prestar conformidad o no en un número igual de oportunidades”.<sup>49</sup>

No entraremos a considerar dicho debate, ya que no es materia de análisis en el particular. A los efectos de este trabajo sólo es importante tener presente que el deudor tiene la facultad de dividir al total de los acreedores en grupos, y en cada uno de éstos coloca a algunos de ellos por razones de “afinidad”, de modo fundado y razonable esto es, mediante una utilización de criterios objetivos basados en un denominador común, lógico y funcional (la idea de afinidad anticipada), que permita agrupar los acreedores en forma adecuada e idónea para cumplir la finalidad que la ley impone.<sup>50</sup>

Entonces, en el marco de esa categorización puede separar en grupos a sus acreedores quirografarios. Mientras que por su parte la ley establece dos categorías además de referir a los

---

48 BARREIRO, Marcelo G., “Modificabilidad de la categorización de los créditos (¿Hay categorización después de la categorización?), con cita de “Categorización de créditos no de acreedores”, en XXX ENCUESTO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PCIA. DE BUENOS AIRES, MAR DEL PLATA, 25 y 26 de noviembre de 1999, en co - autoría con el Dr. Javier Lorente, y “Categorización de créditos no de acreedores”, en la revista EL DERECHO del día 27 de abril de 2000, págs. 1 a 3 (E.D. 187 – 1409/15), en co - autoría con el Dr. Javier Armando Lorente

49 GRAZIABILE, Dario J. “Problemas en la conformación del acuerdo preventivo judicial”, en Cuestiones conflictivas en el actual derecho concursal” en homenaje al Profesor Dr. Ariel Angel Dasso, E.D. Truffat Director Académico, IADC, Agosto 2012.

50 Barreiro, Marcelo G., MODIFICABILIDAD DE LA CATEGORIZACION DE LOS CREDITOS (¿HAY CATEGORIZACION DESPUES DE LA CATEGORIZACION?).

quirografarios, y se trata de los quirografarios laborales, y los privilegiados. El texto de la ley (literal)<sup>51</sup> también genera un debate respecto de si la existencia o fijación de tales categorías es facultativa u obligatoria.

Una vez más veremos que los criterios adoptados por la doctrina son diversos. Así, hay quienes afirman que “Más allá de la literalidad de la ley, no existe obligación por parte del concursado de presentar la propuesta de categorización...cuando la propuesta de acuerdo sólo haya de ser dirigida a los acreedores quirografarios, podrá presentarse la misma para todos ellos, incluso para los quirografarios laborales, sin necesidad de categorizar”.<sup>52</sup> Se enrolan en esa postura muchos de los doctrinarios argentinos;<sup>53</sup> aunque, hay que decirlo, hay otros tantos que opinan lo contrario.<sup>54</sup>

Veremos que esta cuestión, relativa a la obligatoriedad o no de categorizar a los acreedores quirografarios laborales tendrá cierta incidencia en nuestro estudio, tal como se desprende más adelante.

### **Principales destinatarios de la propuesta de acuerdo. Los Acreedores comunes.**

Los principales destinatarios de las propuestas que formulará el deudor durante su proceso de concurso preventivo, en principio son los acreedores comunes.

Aquellos que careciendo de cualquier privilegio o preferencia para la percepción de sus créditos tendrán luego en sus manos la subsistencia de “la empresa”.

Sin la conformidad de estos acreedores comunes el concurso fracasará, consecuentemente su trascendencia como principales destinatarios de la propuesta será indiscutible.

### **Acreedores privilegiados en general.**

Podrá advertirse que en el desarrollo de este trabajo no se ha incluido en el elenco de supuestos a analizar el del acreedor con privilegio especial. Ello así pues, es difícil imaginar que tales acreedores –cuando existiera más de uno– puedan acceder a un formato único de percepción de sus créditos, siendo que generalmente sus condiciones originales de crédito son absolutamente disimiles entre sí. Y tan o más difícil es imaginar que el deudor pueda obtener la

---

51 Art. 41 LCQ: “...La categorización deberá contener, como mínimo, el agrupamiento de los acreedores en TRES (3) categorías: quirografarios, quirografarios laborales -si existieren- y privilegiados, pudiendo -incluso- contemplar categorías dentro de estos últimos.”

52 Graziabile, Dario J. o cit.

53 Barreiro, Marcelo G. o.cit; Maffia, Junyent Bas, Reggiardo, Macagno y Di Tullio (citados en Digesto La Ley “CONCURSOS, Tomo II, capítulo IV, pág. 614, nota 3241) Rouillón y Fassi - Gebhardt (Rouillón, Adolfo, “Régimen de los Concursos y Quiebras”, Pág. 82 83, Edit. Astrea, y Fassi – Gebhardt, “Concursos y Quiebras”, pág. 138) entendiendo que “la obligatoriedad que proclama la ley es efectiva sólo cuando el deudor pretende formular ulteriormente...propuestas diferenciadas a distintos grupos de acreedores” y “tiene un apoyo implícito en la ley: que no hay sanción por la omisión de esta categorización”.

54 Colombres Garmendia, Iglesias, Barbieri y Rivera (citados en Digesto La Ley “CONCURSOS, Tomo II, capítulo IV, pág. 614, nota 3241) entienden que categorizar es una obligación del deudor y no una facultad, para lo que se fundan en la imperativa indicación “debe” que postula el art. 41, mientras que Por último, una tercer postura sostenida por los Dres. Vaiser y Mosso (citados en Digesto La Ley “CONCURSOS, Tomo II, capítulo IV, pág. 614, nota 3242), variante matizada de la segunda, postula que la categorización es una carga que debe cumplir aquel deudor que pretenda ofrecer propuestas diferenciadas a sus acreedores pero respetando la decidida observancia de las categorías mínimas que en definitiva son dos: quirografarios y quirografarios laborales. En buen romance, atento que la de quirografarios, como el sol siempre están, si el deudor no crea la categoría de quirografarios laborales, existiendo éstos, debe el Juez formularla

unanimidad de esos acreedores, que es la mayoría exigida por la ley, para lograr la homologación de acuerdos con los acreedores que son titulares de créditos con tal privilegio.<sup>55</sup>

Bajo el régimen de la ley nacional, parece poco viable que el juez tenga facultades suficientes para imponer al acreedor con privilegio sobre un bien determinado la forma de cobrar su crédito, cuando el acreedor no pierde la facultad de ejecutar el bien que es asiento de su crédito, y tan solo puede ver postergada la ejecución por una vez a lo largo del proceso por un término de 90 días y cuando se merite la “necesidad y urgencia evidentes para el concurso” y “el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores” (art. 16 in fine).

Con tal plataforma fáctica y legal, sumada a la exigencia normativa que impone que para que exista acuerdo de acreedores con privilegio especial se requiere la unanimidad de éstos, parece imposible, en tal escenario que las facultades del juez puedan extenderse a imponer un acuerdo a este tipo de acreedores. Lo cual sella la suerte negativa respecto de tratarlos como materia de estudio en este trabajo.

Luego, se presentan dentro del rango de acreedores posibles con alguna prioridad los denominados acreedores con privilegio general, e identificados por su preferencia de cobro sobre la totalidad del pasivo del deudor (y ya no sobre un bien determinado como los créditos que gozan de privilegio especial). Encontramos que estos privilegios son de carácter legal y tienen fundamento en el origen o causa de los respectivos créditos (vrg. Alimentarios, laborales, fiscales, etc.).

Cabe destacar que generalmente aparece como complejo establecer una única categoría de “acreedores privilegiados generales” precisamente por la diversidad en las causas de sus créditos, y resulta imposible mezclar éstos con los acreedores con privilegio especial a la hora de ofrecer una solución a unos y a otros.

Bajo el régimen de la ley argentina la obtención de mayorías en conjunto de acreedores con privilegios especiales y acreedores con privilegios generales reconocidos, resulta impracticable a los fines de la categorización, en tanto el art. 44 LCQ por expresa remisión al art. 46 establece que para los acreedores con privilegio general el acuerdo oponible a los integrantes de la categoría se obtiene con la mayoría absoluta de los acreedores dentro de la categoría, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de la misma; sin embargo, el citado art. 46 establece expresamente que debe contar con la aprobación de la totalidad de los acreedores con privilegio especial a los que alcance. Es decir que para unos y otros acreedores las mayorías computables son distintas, no pudiendo así integrar nunca una única categoría.

Asimismo veremos a continuación respecto de dos clases de acreedores con privilegio general, qué posibilidades tendría el juez de ejercer las facultades de imponer el acuerdo a esos acreedores, o si en realidad carece de esa facultad ante tales supuestos.

Según la ley argentina, en el marco del proceso concursal, gozan de privilegio general los siguientes créditos:

“1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de

---

55 Unanimidad de los acreedores reconocidos en el proceso concursal, por lo que esta alcanzará y bastará para entender comprendidos en ella a los que posteriormente pudieran ser reconocidos como tales.



desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; 2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; 3) Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS (6) meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras; 4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal; 5) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador”.<sup>56</sup>

Además de los acreedores quirografarios, son los acreedores con privilegio general quienes podrían ser destinatarios de propuestas diferenciadas, cuando hubieran sido clasificados por el deudor en diferentes categorías. En este supuesto la mayoría que exige la ley para arribar al acuerdo con estos acreedores, como se explicó al inicio de este acápite es doble, y se obtiene con la mayoría absoluta de los acreedores dentro de la categoría, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de la misma.

Consecuentemente, descartada la posible facultad del juez de imponer los términos de un acuerdo a un acreedor con privilegio especial, analizaremos luego si dicha facultad puede extenderse sobre los acreedores con privilegio general.

#### **Acreedores privilegiados laborales.**

Los créditos de los trabajadores, según sea el rubro que se les adeuda, pueden gozar de privilegio especial (preferencia a ser pagados con el producido de las maquinarias, materias primas y mercaderías); privilegio general es decir la preferencia a ser pagado primero respecto de otros acreedores sobre la totalidad de los bienes del deudor –que puede ser invocado sólo en procesos universales-<sup>57</sup> y ser por porciones sin privilegio, los cuales concurrirán con los restantes acreedores comunes a la hora de percibir sus créditos.

Tal como señalé anticipadamente, en cuanto a la facultad del juez de imponer el acuerdo a este tipo de acreedores (art. 52 inc. 2 b), ello sólo sería posible en su caso respecto de las fracciones de los créditos con privilegio general, o reconocidos sin privilegio; pues en relación a las porciones con privilegio especial toma relevancia lo señalado anteriormente.

#### **Acreedores privilegiados fiscales.**

Del mismo modo que los créditos derivados de los vínculos laborales tienen distintos rangos, otro tanto ocurre con los créditos de carácter fiscal. Así encontramos que los impuestos y tasas que recaen sobre determinados bienes gozan de privilegio especial sobre esos bienes. Por su parte, el capital por impuestos y tasas a los distintos fiscos tienen un rango menor y gozan de

---

56 ARTICULO 246.- Créditos con privilegios generales.

57 ARTICULO 2580.- Privilegios generales. Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales. (Código Civil y Comercial de la Nación)

privilegio general.

Por último, las multas e intereses suelen ser créditos comunes.

De esta forma se repite la fórmula posible de un acreedor con distintos rangos dentro de un mismo proceso concursal.

Al respecto cabe señalar que estos acreedores (impositivos, fiscales) suelen tener fórmulas pre-establecidas para el cobro de las deudas a los concursados.

Consecuentemente han recibido distinto tratamiento por parte de los deudores, y consecuentemente en las soluciones judiciales.

En efecto, esto provocó que originalmente –como estrategia para poder ofrecer a los restantes acreedores comunes una propuesta que no estuviera ligada a la exigencia de los planes dispuestos por esos organismos estatales– los deudores solicitaran a los tribunales la exclusión de la plataforma de votantes de estas entidades públicas.

Así en reiteradas oportunidades, por ejemplo, se solicitó la exclusión del voto de la Administración Federal de Ingresos Públicos, fundando el pedido en la circunstancia que el organismo fiscal no analizaba –y no analiza aún hoy– propuestas de acuerdo formuladas por deudores concursados y sólo otorga planes de pago para éstos una vez homologado el acuerdo, o bien sólo habilita la adhesión a los programas de refinanciación de deuda por ella establecidos, con lo cual asume una postura totalmente diferente que el resto de los acreedores.

Obviamente, el tratamiento de los restantes acreedores en los términos de lo exigido por aquella repartición como otros organismos estatales, es imposible para el deudor concursado, pues generalmente dichas fórmulas de pago no condonan intereses, ni multas, y establecen pautas que harían imposible el repago de todo el pasivo atado a dichas condiciones.

La ley concursal cuenta con normativa específica relativa a la exclusión de voto de algunos acreedores, ha establecido en el art. 45 LCQ, determinados y precisos supuestos de créditos “excluidos del cómputo”; previsiones que en tanto excepcionales y limitantes de derechos fundamentales del acreedor concurrente, parte de la doctrina y durante muchos años se sostuvo de carácter taxativo, de interpretación restrictiva y la consecuente prohibición de su aplicación extensiva. Sin embargo, dicho criterio inicialmente rígido, como todo concepto evoluciona o muta, y luego ha ido reconociéndose al menos la necesidad de una ampliación del elenco de sujetos excluibles de la base del cómputo de las mayorías, aun cuando se hayan reconocidos sus créditos y tengan derecho a percibirlos.

Es cierto que cuando se habla de “exclusión de voto” o “prohibición de voto”, se trata de privar a determinado acreedor verificado o declarado admisible de la posibilidad de pronunciarse por la aceptación o el rechazo de la propuesta de acuerdo que efectúe el deudor, pero aplicándose igual a su respecto el efecto novatorio y los términos del acuerdo que alcanzadas las mayorías fuera eventualmente homologado (LCQ.: 55 y 56). Y esto es lo que hace resaltar la necesidad de aplicar dicho instituto de manera restrictiva. Veremos que algo parecido sucede con la facultad del juez de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes.

En algunos casos, inicialmente, se hizo lugar a los planteos de exclusión de voto fundado en que con su rigidez los organismos oficiales restringían las facultades para proponer acuerdos distintos del previsto en esa reglamentación, y por tanto obstaculizaban la obtención del acuerdo (CNCom. Sala D, “Inflight SA. s/conc.prev.” del 05/03/05, L.L.2002-E, 649; demás fallos citados por

Alegría H. en el comentario a dicho fallo, “La relación Fisco- Concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del fisco en el acuerdo preventivo)”, L.L.2002-E, 656 pto.III.3.1, pág. 659 nota n° 59).

Luego tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron analizaron que entre la inflexibilidad de los organismos estatales y la privación de un derecho principal, el de quienes estando alcanzados por el concursamiento de su deudor conforman la masa pasiva, y es el de concurrir para formar la voluntad colectiva, y advirtieron como alternativa la clasificación de estos acreedores, en una categoría que les resultara propia. Permitiéndose así, que el deudor les ofreciera separadamente una propuesta de acuerdo adecuada al propio régimen establecido por la entidad recaudadora.

### **El alcance de la discrecionalidad judicial.**

#### **Facultades judiciales para negar la aprobación de la propuesta conformada por los acreedores.**

Bajo el régimen de la ley 19.551 la ley establecía criterios de valoración para que el juez pueda resolver si aprobaba o no la propuesta.

Ya el título de los artículos que tratan la homologación en la vieja ley y en la vigente muestra claramente el cambio en el modo de ponderación, aquél artículo 61 de la ley 19.551 refería a “Criterios de valoración”, mientras que el actual artículo 52 de la ley 24.522 indica solamente como inicio “Homologación”.

Al respecto, de antigua data la doctrina enseñaba que “En tal sentido hay que poner de relieve que el tribunal no es un mero ejecutor de las decisiones de la mayoría de los acreedores, sino que debe evaluar las pautas que la ley denomina “criterios de valoración”.<sup>58</sup>

Así, era conteste la doctrina judicial en que “En lo relativo a la homologación del acuerdo preventivo, además del control de legalidad el juez realiza un amplio control de legitimidad, conveniencia y oportunidad”,<sup>59</sup> debiendo ejercer además de un control de legalidad un control de mérito en base a ciertas pautas, como por ejemplo “reflexionar acerca de la conveniencia económica del acuerdo propuesto y analizar asimismo si el deudor –atendiendo a su comportamiento-, es merecedor o no de una solución preventiva. El control de mérito que deberá ejercer el tribunal al tiempo de expedirse acerca de la homologación o no de la propuesta de acuerdo efectuada, entendiéndose dicho “control” como el acto por el cual el juzgador custodia la conveniencia de ese acuerdo –no sólo para tutelar a los acreedores ausentes y disidentes, sino teniendo en cuenta el interés de aquellos que votaron favorablemente-, reside en examinar de modo expreso el interés público incluso de prevalencia sobre el interés de los acreedores, circunstancias éstas que deben ponderarse sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos atinentes a las mayorías de los votos”.<sup>60</sup>

Siguiendo estos criterios, la doctrina era acorde en advertir sobre la importancia social que revestía el ejercicio de este control de mérito por parte del juez, y la cantidad de aristas que ello

---

58 Quintana Ferreyra, Concursos Ley 19.551 Comentada, anotada y concordada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1985, Tomo 1 pág. 653.

59 CNCom, Sala D, 18/06/80, LL 1980-D-511 según cita en ob. citada en nota anterior

60 CNCom, Sala E, 15/04/82, LL, 1983-A-379 según cita en ob. citada en nota anterior

contenía. Debiendo el juez considerar “si el deudor, por los antecedentes de su comportamiento y conducta anterior, es merecedor del beneficio del acuerdo preventivo, y además analizar desde el punto de vista sociológico, el futuro del acuerdo y su confrontación con los que denomina inconvenientes notorios de la quiebra”;<sup>61</sup> valoración que los autores de entonces consideraban que “exige extrema cautela en el examen de requisitos de orden patrimonial, técnico, ético-jurídico, formales y sustanciales, e incluso económico-sociales”.<sup>62</sup>

Veremos más adelante, como algunos de estos criterios, algo aggiornados, son reeditables a la hora no solo de ejercer el juez la facultad de no homologar la propuesta formulada por el deudor, sino quizá también al momento de ejercer la facultad de imponer un acuerdo a acreedores disidentes. ¿Por qué no?, pero ya lo analizaremos en el futuro.

Con la sanción de la ley 24.522 se modificó ese criterio substancialmente y se pasó al juez que Maffía llamó “cuenta porotos”.

Es decir un juez que sólo tenía facultades para establecer si estaban alcanzadas las mayorías en sentido formal. La doctrina hizo hincapié en que las potestades del juez no podían verse limitadas a tal circunstancia.

Así, si bien en la redacción originaria del artículo art. 52 de la ley 24522 parecía poder entenderse que el magistrado concursal debía realizar un mero control formal de la propuesta de acuerdo y que alcanzadas las mayorías legales importaba la subsiguiente homologación por el tribunal sin prácticamente intervenir en su análisis, en la actualidad de la mano de la crítica de la doctrina y la reforma de dicho artículo a través de la ley 25.589 esas limitadas facultades homologatorias del juez se vieron ampliadas con la incorporación del cuarto párrafo de la norma que establece expresamente que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Se ha dicho que es una reforma de buen orden aun cuando el control de abuso o fraude era ejercible sin necesidad de una previsión expresa, con sólo recurrir a las normas del derecho común, pues nunca el abuso del derecho pero, sobre todo, el fraude pueden permitirse.<sup>63</sup>

De modo que el magistrado concursal no debe limitarse a efectuar solamente un análisis de la legalidad formal del acuerdo (reunión de la doble mayoría exigida por la ley), sino que es menester realizar un control de mérito para determinar si se adecúa tanto a los objetivos y finalidades del proceso concursal –conservación de la empresa y fuentes de trabajo, protección del crédito y el comercio, la igualdad de los acreedores-.

Pero como veremos, ahora, en el abanico normativo argentino vinculado a la cuestión de la complacencia o negativa a prestar la conformidad por parte de los acreedores pueden tomar gran relevancia las normas de la ley de fondo vinculadas al ejercicio de los derechos.

En este punto del trabajo analizaremos si es el Juez quien puede establecer si el concursado se encuentra en posición de mejorar lo ofrecido a los acreedores. Y si tiene facultades para exigírselo, y si acaso resulta posible fijar patrones para determinar lo que constituye una propuesta abusiva, que pueda extrapolarse de un caso a otro.

---

61 O.cit. Quintana Ferreyra, pág. 655

62 Argieri, La quiebra, T I, p. 468, según cita en ob. citada en nota anterior

63 Barreiro-Lorente-Truffat, “La aplicación de la facultad prevista en el art. 52.2. “B” de la ley 24.522-el cramdown power en el derecho argentino”, LL-Suplemento de Concursos y Quiebras-8/7/05, pág. 34.

La doctrina argentina viene debatiendo en torno a esta cuestión con posturas contrarias a la generalización de soluciones sosteniendo que “No existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia”.<sup>64</sup>

Cabra preguntarse cuando ese ejercicio no viola la autonomía de la voluntad del deudor y los acreedores que en mayorías suficientes han logrado el acuerdo, y si vulnera el derecho de voto del acreedor que conformó esa propuesta.

Para censurar propuestas ofrecidas y conformadas por los acreedores, por merituarlas abusivas, se han valorado circunstancias como las que se reseñan a continuación. Es dable destacar que todas ellas salen de un contexto que en este trabajo no será descripto pues excede el marco del mismo.

Así, por ejemplo “se resolvió que la nueva propuesta importaba una virtual licuación del pasivo del deudor, utilizando al efecto -indebidamente- el instituto concursal, el cual está previsto con otra finalidad: facilitar la superación de una crisis financiera, mediante la reestructuración del pasivo del concursado, preservando la empresa y protegiendo los intereses de los acreedores.

Se trata de facilitar una reestructuración ordenada del pasivo, incluyendo sacrificios razonables para los acreedores y -claro está- también para el deudor”.<sup>65</sup>

Veremos como este mismo criterio, el de la finalidad concursal y la necesidad de sacrificios razonables para el deudor como también para los acreedores es un criterio de valoración que puede ser utilizado bajo el prisma del artículo 10 CCCN para imponer la conducta al acreedor disidente, como lo explicaré próximamente.

En un resonado fallo nacional se ha dado doctrina judicial en tal sentido, sobre las pautas de valoración: El tribunal, al momento de valorar la propuesta presentada por el deudor, debe hacer prevalecer siempre el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor; aun con las modificaciones introducidas a la Ley Nº 24522 por las leyes posteriores, la propuesta de acuerdo debe ser valorada para su homologación, atendiendo fundamentalmente a su compatibilidad con los principios de orden público, la finalidad de los concursos y el interés general, principios que determinan que el juez no deba limitarse al mero análisis formal de la propuesta, sino que debe considerar si dicha propuesta resulta conciliable con las finalidades del concurso preventivo y los principios superiores que lo inspiran.<sup>66</sup>

Claramente lo que se tiene en cuenta es el poder de negociación entre el concursado y la capacidad que este tiene para imponer a sus acreedores, pero de lo que nunca se ha tratado es de la facultad inversa, y es lo que analizaremos oportunamente aquí, para lo cual de manera quizá

---

64 Conf. Molina Sandoval, C., Facultades homologatorias del juez concursal y cramdown power en la ley 25.589, RDPC, t. 2002-3, p. 103, espec. p. 116; Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589, ED, t. 198, p. 674; Di Tullio, J., Macagno, A., y Chiavassa, E., Concursos y quiebras, reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 186; Villanueva, J., Concurso preventivo, Buenos Aires, 2003, p. 504.

65 URTUBEY, Alejandro A. s/Concurso Preventivo Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nº 4 - Buenos Aires, 27 de Junio de 2016.-

66 CNCom, Sala A, in re "Arcángel Maggio SA. s/inc. de impugnación al acuerdo preventivo", del 03.05.04, fallo confirmado por la CSJN el 15.03.07

sorprendente resultarán válidas las mismas premisas.

Será abusivo el acuerdo que tenga cláusulas que importen una desnaturalización del derecho de los acreedores o que impongan a algunos acreedores pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría.

En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico- social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva.<sup>67</sup>

Entonces, siguiendo este mismo criterio para dar respuesta a nuestro trabajo debemos analizar qué pasa cuando esa capacidad satisfactiva de un universo de acreedores menos poderosos es frustrada por otro acreedor, que por distintas circunstancias goza de la capacidad de hacer fracasar el acuerdo y de frustrar la satisfacción de los restantes acreedores con su negativa, y si resulta para ello de aplicación lo dispuesto por el art. 10 CCCN con los mismos parámetros analizados para considerar la abusividad de la propuesta.

#### **La Facultad del juez de imponer el acuerdo a los acreedores. El cramdown power argentino.**

Para abordar esta etapa del trabajo, la principal en realidad, cabe formularse una serie de interrogantes:

La primera pregunta es si ¿creemos que ante la existencia de acreedores disidentes el juez puede tomar la iniciativa de considerar conveniente el acuerdo, y entonces imponerlo?

Si la respuesta fuera afirmativa, el siguiente interrogante es ¿si las normas contenidas en la ley vigente facultarían al juez a imponer el acuerdo al acreedor disidente?

Y en última instancia ¿cuáles serían las causas que justificarían imponer el acuerdo a acreedores disidentes que verán producidos respecto de sus créditos el efecto novatorio?

No puede escaparse al adentrarse en el análisis sobre las facultades del juez, que el acreedor – al menos aquél que verificó tempestivamente– goza de dos derechos fundamentales en el proceso concursal. El derecho a “votar” (o bien prestar o negar la conformidad con la propuesta que le formule el deudor) y el derecho a “cobrar” el crédito, en la medida de la propuesta.

En este orden de ideas cabe analizar, bajo qué circunstancias el derecho al “voto” del que goza el acreedor puede ser delimitado.

Pues bien, ese derecho a conformar la voluntad del acuerdo, en primer lugar se encuentra restringido en la ley concursal a través de la exclusión de voto. Este supuesto legal está ligado a hipótesis de presuntas conformidades complacientes del acreedor con el deudor, o bien con la finalidad de no afectar otra órbita de la comunidad como es la familia (se prevé la exclusión del cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad). Además la ley prevé la exclusión de la conformidad en el supuesto de concursos de grupo respecto de los créditos entre integrantes del agrupamiento o sus cesionarios dentro de los dos años anteriores a la presentación en

---

67 MANCUSO, Víctor s/Concurso Preventivo, CNAp.Com.Sala B, Buenos Aires, 3 de Julio de 2009 - IJ-XXXVI-104

concurso preventivo. Sin embargo no se han previsto otros supuestos como los del acreedor competidor, o disidente.

Es para la solución de estos supuestos para los cuales la ley concursal resulta insuficiente, pues no ha contemplado el llamado “voto hostil”, cuestión que será tratada con posterioridad.

Pero cabe destacar que la existencia de supuestos de limitación del derecho a voto en la legislación, más allá que la doctrina ha sostenido que las hipótesis de exclusión son taxativas, abre la puerta para considerar otros supuestos de acotación a ese derecho, cuando prevalezca el bien de la comunidad, o cuando pueda probarse que la conducta seguida por el acreedor no es la amparada por la ley (ejercicio abusivo del derecho, o de mala fe). Cabe recordar al respecto que Si bien la ley otorga al acreedor verificado el derecho de votar la propuesta a la que se sujetará el pago de los créditos, los principios jurídicos que justifican la aceptación de un sistema de mayorías, que impone una solución a quienes no participaron o fueron disidentes, parten del presupuesto de que los votantes representan “el interés de los acreedores”.<sup>68</sup>

En este orden de ideas cuadra adelantar como solución posible, aunque conllevará, la suficiente discusión doctrinaria, que parecería aceptable la utilización para estos supuestos de las herramientas contenidas en el régimen del actual Código Civil y Comercial de la Nación, que ha consagrado por un lado la referida autonomía de la voluntad más ampliamente, y como contrapartida las amplias facultades judiciales.

Entonces, cuando el llamado voto negativo o disidente importe ejercicio abusivo de ese derecho será menester determinar cuál es la medida justa de incidencia que puede o debe tener el Juzgador. Ello así, porque aparecería como más equitativo en un sistema en el cual se otorgó al juez a su arbitrio la facultad de fulminar la propuesta del deudor, otorgar un contrapeso como la facultad de imponer aquella propuesta que resulte razonable cuando la negativa de su acreedor aparezca como abusiva o injustificada.

Es cierto que la ley concursal ya no ofrece, cómo lo hacía durante la vigencia de la ley 19.551, un elenco de premisas para valorar la propuesta (art. 61),<sup>69</sup> pero esto no obsta el ejercicio de la facultad judicial de acuerdo a la previsión legal expresa del art. 52 inc. 4<sup>70</sup> de la ley actual.

El cramdown power argentino, es la única herramienta (aunque fuertemente criticada por cierto)<sup>71</sup> que tiene el juez para imponer el acuerdo al que el deudor arriba con una porción de sus acreedores –pero que, en principio, por no alcanzar los mínimos en la totalidad de las mayorías exigidos por la ley resulta insuficiente para lograr la homologación del acuerdo y los efectos que de ello derivan-. Para que esta facultad homologatoria extendida del juez pueda ser ejercida por

---

68 Del dictamen fiscal (Alejandra Gils Carbó) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E - Buenos Aires, 4 de Noviembre de 2004.- Doina S.A. s/Concurso Preventivo.

69 [Criterio de valoración.] No deducidas impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada, en la que valora: 1) Su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general. 2) Su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito. 3) Las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo. 4) La existencia de causales de impugnación no invocadas. 5) Si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva. 6) La suficiencia de la contabilidad y documentación para informar con claridad los actos de gestión y la situación del concursado (texto según ley 22.917)

70 [Homologación] 4) en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

71 VÍTOLO, Daniel R. La homologación de un acuerdo inexistente por parte del juez más allá de la voluntad de los acreedores (cramdown power), 30-10-2003 - IJ-XIV-173 - Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas



éste, deben configurarse ciertos requisitos.

Efectivamente, si no se hubieran obtenido las mayorías necesarias en todas las categorías, la ley faculta al juez a imponer el acuerdo a todos los acreedores quirografarios (incluidos los disidentes), sin embargo la ley supedita el ejercicio de tal facultad al cumplimiento de ciertos requisitos, que consisten en: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario. Agrega la ley como tercer recaudo la posibilidad de que los acreedores disidentes puedan elegir cualquiera de las propuestas acordadas en las categorías de acreedores que expresamente fueron aprobadas, llamando a este recaudo “No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes”; y por último exige que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

Más allá de las críticas basadas principalmente en una supuesta destrucción del crédito del acreedor disidente en caso de la posterior quiebra del deudor, la privación a los acreedores de utilizar el método de impugnación del acuerdo en el supuesto del ejercicio del *cramdown power*, la imprecisión sobre el universo de categorías necesarias para que sea equitativo imponer a otro universo de categorías el acuerdo, la mala técnica procesal, entre otras, y que no es del caso examinar aquí ni ahora, el único fundamento que se halló para explicar la figura –además de la crisis que atravesó el país al momento de recibirse la reforma introducida por la Ley N° 25.589 B.O. 16/5/2002– fue el favorecer la prosecución de la empresa en funcionamiento.<sup>72</sup>

Pero al margen del voluntarismo legislativo que introdujo a través de la reforma dicha figura, en la práctica, existen pocos antecedentes de su aplicación.<sup>73</sup>

Los casos ocurridos han versado en supuestos de falta de obtención de las mayorías en categorías con algunas particularidades, por ejemplo cuando se trata de créditos fiscales o laborales. Con esto es necesario destacar que no se produce la aplicación del *cramdown power* – es decir la imposición del acuerdo a la categoría de acreedores que cuenten con un porcentaje mayor de acreedores disidentes– cuando se trate de categorías de acreedores quirografarios de los más comunes, es decir sin características particulares y mucho menos cuando todos los acreedores quirografarios integren una única categoría, pues no existe previsión legal en tal sentido.

Ha sido de aplicación por ejemplo en dos supuestos en los que existiendo una categoría de acreedores quirografarios con las mayorías suficientes para alcanzar el acuerdo, concurriendo esta con la categoría de acreedores quirografarios laborales esta última no obtuvo las mayorías necesarias. En uno de los casos, por tratarse de un único acreedor integrante de la categoría<sup>74</sup> que había sido categorizado por el tribunal entendiendo que la categorización del art. 41 LCQ es obligatoria, y no parecía ajustado a estricta justicia que dicho acreedor pudiera frustrar la solución preventiva, en perjuicio del deudor y de los restantes acreedores.

En otro supuesto, el conflicto también se suscitó entre las categorías de acreedores

---

72 Guillermo D. Hansen, Breve comentario al art. 52 de la Ley N° 24.522. Facultades homologatorias del Juez.30-07-2004 - Revista de las Sociedades y Concursos -II-XXIX-668

73 ASOCIACION CIVIL CLUB CIPOLLETTI S/ CONCURSO PREVENTIVO EXPTE. 17.998; JUZG. VII, Cipolletti, 27 de Mayo de 2003 (inédito); 67126/O4 - "Ratto SA s/ Concurso Prev. s/ Incidente del Art. 250 CPr." - 04/03/2005 - CNCom Sala A; MARTORELLA, MABEL CLOTILDE S/ CONCURSO PREVENTIVO (PEQUEÑO) Expte. n° 22843.-MAR DEL PLATA, 28 de noviembre de 2007

74 CAUSA 80518/03 - "Sucesión de Rodríguez, Juan Carlos Faustino s/ quiebra" - CNCOM - SALA D - 29/12/2005

quirografarios y acreedores quirografarios laborales.<sup>75</sup> En este proceso se retomó el conflicto como consecuencia de haber entendido también el tribunal que la categoría de acreedores quirografarios laborales ha sido instituida por la Ley 24.522, estableciendo el art. 41 la obligatoriedad de su constitución cuando existan acreedores laborales cuyo crédito no fuese privilegiado. Como consecuencia de ello, a la hora de reunir las conformidades el deudor obtuvo las correspondientes a los acreedores comunes, sin embargo no reclutó las suficientes en la mentada categoría de acreedores quirografarios laborales. En este caso el Juzgador aplicó el instituto del *cramdown power*, por entender reunidos los requisitos legales, y por la conveniencia social de la zona, por tratarse de un club con actividad cultural y deportiva, generador de empleo en la comunidad, sumado a la particularidad de que los integrantes de la categoría de acreedores quirografarios laborales eran ex jugadores de fútbol que se encontraban desvinculados y con actividad en otras instituciones.

Vemos que más allá de la reunión de requisitos legales, la aplicación de este instituto es traído a casos en que prima la búsqueda de la solución preventiva en contextos en los cuales un desenlace distinto resultaría verdaderamente disvalioso para el deudor y para los acreedores.

Un supuesto distinto ha sido materia de tratamiento jurisprudencial, que carece de previsión legal pero se produce en la práctica, y es aquella que comprende a los organismos públicos, por ejemplo la Administración Federal de Ingresos Públicos, Dirección General de Aduanas, Dirección General de Recursos de la Seguridad Social, Dirección General de Rentas de cada Provincia, Direcciones Generales de Rentas de cada municipalidad. Como se explicó, éstos tienen sus propias pautas para aceptar propuestas (en realidad son dichas entidades las verdaderas proponentes y los deudores sólo pueden acogerse a sus exigencias) las cuales son imperativas y en caso de no adaptarse la propuesta del deudor a esas reglas no se logra la conformidad de los organismos. En un asunto en el que se vio involucrada la disconformidad de la Dirección Provincial de Rentas, se aplicó esta figura.<sup>76</sup>

Como vemos, la práctica del *cramdown power* ha sido excepcional. La incorporación de la potestad judicial de imponer una propuesta de acuerdo cuando la misma no hubiera alcanzado las mayorías suficientes ha sido menos popular que la facultad consignada en la misma reforma para declarar abusiva o en fraude a la ley una propuesta de acuerdo por parte del juez, situación sobre la cual han corrido ríos de jurisprudencia y doctrina.

Cabe subrayar que si bien la norma nada dice al respecto, parte de la doctrina ha sostenido que el *cramdown power* goza de la posibilidad de su aplicación oficiosa; pero de empleo prudente.<sup>77</sup> Por supuesto a instancia del deudor también podría disponerse. Sin embargo, aquél pedido doctrinario de prudencia ha calado hondo, pues son escasos los casos en que se ha visto su aplicación.

Es dable destacar que esta figura resulta de empleo en el supuesto que el deudor haya establecido categorías diferenciadas dentro de su pasivo quirografario. Pues de lo contrario el pasivo quirografario debe considerarse como un todo único, en cuyo caso la falta de conformidad de uno o de varios acreedores haría inaplicable la figura del *cramdown power*, pues esta habilita

---

75 ASOCIACION CIVIL CLUB CIPOLLETTI S/ CONCURSO PREVENTIVO, EXPTE. 17.998; JUZG. VII, Cipolletti, 27 de Mayo de 2003

76 MARTORELLA, MABEL CLOTILDE S/ CONCURSO PREVENTIVO (PEQUEÑO) Expte. Nº 22843.- MAR DEL PLATA, 28 de noviembre de 2007

77 BARREIRO, Marcelo G. ; Javier A. LORENTE; E. Daniel TRUFFAT La Aplicación de la Facultad Prevista en el Art. 52.2.B de la Ley 24.522 El "Cramdown Power" En el Derecho Argentino.

su utilización cuando en alguna de las categorías se hayan obtenido las conformidades suficientes y no en otra u otras. Evidentemente la redacción del art. 52.2b no permite su aplicación en casos de inexistencia de al menos dos categorías diferenciadas de acreedores, dentro del mismo rango.

Veremos cómo será aquél supuesto, en el que no resulta funcional el cramdown power, que podría ensayarse el empleo la propuesta contenida en el último punto de este trabajo, relacionada con la censura del abuso del derecho, cuando este se configure en cabeza del acreedor disidente.

Una discusión aparte puede desarrollarse en torno a si sería aplicable el cramdown power sobre los acreedores con privilegio general.

Como veremos esta cuestión no es pacífica. Pues autores han sostenido una posición y luego otra, en el mismo trabajo citado en la nota 37 (562) de este, los autores exponen que: “habíamos anticipado, a poco de salida la ley, una postura contraria diciendo: “Esta imposición no puede hacerse respecto de los acreedores privilegiados que no hubiesen aceptado el acuerdo (inc. 3°), agregado innecesario pues tanto del inciso 2° primer párrafo, como del apartado “b” del mismo, surge palmario que la imposición judicial será sólo respecto de los acreedores quirografarios”. Pero una revisión del tema nos ha dejado más dudas que certezas al respecto, pues no resulta imposible pensar si ¿no podría imponerse un acuerdo a los acreedores privilegiados –sólo generales obviamente- cuando no se hubiera supeditado la aprobación del concordato a la de dicha clase?”

Vemos que resulta difícil sostener a ciencia cierta una solución, sobre todo porque la falta de casuística no ha permitido el contraste con la realidad y determinar las consecuencias de su aplicación o no. Más allá de las especulaciones científicas en la materia, el camino lo marca luego el contraste empírico, lo que no ha sucedido.

Sin perjuicio de esto último, parece a todas luces que ante la existencia de acreedores con créditos a los que corresponda un privilegio, si en primer lugar el deudor los hubiera clasificado en distintas categorías, si luego sobreviniera la obtención de las conformidades en al menos una de esas categorías mientras que se reúnan por lo menos las tres cuartas partes del capital de todos los acreedores con privilegio especial, y que se cumplan los dos restantes requisitos de i) no discriminación y ii) que el pago resultante del acuerdo impuesto no resulte menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes, nada obsta su ejercicio.

Lamentablemente la redacción de la norma genera dudas para la adopción de una postura tajante. Debiendo estimarse en el caso concreto su viabilidad, en orden a las consecuencias que en un supuesto real podría traer aparejado.

El abuso de derecho. Art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, es una opción no utilizada pero que merece análisis en cuanto a su aplicación al tema tratado.

Salvo el supuesto del cramdown power descrito en el punto precedente, no existen normas expresas en la ley concursal o en otro microsistema que habiliten al juez a imponer el acuerdo al acreedor “hostil” o “reticente”.

A pesar de ese límite, dicha facultad puede enmarcarse en la utilización de las normas contenidas en la ley de fondo, como veremos en los párrafos siguientes.

Tanto la formulación de una propuesta disvaliosa por el deudor, como el llamado voto negativo por parte de algún acreedor “imprescindible” cuando la propuesta es “razonable” comportaría un potencial abuso de derecho. Y en ninguno de los dos supuestos cabe ser admitido, porque

contraría el principio de “buena fe” consagrado en el art. 9 CCCN. Además, el ejercicio de los derechos nunca puede ser permitido abusivamente (CCC, art. 10), siendo el juez quien debe poner el límite a tal circunstancia cuando se configura.

Repasando conceptos generales, antes de adentrarnos en la aplicación de éstos al tema que nos ocupa, cabe citar a Lorenzetti en tanto define que “La buena fe cumple una función correctiva del ejercicio de los derechos. El comportamiento correcto definido conforme a un standard objetivo señala un “deber ser” respecto de cómo deberían actuar las partes, y en virtud de su origen legal e imperativo se constituye en un control y en un límite”.<sup>78</sup>

Según el comentario contenido en la misma obra, la buena fe es “fuente de deberes secundarios de conducta y como elemento correctivo del ejercicio de los derechos”, y precisamente agrega un concepto muy interesante de traer al análisis de este trabajo y es que bajo el prisma de la buena fe “el juez debe considerar la intención del sujeto, su estado psicológico o íntima convicción en relación a la situación dada”.<sup>79</sup> En este caso, la conducta a considerar será la del acreedor disidente.

A su vez, la obra al referir al “abuso del derecho”, lo describe como un “contexto para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de un derecho”. Así veremos, como aquél acreedor disidente deberá pasar el tamiz de la buena fe y del ejercicio prudente de su derecho a la hora de negar el apoyo a la propuesta concordataria, siempre que no existan explicaciones razonables o justas para esa negativa.

En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico- social de aquél, que está dada no sólo por la superación de la situación de crisis sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores.<sup>80</sup>

En este punto cabrá formularse el análisis desde el punto de vista contrario. El juez deberá apreciar si el acreedor –fundamental a la formación del acuerdo por la circunstancia que sea– en el ejercicio de su derecho desbarata la solución concursal que también se vincula no solo al objetivo de permanencia del deudor, sino a la finalidad satisfactoria de todos los acreedores. Los restantes acreedores.

La homologación debe atender a los múltiples intereses en juego dentro del proceso concursal, y debe recordar el juez lo que tantas veces se ha repetido, y otras tantas se ha olvidado: el acuerdo preventivo no es un favor o beneficio exclusivo para el deudor.<sup>81</sup> También importa una tabla de salvación para los acreedores, raramente exentos de responsabilidad en la catástrofe de su deudor.<sup>82</sup>

Y siguiendo este criterio resulta de aplicación, la cita de autos caratulados "CORRUGADORA

---

78 RUY ROSADO DE AGUILAR según cita Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Lorenzetti, Ricardo Luis Director. 1ra Edición. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni 2014, pág. 56.

79 Ob.cit.Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

80 Cfr. en esa línea, voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, en el fallo de la C.S.J.N., S.620.XLII, “Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo”, del 20/10/2009.

81 BARREIRO, Marcelo G. Javier A. LORENTE; E. Daniel TRUFFAT, La Aplicación de la Facultad Prevista en el Art. 52.2.B de la Ley 24.522 ( El “Cramdown Power” En el Derecho Argentino.

82 CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Depalma, vol. II, págs. 1126/7, con citas de Bolaffio y de una sentencia del tribunal de apelación de Roma del 12-12-22.

CENTRO S.A GRAN CONCURSO PREVENTIVO”,<sup>83</sup> utilizada para valorar una propuesta de acuerdo formulada por el deudor, relativo al análisis del abuso del derecho que desarrolla la Dra. Kemelmajer de Carlucci en autos “Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. s/ Concurso Preventivo” LLGran Cuyo, diciembre 2003, 902), donde concluye -frente al cuestionamiento de hasta dónde puede ejercer tal imperio el tribunal, cuál es el límite, “¿cuándo empieza el juez a gobernar, a exceder lo peticionado por las partes, a contrariar la voluntad negocial, a intentar modificar las pautas culturales, etcétera?-, afirmando “Tengo el convencimiento de que el legislador de la ley 25.589 transó en esta polémica; lo hizo con gran eclecticismo; ni excesivamente publicista, ni demasiado privatista y dio la razón a quienes sostenían que el art. 52 de la ley 24.522 no era una isla, sino una norma que respeta la autonomía de la voluntad de los acreedores, pero la integra en un sistema que no tolera la flagrante violación al abuso del derecho ni al fraude; seguía campeando, pues, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público”.

En el referido fallo se refrenda que La teoría del Abuso del Derecho es un principio general del derecho, por ello incorporado en la parte general del Código Civil a través de la ley 17.711. Ha explicado Josserand –primer autor que la sistematizó– que cuando el legislador nos confiere una prerrogativa, no es para que hagamos de ella cualquier uso, ya que aquél ha tenido en vista un objetivo determinado. Toda institución –sigue diciendo– tiene un destino, que constituye su razón de ser y contra la cual no es lícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente. De esta manera se ha impuesto una concepción más social del derecho.<sup>84</sup> Precisamente por ser una reacción contra el legalismo, se insiste en la necesidad de que los jueces hagan un uso restrictivo del instituto; solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudirse a este remedio excepcional.<sup>85</sup>

Por eso sostengo sin temor a equivocarme que todos estos conceptos harto desarrollados para censurar propuestas formuladas por los acreedores son hábiles para tachar conductas de acreedores disidentes que retaceen su conformidad con el acuerdo, no movidos por fines genuinos, sino por otros que importen un ejercicio abusivo de su derecho, es decir motivados por fines extraños a los objetivos del derecho concursal que como parafraseamos es el de facilitar una reestructuración ordenada del pasivo, incluyendo sacrificios razonables para los acreedores y -claro está- también para el deudor (fallo Urtubey citado).

Así veremos como el desarrollo realizado en el año 2005 sobre el abuso de derecho para resolver sobre la abusividad de la propuesta ofrecida por Corrugadora Centro SA, resultaría completamente aplicable al acreedor disidente. Dos frases de aquél fallo sellan la conclusión: “Sentado entonces que el tribunal está legitimado de oficio a analizar la legalidad aún sustancial de la propuesta, y aún ello de oficio, ante el acuerdo habido y no impugnado, cabe determinar que en ese camino, el juez del concurso puede valerse de toda la información posible, y recabarla de las partes, como del órgano sindical” y “Se ha de llegar a la conclusión de que se encuentran probados los elementos constitutivos del abuso: -la existencia de la conducta tachada como contraria a los fines de la norma; -el daño que el desvío produce; la relación causal”.

En efecto, el juez puede y debería reunir aquella información que lo habilite a determinar las

---

83 Córdoba, veintitrés de Septiembre de dos mil cinco.

84 Josserand, Louis, *De l'espirt des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus des droits)*, 2° Ed., París 1939 citado en “Belluscio y otros CODIGO CIVIL y leyes complementarias – COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO, Ed. Astrea, Bs. As. 1984, p.53.

85 Adorno Luis O., *Abuso del Derecho*, Zeus, 16-D-21.

verdaderas motivaciones del acreedor disidente cuando la propuesta resulte razonable y/o justa usando del imperio que goza con tal finalidad, y en ese caso entrar en el análisis sobre la conducta, si acaso contraría la finalidad de la norma, y cuál es la consecuencia del ejercicio por parte del acreedor del derecho en esos términos.

Evidentemente conspira contra esta propuesta un prejuicio social arraigado, y es la idea que el deudor generalmente tiene la voluntad de concursarse para perjudicar a los acreedores y sólo con dicha finalidad. Pues se cree, que el deudor en vez de gastar recursos en reencauzar su actividad y ser exitoso, prefiere desperdiciarlos en procesos que generalmente lo exceden, lo superan desde su capacidad técnica, y lo desbordan en el marco de lo social y familiar, sin siquiera considerar que su frustración podrá llevarlo a la quiebra. (recordemos lo señalado sobre el alto porcentaje de empresas familiares que conforman las economías nacionales y que son las que recurren a estos procesos). Pues parece que el deudor (humano o jurídico) en el imaginario colectivo tiene una tendencia masoquista, que canaliza a través de los procesos concursales.

Pero si disipáramos este pre-concepto, y asumiéramos que el fracaso de una actividad productiva es un resultado normalmente posible, y mayormente no querido por el empresario, pues de saberlo a priori seguramente hubiera elegido otra actividad, podríamos considerar que el ejercicio abusivo de los derechos en el proceso concursal no sólo puede estar en cabeza del deudor, sino que con un nuevo prisma y una intelectualidad más vasta alcanzaríamos a comprender que el acreedor puede caer en estos ejercicios abusivos, e igual que el juez en ningún caso homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley, el juez en ningún supuesto debería permitir el ejercicio abusivo del derecho de "votar" o conformar la propuesta del deudor cuando esta reúna los parámetros de razonabilidad acordes al contexto, actividad, conducta procesal, consecuencia social, y otras valoraciones que quepa hacer en cada caso.

Crear que el deudor (empresa familiar) va a poder ejercer un derecho abusivamente en perjuicio de grandes entidades bancarias que doblegan su voluntad a lo largo de la mayoría de las contrataciones, con intereses difusamente establecidos, con entrega de escasa documentación de las operaciones de crédito que otorgan, entre otros ejemplos, es de una ingenuidad pasmosa. Y considerar paralelamente que el ejercicio de los derechos como acreedor de tales entidades es apegada a las normas y al ejercicio regular de los derechos es igualmente cándido.

Por eso, como el *cramdown power* ha sido la contra cara de la facultad de desestimar una propuesta por abuso o fraude, y ha fracasado como tal ya que ha sido tímidamente utilizado, fervientemente estimo que debe abrirse un nuevo camino hacia la valoración de la conducta de los acreedores cuando existan razones que lo justifiquen y resulten a la postre de pruebas o indicios ciertos de ejercicios abusivos por parte de aquellos.

El juez cuenta con los elementos legales y el imperio suficiente para ingresar en ese análisis, pero probablemente sólo podrá hacerlo, siendo imparcial y despojado de prejuicios y pre-conceptos, re entendiendo la realidad que nos circunda y que comienza claramente en el primer capítulo de este trabajo.

Es cierto que el juicio sobre la homologabilidad de una propuesta de acuerdo al esquema legal vigente, debe tener en cuenta dos principios interpretativos cardinales, a saber, el de la "razonabilidad" y el del "carácter restrictivo" del instituto del abuso del derecho.<sup>86</sup>

---

86 CNCom., sala D: Editorial Perfil SA acuerdo preventivo extrajudicial -2ª Instancia. — Buenos Aires, 19 de septiembre de 2007

La afirmación citada es de plena aplicación respecto del acreedor disidente, pues el juez deberá analizar la razonabilidad de la propuesta formulada por el deudor, en contraposición con la conducta del acreedor o acreedores que no la conforman, y en su caso valorar si hay abuso de su derecho a votar o a negar la conformidad, y dicha apreciación tiene que ser atendiendo al carácter restringido de la tacha sobre tal abuso, poniendo dentro de los ingredientes a evaluar otros elementos.

Relacionados a la propuesta, deberá apreciar:

La diversidad de soluciones, empero, puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva. Así, por ejemplo, habrá de verse que la propuesta: 1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país; etc.<sup>87</sup>

Asimismo, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo.<sup>88</sup>

La situación de la economía local en el momento de la toma de la decisión, sea a nivel nacional o aún a nivel particular del lugar donde se debe valorar, pues muchas veces dentro de un país las economías regionales pueden sufrir afectaciones diversas.

Que la propuesta formulada importe un reparto equitativo de los sacrificios entre el deudor y acreedores, pues de eso se trata el proceso concursal.

Que la propuesta de pago signifique un beneficio para los acreedores mayor que el dividendo que pudieren obtener en una liquidación de quiebra, encomendándose al síndico o funcionario concursal la estimación del pago en una hipotética falencia, en confronate con el pago en el marco del concurso preventivo

Si la frustración de la solución concursal importa la pérdida de puestos de trabajo y su incidencia local, y la afectación de producción o de prestación de un servicio en un contexto determinado.

### **La actividad fundamental de la concursada.<sup>89</sup>**

Otros tantos componentes relativos al acreedor o acreedores disidentes deberán considerarse,

---

87 Conf. Heredia, P., ob. cit., t. 5, ps. 829/830.

88 Conf. Boquin, G, La propuesta abusiva y la readecuación de la propuesta, en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 429, esp. p. 445.

89 "no es dudoso el carácter de empresa de interés público que tiene la concursada." CNCom., sala D: Editorial Perfil SA acuerdo preventivo extrajudicial 2ª Instancia. — Buenos Aires, 19 de septiembre de 2007.



para estimar si su negativa a prestar conformidad puede importar una conducta abusiva. Debo destacar, en primer término y previo al análisis siguiente que estar en posición dominante no es sinónimo de obrar abusivo.

Pero el juzgador deberá valorar para desestimar una conducta abusiva, por ejemplo:

La conducta a lo largo del proceso del acreedor o acreedores disidentes.

Si los acreedores disidentes conforman un grupo económico o están asociados de algún modo.

Si los discrepantes tienen actividad afín o en competencia con la del deudor concursado, y sobre todo si existe alguna ventaja para el acreedor con la quiebra del deudor.

El impacto de la quiebra sobre los restantes acreedores. Claramente no es el mismo efecto para un acreedor entidad bancaria o financiera que resulte titular de dos créditos, uno con privilegio especial sobre un bien determinado y otro quirografario con magnitud suficiente para frustrar la solución concursal, que acreedores vinculados a la producción o provisión del deudor.

Si el o los acreedores disconformes son acreedores profesionales, con potencia económica, o acreedores no profesionales, es decir acreedores con poca relevancia económica. Y a partir del discernimiento de tal situación, considerar que el acreedor fuerte es el que está siempre en condiciones de especular y puede esperar porque tiene sus arcas llenas, mientras que el acreedor con menor significancia económica es quien necesita recuperar el crédito y posiblemente necesite de la continuidad de la actividad del deudor, y es este último el que va a negociar en un pie de mayor igualdad con el deudor. La solución que va a aceptar este acreedor es más cercana a la solución que puede dar el deudor.

Si hay indicios que la conducta del acreedor pueda ser extorsiva. Hay que advertir sobre aquellos acreedores que si bien al amparo de lo dispuesto por el artículo 833 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece que "El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente", ejercen dicho derecho en algunos supuestos abusivamente.

Como se verá del desarrollo siguiente, dicha circunstancia abusiva se convalida por palmaria contradicción con lo dispuesto por el art. 743 del mismo cuerpo legal, que establece que si bien el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, dicha facultad se circunscribe sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito.

Es decir que el acreedor podrá o debería al menos ejecutar al deudor o deudores en la medida que sea suficiente para su satisfacción, y no más allá de ello.

En este sentido, es menester recalcar que algunos acreedores -generalmente financieros y bancarios- en el marco de la suscripción de contratos conexos, derivan en conductas abusivas exigiendo de directores y accionistas en estado de necesidad suscribir instrumentos de garantías, que deriva en la presentación en concurso de tales garantes, gozando aquellos acreedores de posiciones de preponderancia en concursos de tales personas físicas.

Generalmente las obligaciones de garantía carecen de verdadero sentido económico financiero, por la desproporción de los otros patrimonios que garantizan el crédito, confrontado con el patrimonio de las deudoras principales.

Así, las causas de esas fianzas son sólo un intento de lograr cobrar la acreencia en mayor medida que los restantes acreedores de la deudora principal (generalmente una sociedad con

actividad productiva), y con la finalidad de ejecutar personas físicas cuyas garantías (patrimonios) son generalmente notablemente inferiores a las restantes garantías que tiene en el patrimonio de aquella deudora principal.

Entonces cabrá preguntarse al juzgador ¿qué lleva al acreedor a retacear conformidades en multiplicidad de procesos? Y en procesos de deudores fiadores con patrimonios inferiores al de su deudora principal. La pregunta es inexorable si se analiza que en muchos casos alguna porción del crédito del disidente respecto de la porción quirografaria goza por otra porción de privilegio especial hipotecario en el concurso principal.

Y si las respuestas a dicho interrogante generan suspicacias, vinculados cuanto menos el ejercicio abusivo del derecho contra obligados cuyos patrimonios son inferiores a los de los demás obligados que garantizan suficientemente el crédito que –en caso de ser reconocido cierto y firme– podrán ser percibidos de la garantía hipotecaria, podría bien imponerse una solución preventiva mediante la aplicación del abuso del derecho.

Pues dicha conducta esboza como resultado, la violación de la igualdad de los acreedores en el concurso, valiéndose para ello de la posición predominante.

Siguiendo con la idea esgrimida, las garantías personales generalmente carecen de toda proporcionalidad con la responsabilidad patrimonial del fiador, situación conocida por el acreedor, y que por otra parte en muchos casos cuenta con garantías holgadas. Sin embargo, retacea la conformidad a la propuesta por la porción quirografaria en la intención de obtener alguna ventaja adicional, o en el convencimiento que gozando de créditos privilegiados al menos aquellos le serán satisfechos. Esto no puede ser ignorado por el Juzgador.

Otra conducta que no puede soslayarse que exista es la compra de créditos que adquieran significancia por un mismo acreedor que luego niegue la conformidad al acuerdo.

La cesión de créditos siempre se ha censurado considerando que puede ser un mecanismo para lograr de forma fraudulenta la homologación del acuerdo, pero otro tanto puede ocurrir a la inversa, es decir con la finalidad de frustrar el acuerdo por algún acreedor interesado en destruir la competencia o adquirir o absorber de modo más económico a su competidor.

Interesa entonces destacar, que estas situaciones no pueden constituirse en el medio para obtener resultados inmorales, ilícitos o contrarios a las buenas costumbres o abusivos de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 del CCC.

Como vemos, la negativa del acreedor puede carecer de justificación e incurrir en una clara conducta abusiva en los términos del art. 10 del CCC, que debe ser subsanada por el juez, a fin de evitar las consecuencias disvaliosas para toda la comunidad derivadas de aquella conducta.

### **Conclusiones.**

En esta última parte, trataré de dar respuesta a los interrogantes planteados como premisas para el presente análisis. A las dos primeras preguntas ¿creemos que ante la existencia de acreedores disidentes el juez puede tomar la iniciativa de considerar conveniente el acuerdo, y entonces imponerlo?, y ¿si las normas contenidas en la ley vigente facultarían al juez a imponer el acuerdo al acreedor disidente?, la respuesta será conjunta.

En primer término hemos de considerar si estamos ante la convicción del juez sobre valoración

positiva de la propuesta formulada por el deudor. Sea dicho beneplácito como consecuencia de los términos económicos financieros favorables de la propuesta, o bien sea para evitar el mal mayor de la quiebra en el contexto en que dicha consecuencia importaría un recupero aún menor del crédito por parte de los acreedores.

En segundo lugar esa comunidad de acreedores en realidad no pueda conformar una mayoría suficiente como consecuencia del porcentaje en cabeza de un acreedor con preponderancia suficiente para condicionar la homologación.

En estos casos la respuesta será positiva, el juez tiene facultades para imponer los términos del acuerdo al acreedor o acreedores disidentes; y podrá hacerlo mediante la herramienta del *cramdown power* conforme lo prevé la propia ley concursal o bien puede imponerlo por vía de aplicación del abuso del derecho previsto por el art. 10 CCCN.

Del mismo modo que luego de la sanción de la Ley 24.522, en su versión original, parte de la doctrina sostenía que la falta de previsión expresa de las normas sobre la facultad del juez de analizar el mérito de la propuesta no impedía juzgar improcedente y rechazar un acuerdo cuando se configurara abuso o fraude, aplicando el mismo criterio, parece que más allá de la existencia precisa del *cramdown power* nada impide que el juez a pedido de parte, o aun de oficio, si existiera una conducta abusiva –yo agregaría y que resulte indubitable– por parte de un acreedor no pueda hacer uso de las herramientas legales contenidas en la ley de fondo y a través de lo dispuesto por el art. 10 CCCN imponga al acreedor disidente y abusador los términos del acuerdo.

Sobre las causales que justificarían imponer el acuerdo a acreedores disidentes que verán producidos respecto de sus créditos el efecto novatorio, es menester volver al primer punto de este trabajo. Cuando referí a las finalidades del proceso concursal y el beneficio de su existencia para la comunidad.

Del mismo modo que dicho proceso debe ser entendido como un instrumento útil a la sociedad en su conjunto y al funcionamiento de los engranajes económicos y sociales, conferir al juez la facultad de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes cuando la resistencia de estos exceda el ejercicio regular de su derecho de conformar la voluntad del acuerdo parece cumplir o ser funcional precisamente a dicha utilidad.

Tal imposición debe ser velando por los intereses del deudor, tutelando los de los restantes acreedores (favorables al acuerdo), y aún por los acreedores disidentes.

Pues el juez debe realizar un control de mérito, el mismo que realiza para desestimar la propuesta que considera abusiva, pero para imponer aquella que considera justa, moderada, sensata, equilibrada, razonable basada en el interés de la comunidad referida en el primer capítulo (2.1.), y analizando la conducta del acreedor si existen indicios de que esta pueda estar teñida de intereses contrarios a los considerados por la normativa que rige la cuestión.

Agregaré y daré respuesta a una última pregunta que es ¿si resulta necesaria una reforma de la LCQ en sentido que habilite al juez expresamente a imponer al acreedor reticente la propuesta formulada por el deudor?

Creo evidentemente que no. Las normas existentes en la ley concursal podrían mejorarse, pero si existe la voluntad de corregir conductas distorsivas de la finalidad e intereses de dicho cuerpo legal, las normas están en la ley de fondo.

**Bibliografía.**

- BELLUSCIO y otros, Código civil y leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- GRAZIABILE, Dario y otros, Cuestiones conflictivas en el actual derecho concursal en homenaje al Profesor Dr. Ariel Angel Dasso, E.D. Truffat Director Académico, IADC, Agosto 2012.
- HEREDIA, Pablo, Tratado Exegético de derecho concursal, Abaco, Buenos Aires.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Director y otros, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- QUINTANA FERREYRA, Concursos Ley 19.551 Comentada, anotada y concordada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1985.
- REYES LÓPEZ, María José (coordinadora) La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004.

**CAPÍTULO TRES.****LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN RESPECTO A LOS ACREEDORES NO CONCURRENTES Y DISIDENTES EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL CHILENA.**

*Juan Luis GOLDENBERG SERRANO – Chile*

**Contexto del nuevo sistema concursal chileno (Ley N° 20.720).**

El presente Capítulo tiene por objeto dar cuenta del tratamiento del ordenamiento concursal chileno respecto a los acreedores no concurrentes y disidentes a un acuerdo de reorganización. El tema merece ciertas observaciones preliminares a partir de las cuales se ha construido el trabajo que se presenta a continuación. En primer término, la normativa concursal chilena fue recientemente reformulada por medio de la Ley N° 20.720 (en adelante, la “LRLAEP”),<sup>90</sup> lo que ha justificado que el estudio de los efectos del acuerdo respecto a los acreedores no concurrentes y disidentes no haya tenido aún mayor atención por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia (si bien destacaremos las excepciones al punto), pero, también, la necesidad de ofrecer un contrapunto con la normativa hoy derogada. Este segundo aspecto nos ha parecido fundamental puesto que ha existido una cierta visión transversal a nivel nacional de que el nuevo tratamiento de la reorganización concursal se ha centrado en ciertas modificaciones de nomenclatura respecto a la antigua Ley de Quiebras, desconociendo ciertos cambios estructurales que han incidido en su filosofía. Lo que pretendemos ahora es dar cuenta de estos últimos cambios, no desde la lógica de la privatización de esta área del derecho (que se advierte en uno y otro modelo), sino de la forma en que se lleva a cabo la negociación y los poderes que se otorgan a los acreedores que forman parte de ella.

Una segunda reflexión que destacamos es que la normativa vigente no hace especial referencia a los acreedores no concurrentes y disidentes, de modo que su régimen jurídico debe observarse principalmente a partir de dicho silencio y a la configuración dogmática de un sistema orgánico-asamblario y a las bases para la justificación de un principio mayoritario. Con este fin, deberemos efectuar una distinción entre las normas que confieren derecho a voto a los acreedores, por medio de las reglas destinadas a crear una nómina de créditos reconocidos, de aquellas que fijan los efectos jurídicos del acuerdo de reorganización aprobado. Al efecto, a diferencia de la regulación concursal derogada, la LRLAEP distingue ambos aspectos sin observar puntos de unión entre uno y otro. Las reglas para la determinación del pasivo no se construyen como una fórmula para deslindar las consecuencias jurídicas del acuerdo, sino como un medio para determinar quienes podrán formar parte de la voluntad colegial que terminará determinando el futuro de la Empresa Deudora, sea mediante la aprobación o rechazo de la propuesta presentada por el deudor. Sin embargo, tratándose de una formulación basada en expedientes privatistas, la lógica no se estructura completamente en torno a la noción de la autonomía privada, en la medida en la que se aprecia la existencia de intereses colectivos (no generales, como los que supone una construcción publicista) que se superponen a los particulares de cada acreedor. De este modo, la voluntad mayoritaria, especialmente si se encuentra cualificada en torno a su magnitud, hace suponer una

---

90 Acrónimo que se obtiene de la identificación de la normativa concursal chilena como Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

mayor racionalidad económica de los sujetos para el diseño de una solución concursal acorde a la finalidad satisfactoria propia del concurso.

Por otro lado, la extensión de los efectos a los acreedores no concurrentes o disidentes, justificada por la lógica de dicho principio mayoritario, se basaría en ofrecer un modo único de solución a la tragedia del recurso común al que se enfrentan los acreedores ante la desgracia patrimonial de su deudor. El propio concepto de “unidad de foro” da cuenta de la profundidad de tal planteamiento, al tiempo en que no parece posible pretender la reestructuración empresarial si acaso una parte de los acreedores pudiese sustraerse de esta forma de solución. Sin embargo, el problema se presentará cuando el principio mayoritario sea matizado por medidas de tutela a los acreedores minoritarios o ausentes, caso en el cual suelen plantearse reglas basadas en la igualdad de trato o, incluso, en la verificación de un comportamiento de buena fe al tiempo de la emisión del voto por parte de los acreedores. El ordenamiento concursal chileno sólo parece apuntar al primero de tales aspectos, con normas que admiten distinciones, sea creando categorías de créditos (aunque tipificadas en créditos garantizados y valistas), sea permitiendo excepcionalmente distinciones al interior de dichas clases. Pero el segundo elemento, esto es, aquél relativo a la buena fe, no se plantea con claridad en la LRLAEP (como tampoco se hacía en las legislaciones anteriores), cuestión que se oscurece al tiempo de apreciar que las facultades del tribunal para la revisión del contenido del acuerdo se ofrecen claramente disminuidas en el contexto legislativo chileno.

Para la comprensión de todos estos puntos, el presente capítulo se plantea del siguiente modo: en primer término, se analizarán los aspectos claves para la comprensión del nuevo sistema concursal chileno, dando cuenta de los elementos considerados para su reformulación y la configuración de sus presupuestos subjetivo y objetivo. Luego, se analizarán las consecuencias vinculadas al inicio de un procedimiento concursal de reorganización, dando cuenta especialmente de sus efectos expansivos a toda clase de acreedores (sean o no concurrentes), asociando ello a la protección de la negociación y a la supervivencia de la empresa al menos durante dicho periodo. Posteriormente, se analizarán las reglas relativas a la determinación del pasivo, con la intención de dar cuenta de su conexión con la integración de sus titulares a la junta de acreedores y la asignación del derecho a voto, y, especialmente, con su paralela desconexión con los efectos sustantivos del acuerdo. Todo ello, para culminar tratando las consecuencias jurídicas del acuerdo, para lo cual se examinarán elementos relativos a su contenido, con especial referencia a la materia que nos interesa, tales como la configuración de las clases y categorías, las reglas de igualdad y sus excepciones, y la tipología de los créditos (garantizados, valistas y subordinados) para entender los efectos jurídicos que se producen respecto a cada uno de ellos.

Al menos desde la entrada en vigencia de la Ley N° 18.175, de 28 de octubre de 1982, la legislación concursal chilena se había desprendido de los antecedentes claramente publicistas que habían teñido varios de los modelos normativos precedentes. Lo había hecho a partir de un sistema marcadamente privatista,<sup>91</sup> en el sentido de que los destinos de los bienes y actividades del deudor habían sido entregados a los designios de los particulares, especialmente a los acreedores, con ciertas limitaciones que fueron desapareciendo con el curso de las continuas reformas legales efectuadas con la finalidad de facilitar la negociación.<sup>92</sup> Con ello, la denominada

---

91 GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *La visión privatista del Derecho concursal*, Santiago, Thomson Reuters La Ley, 2015, *passim*.

92 Como indicaba SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial, La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, t. IV, p. 164, “La nueva normativa

“junta de acreedores” se posicionaba como órgano deliberativo fundamental y, sea en fórmulas de quiebra o de convenios, se articulaba como el medio de expresión de una voluntad colectiva que soberanamente diseñaba el modo de dirigir las actividades para obtener, bajo su criterio, una maximización de sus posibilidades de cobro. El síndico pasaba a ser un órgano esencialmente ejecutor de tales deliberaciones (artículo 27, número 22, del mismo cuerpo legal)<sup>93</sup> e, incluso en aquellos casos en los que las reglas aplicables parecían otorgarle cierta autonomía, se debía exclusivamente a los intereses comunes de los acreedores (artículo 27, inciso primero, del Libro IV del Código de Comercio).<sup>94</sup> Los tribunales de justicia, por su parte, sólo intervenían a los efectos de verificar el cumplimiento de las condiciones necesarias para dar apertura a los respectivos procedimientos y para resolver los casos en que se plantearan problemas de naturaleza estrictamente jurídica, necesarias para la configuración de la mentada voluntad colectiva, despojándosele de cualquier forma de intervención en cuanto al contenido económico del acuerdo.

No obstante, como señalan Contador Rosales y Palacios Vergara, la idea matriz de la Ley N° 18.175 se encontraba en un fortalecimiento de la fórmula liquidatoria, en el siguiente sentido: “La percepción del legislador de la época era instar por la más breve y acotada discusión posible, a efectos de incentivar la realización veloz y efectiva de los bienes del fallido, buscando un próximo y expedito reingreso de los mismos al flujo de la economía”.<sup>95</sup> Sin perjuicio de lo anterior, las ideas propias de tal “privatización del derecho concursal” fueron incluso profundizándose durante todo el tiempo en que dicha normativa se encontró vigente (incorporada, luego, al Libro IV del Código de Comercio por medio de la Ley No. 20.080, de 24 de noviembre de 2005), especial, pero no únicamente, en la órbita de los denominados “convenios judiciales”. Claro exponente de lo anterior fue la Ley No. 20.073, de 29 de noviembre de 2005, que especialmente pretendió un mejor diseño del citado convenio a efectos de facilitar su inicio. Así, despojándole de los requisitos

---

concursal chilena contenida en la Ley N° 18.175, de 1982, fuertemente inspirada en un criterio económico en cuanto a la finalidad de la quiebra, vuelve a otorgarle un papel protagónico a las juntas de acreedores. En un enfoque económico la quiebra representa uno de los tantos mecanismos de reasignación de bienes en el proceso productivo.”

93 Sobre el particular, nuestra jurisprudencia había calificado al síndico como auxiliar de la administración de justicia, al tiempo de ser también representante legal de la masa de acreedores y del fallido (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de mayo de 2002, en materia de Quiebra de Manufacturas Sabinco S.A., disponible en RDJ, T. XCIX, segunda parte, sección segunda, pp. 59 y ss.), e, incluso, como quien obra en representación del poder público (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 2 de diciembre de 2004, en autos relativos a Inmobiliaria Colo-Colo, rol N° 5.398-04, disponible en Gaceta Jurídica, No. 294, pp. 146 y ss). Sobre este último punto, la misma sentencia agregó que “la pasividad de los tribunales, limitada en relación con el reconocimiento formal de las actuaciones que aquél [el síndico] realice en ese carácter, tal pasividad termina desde el momento en que se suscita en la quiebra alguna controversia por los acreedores, el fallido o el síndico que los involucre a todos o sólo a alguno de ellos...”.

94 En relación con la representación de los intereses generales de los acreedores, vid. Contreras Strauch, Osvaldo, *Insolvencia y quiebra*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 69. Respecto a las funciones asignadas a los síndicos, replicables hoy respecto a los liquidadores, Lira Silva, Diego y Román Rodríguez, Juan Pablo, *Reforma al Derecho de quiebras. Nuevo estatutos de los síndicos*, Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 11, sostenían que “el hecho de que sus funciones sean de orden público permite explicar que ellas puedan estar en pugna con los intereses de algunos de los que intervienen en la quiebra, incluso con respecto a aquellos que hayan concurrido a su designación, ya que su nombramiento se realiza mediante una resolución judicial. La contraposición de intereses al interior del concurso es de la esencia del mismo, de modo que las actuaciones del síndico estarán siempre sujetas a la impugnación de ellas o a su control, pues resuelven sobre las pretensiones reflejadas en el concurso por cada acreedor, y es por ello que el síndico debe mantener una posición neutral, la cual siempre estará avalada por el órgano de control estatal si la actuación posee estas características de neutralidad y apego a la ley”.

95 Contador Rosales, Nelson y Palacios Vergara, Cristián, *Procedimientos concursales*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 4



de dignidad del deudor, derivados de la ausencia en la comisión de delitos concursales, consagrando la posibilidad de que los acreedores que –teniendo la posibilidad de instar por la declaratoria de quiebra– forzaran al deudor a la presentación de propuestas de un convenio preventivo judicial, previendo la posibilidad de un experto facilitador para ayudar a las partes a llegar a alguna suerte de acuerdo, entre muchas otras, se consagraba lo que el legislador de la época estimaba como un incentivo a este tipo de solución concursal. Como nos indicaba Sandoval López: “el principio orientador de esta reforma es fomentar y privilegiar la celebración de acuerdos extrajudiciales y de convenios judiciales, entre el deudor y sus acreedores, a fin de evitar las declaraciones de quiebra, que por lo general suelen traer la desaparición de las empresas, la pérdida del empleo y otras consecuencias dañinas para la actividad económica del país”.<sup>96</sup>

Los efectos prácticos de esta ley fueron bastante menores, de modo tal que la entonces Superintendencia de Quiebras daba cuenta que en Chile, a partir del año 2006, existió un promedio de 142 quiebras declaradas anualmente, en contraste con los 10 convenios presentados en promedio al año en el mismo periodo.<sup>97</sup> Tomando en consideración lo anterior, el día 15 de mayo de 2012, se inició en Chile la tramitación de un proyecto de ley que terminó por reformular toda su regulación concursal. A juicio del Poder Ejecutivo, la normativa parecía desactualizada y, aunque Chile no estaba en una época de crisis sistémica –como aquellas que habían propiciado las grandes reformas concursales de los años 1929 y 1982– lo que sí parecía cierto era que los modelos de quiebras y convenios eran escasamente utilizados por los operadores económicos. Difícilmente podría pensarse que durante los más de treinta años de su vigencia no existieron momentos críticos en los que debía efectivamente hacerse un uso intensivo de las herramientas concursales, especialmente si se considera que el modelo chileno, a partir de la Ley N° 4.558, de 1929, había adoptado un modelo unitario en razón del cual las soluciones de la quiebra y los convenios eran igualmente aplicables a personas naturales y jurídicas, comerciantes o no comerciantes. Al contrario, la falta de uso de los procedimientos dispuestos en la legislación concursal daba cuenta de sendos vacíos, inconvenientes, ineficacias y desconfianzas que difícilmente invitaban a los deudores y acreedores para dar pronto inicio a un concurso, a pesar de los diversos incentivos, directos e indirectos, positivos y negativos, que concedía el legislador.<sup>98</sup>

Sin embargo, al tiempo de pretender la reforma del sistema concursal patrio, como revela el Mensaje de la LRLAEP, se puso especial atención a los estándares de eficiencia informados, por medio de estadísticas comparativas, en el informe de Doing Business del Banco Mundial. A ellos se enfocó el Gobierno chileno a partir de la incorporación de Chile a la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económicos en el año 2010,<sup>99</sup> demostrando una muy deteriorada posición del país en el ranking de resolución de la insolvencia. El modelo observado, tal vez con mayor intensidad, fue el ordenamiento colombiano contenido en la Ley N° 1.116, de insolvencia empresarial, especialmente si se considera una cierta sintonía con dicho sistema jurídico privado (compartiendo la matriz normativa del Código Civil de Bello) y, en los hechos, por el hecho de

---

96 Sandoval López, Ricardo, op. cit., nota 4, p. 179. En similar sentido, Contreras Strauch, Osvaldo, op. cit., nota 6, p. 321.

97 Fuente: [www.squiebras.cl](http://www.squiebras.cl) [consultada el 2 de enero de 2014].

98 Goldenberg Serrano, Juan Luis, “El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales”, *Ius et Praxis*, Chile, año 18, núm. 1, 2012, *passim*.

99 De lo anterior se dejó expresa constancia en el Mensaje del proyecto de ley (081-360), que dio inicio a su tramitación legislativa, expresando que “En esta materia, el informe Doing Business 2012, del Banco Mundial, nos ubica en un meritorio lugar 39, subiendo 2 puestos en relación con el informe del año 2011. Sin embargo, estamos ubicados en el lugar 110 en materia de solución de insolvencias, materia en la que estamos muy lejos de los mejores estándares mundiales.”

ostentar un lugar privilegiado en el mencionado ranking, aun cuando Colombia no forma parte de la OCDE.

Pero ninguna de tales motivaciones fue utilizada para alterar el modelo privatista que se había instalado como una solución coordinada con el orden público económico sostenido incluso a nivel constitucional. Se buscaba, en cambio, observar todos aquellos aspectos estructurales que parecían ir en contra de un resultado eficiente y generar un nuevo conjunto de incentivos a fin de que los particulares realmente utilizaran las soluciones concursales ante escenarios de crisis. Los resultados, si bien numéricamente han sido bastante más alentadores que los que se generaban en torno al Libro IV del Código de Comercio,<sup>100</sup> no han sido por ello carentes de crítica. Especialmente, Puga Vial ha sostenido en sus múltiples obras una visión negativa de la nueva legislación, destacando especialmente la indefinición de su fundamento objetivo (ante una clara ausencia de referencias a situaciones de insolvencia) y, muy especialmente en lo que nos interesa, una ruptura del principio de neutralidad.<sup>101</sup> El autor sostiene que “la nueva ley tiene una marcada tendencia hacia el denominado principio de conservación de la empresa, que además confunde con la noción de reorganización”.<sup>102</sup>

Pese a ello, a nuestro juicio, la Ley N° 20.720 ha mantenido la neutralidad concursal. No nos parece efectivo que el ordenamiento, a priori, desee que toda empresa se reorganice, allí donde los acreedores no podrían obtener una mejor rentabilidad de sus créditos; ni que la persona deudora siempre pueda renegociar sus deudas, allí donde no tiene nada que ofrecer. Creemos que en este punto se ha confundido el hecho de que, en un modelo concursal que enaltece la autonomía privada como motor de la solución al problema que resulta de la insolvencia (como ha sido tradición en nuestro ordenamiento, especialmente con la Ley N° 18.175, por las razones antes indicadas), parece evidente que la formulación del convenio (o del acuerdo de reorganización, como ahora se le denomina) merecía una regulación bastante más acabada que la que se proponía en el Libro IV del Código de Comercio. El formato vigente al amparo de la Ley N° 18.175 no parecía comprender las poderosas dificultades de negociación a la que se veía expuesto el deudor que intentaba llegar a alguna fórmula de rescate del negocio, sea por la posibilidad de obstrucción de los acreedores (hold out), los débiles “escudos protectores” previstos para que la negociación llegase a buen término, la inadvertencia de la necesidad de privilegiar los mecanismos de obtención de la necesaria liquidez o continuidad de suministro durante la fase de negociación, o la insistencia de excluir a los acreedores garantizados sin considerar que –en la lógica moderna del financiamiento de la empresa– muy probablemente un número considerable de los bienes esenciales a su funcionamiento se encontrarían gravados con prendas e hipotecas.

Nos parece que el principio de conservación de la empresa, con escasa vigencia en la legislación chilena al amparo del Decreto Ley No. 1.509, de 9 de julio de 1976, en que era una autoridad pública que se hacía portavoz de los intereses generales de la economía, no sobrevivió en los modelos vigentes en Chile a partir de la década de los ochenta del siglo XX y que, mucho menos,

---

100 La Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ha reportado que desde el inicio de la vigencia de la ley en octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2016, se habían iniciado los siguientes procedimientos concursales: respecto a las Personas Deudoras, 1935 procedimientos concursales de renegociación y 1459 procedimientos concursales de liquidación de bienes. Respecto a las Empresas Deudoras, 103 procedimientos concursales de reorganización y 1016 procedimientos concursales de liquidación. Información disponible en el Boletín Estadístico de la citada Superintendencia, en [www.superir.gob.cl](http://www.superir.gob.cl).

101 Puga Vial, Juan Esteban, “Mirada crítica de la Ley N° 20.720”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (editor), Estudios de Derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de vigencia, Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 57 – 65

102 Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 13, p. 61.

ha resurgido en el ámbito de la LRLAEP. Ella fue convenientemente reemplazada por el respeto de la unidad económica que, sea en sede de reorganización, sea en sede de liquidación, aparece observada en razón de su viabilidad y al hecho de que su existencia puede provocar la anhelada maximización de las posibilidades de cobro a los acreedores.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a la reorganización empresarial, la LRLAEP pretendió configurar un nuevo estatuto normativo para estructurar la negociación entre el deudor y sus acreedores, tomando especialmente en cuenta las dificultades técnicas para lograr una negociación equilibrada que constituyera una efectiva alternativa a la liquidación de la empresa. El procedimiento concursal de reorganización, como es bautizado ahora el modo de acordar los otrora convenios judiciales, sólo escasamente toca los elementos de fondo que habían propiciado el sistema anterior. Pero, obsérvese, los cambios no se presentaron en razón de su contenido (todavía inspirado en los amplios campos de actuación de la autonomía privada), sino en el diseño de la mentada forma de negociación. En otros términos, el legislador concursal chileno asume que sólo por medio de fórmulas que alienten esta clase de acuerdo y que concedan espacios para que la empresa viable pueda reestructurarse eficazmente, la herramienta de la reorganización puede tener sentido, para no ser una obra de museo con escaso valor práctico.

### **La reorganización de la empresa deudora: planteamiento general.**

#### **Presupuesto subjetivo: la configuración legal de la empresa deudora.**

De conformidad al artículo 54 LRLAEP, el procedimiento concursal de reorganización se encuentra concebido exclusivamente para la denominada “Empresa Deudora”. El modelo chileno incorporado por la LRLAEP ha terminado por desechar el modelo unitario que se había presentado en la legislación a partir de 1929, en que se establecieron unas idénticas modalidades de solución (quiebra y convenio) para los deudores civiles y comerciales, con ciertas diferencias no estructurales; y que fue fortalecido por la Ley N° 18.175, al distinguir para tales efectos a los deudores que ejercían una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, de quienes no lo hacían. Sobre la base de la eficiencia de los procedimientos (en relación con los costos de transacción necesarios para llegar a un acuerdo), y, en menor grado, en referencia a las diversas funciones que puede desempeñar el procedimiento concursal enfrentado a la persona natural, la LRLAEP incorporó un sistema dualista, sobre la base de distinguir a la Empresa Deudora y a la Persona Deudora. Ello principalmente a fin de dar cuenta de diversos procedimientos concursales aplicables a cada uno de tales perfiles.

En lo que ahora nos interesa, vale considerar que el artículo 2.13 LRLAEP dispone de dos parámetros para la configuración de la Empresa Deudora: en primer término, abarcando a toda persona jurídica de derecho privado, sea que tenga o no fines de lucro; y, luego, si se trata de una persona natural, atendiendo a la normativa tributaria dispuesta en el Decreto Ley No. 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprobó la Ley de Impuesto a la Renta (“LIR”). Al efecto, para calificar excepcionalmente a la persona natural como Empresa Deudora, será necesario revisar su calificación como contribuyente de ciertos tributos contemplados en la LIR.<sup>103</sup>

---

103 Puga Vial, Juan Esteban, Derecho concursal. El acuerdo de reorganización, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 219, concluye, a la luz de dicha disposición, que la Empresa Deudora es “en general cualquier persona natural o jurídica productora o proveedora de bienes y servicios”. Con ello, agrega luego (p. 220), que “con esta ley, dejamos atrás la última conexión entre los procesos concursales y el derecho comercial. La noción de comerciante o de deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola que tanto espacio para el debate generaron, quedan en el

El primer supuesto se refiere a aquellos contribuyentes de primera categoría, para lo cual deberá atenderse a los supuestos previstos en los artículos 20 y siguientes de la LIR, que identificarán el tipo de renta (hecho gravado) que generará el tributo. Adicionalmente, considérese que el artículo 20.5 de la LIR dispone que “[E]ste impuesto se determinará, recaudará y pagará: 5°.- Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría no se encuentren exentas”, transformándose, en consecuencia, en el criterio general de tributación de las rentas en el ordenamiento jurídico chileno.

Por su parte, el segundo supuesto se refiere a aquellos contribuyentes del artículo 42.2 de la LIR, que grava con el impuesto de segunda categoría los ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquier otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el artículo 42.1 de la LIR, transformándose, en consecuencia, en el criterio general de tributación de las rentas en nuestro ordenamiento jurídico respecto a dichas ocupaciones lucrativas. Dichas ocupaciones son definidas por la misma norma como “la actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital”.

Por ello, si bien para efectos de la LRLAEP la regla general será que las personas naturales califiquen como Personas Deudoras (en atención a la definición residual de esta clase de deudor contenida en el artículo 2.25 de la citada normativa), la remisión a las reglas de la LIR hace que, en la práctica, el círculo se restrinja considerablemente, sea en razón de la amplitud del artículo 20.5 o del artículo 42.2 de la LIR. Ello dado que la tributación conforme al artículo 42.1 de la misma ley se presenta como residual en el contexto de la citada normativa. De esta forma, los únicos modos de calificar como Persona Deudora propiamente tal estarán dados por: (i) una tributación única de acuerdo al artículo 42.1 de la LIR, esto es, que sus rentas se refieran sólo a sueldos, sobresueldos, salarios, premios, dietas, gratificaciones, participaciones y cualquiera otras asimilaciones y asignaciones que aumenten la remuneración pagada por servicios personales, montepíos y pensiones; (ii) la ausencia de rentas que resulten efectivamente gravadas por los impuestos de primera o segunda categoría, tomando en cuenta los ingresos no constitutivos de renta del artículo 17 de la LIR;<sup>104</sup> y (iii) el hecho de haber dejado de ser contribuyentes de los impuestos de primera categoría o del artículo 42.2 LIR, lo que nos reconduce necesariamente a una cuestión de tipo temporal.<sup>105</sup>

---

ámbito de la historia del derecho”. Para una visión crítica de esta formulación del sujeto pasivo de los procedimientos concursales, vid. Sandoval López, Ricardo, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 148 – 151 y 377.

104 Una interrogante que se genera en torno a la aplicación de la normativa se refiere a la concurrencia de diversas formas de tributación por parte de la misma persona natural. Respecto a ello, nos parece que la definición prevista en el artículo 2.13 LRLAEP debe ser interpretada en el sentido de que si la persona natural es reconocida por la LIR como contribuyente de primera categoría o del artículo 42.2 de dicha normativa, con independencia a cualquier otra calificación, será considerada como Empresa Deudora. De este modo, el artículo 2.13 LRLAEP no gira en torno a una calificación única como contribuyente de estas clases de tributos, sino que el sólo hecho de constituirse en tal lo aleja de la calificación residual como Persona Deudora propiamente tal. Así puede apreciarse de la sentencia del 6° Juzgado Civil de Santiago, en autos rol C-1490-2015, de 25 de marzo de 2015 (disponible en el Boletín Concursal), en que la calificación del solicitante como Empresa Deudora se dio por el hecho de ser empleado y, además, haber prestado servicios y emitido boletas de honorarios en a lo menos tres ocasiones en el año tributario vigente

105 Contador Rosales, Nelson y Palacios Vergara, Cristián, op. cit., nota 7, pp. 242 y 243, se expresan en el siguiente sentido: “Chile, por su parte, ha decidido dar protección a sus habitantes por medio del tratamiento sistemático de la

**Presupuesto objetivo.**

Como puede apreciarse desde la génesis de la LRLAEP, se destacaron las deficiencias del modelo anterior en lo que se refería a la posibilidad de reorganización de las empresas viables. Este parece ser uno de los principales puntos de partida de la nueva normativa, al tiempo en que el proyecto de ley de presentaba a sí mismo fundado en el ánimo de “fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo”. Pero dicho punto de partida se enfrenta a la cuestión de determinar, ya en términos de diseño, cuándo entendemos que la empresa es efectivamente viable, y, por tanto, conviene su reorganización en lugar de llevar a cabo un trámite liquidatorio para el reingreso de los bienes productivos al mercado. Si bien el mensaje de la ley da cuenta en varias oportunidades de tal concepto de viabilidad, el mismo no logra encontrar un reconocimiento en el texto normativo de la ley, aunque éste se supone del juego de negociación entre el deudor y sus acreedores. Recordemos en este punto que, conforme a la legislación chilena, tal calificación no corresponde en caso alguno a los tribunales, ni en la admisibilidad de la solicitud de inicio del procedimiento, ni cuando el deudor presenta la propuesta de reorganización ni al tiempo de la Junta de acreedores llamada para votar la misma.

En este sentido, la idea de la reorganización de la empresa viable se asoma como un ideal pretendido por el legislador, quien ofrece un mecanismo que estima mejor preparado para enfrentar las dificultades de la negociación, pero que en caso alguno constituye a la “viabilidad de la empresa” como un requisito jurídico para el inicio del procedimiento ni para la aprobación del acuerdo. Ello implica que, en primer término, será la propia Empresa Deudora la que deberá sopesar esta alternativa, considerando especialmente que la legitimación para presentar la correspondiente solicitud de inicio de la reorganización recae exclusivamente en ella (Artículo 54 LRLAEP).<sup>106</sup> No encontramos en el ordenamiento patrio la posibilidad de que los acreedores insten por la reorganización concursal, quedándoles sólo entregada la posibilidad de demandar el inicio de un procedimiento concursal de liquidación si acaso se cumplen con los requisitos legales previstos en el artículo 117 LRLAEP. Incluso, en el marco del inicio de dicho proceso liquidatorio, se concede al deudor, como una de las actuaciones previstas para el caso de ser notificado de la demanda de liquidación forzada, la posibilidad de instar por el procedimiento de reorganización concursal, el cual, nuevamente, es de su exclusivo resorte (artículo 120 LRLAEP).<sup>107</sup>

---

insolvencia de la persona natural, la que, normativamente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° N° 25, se define por exclusión, vale decir, será Persona Deudora aquella que no ingrese dentro de la conceptualización de Empresa Deudora. Serán, entonces, las personas naturales contribuyentes de segunda categoría (asalariados), también personas naturales que reciben ingresos de fuentes no gravadas (montepíos, jubilaciones, etc.) y otros sujetos de crédito como estudiantes y personas que han optado por trabajar al interior de sus propios hogares, en beneficio del diario vivir del grupo”.

106 Igual ocurría en el sistema anterior, como razonaban Puelma Accorsi, Álvaro, Curso de Derecho de quiebras, tercera edición corregida y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983, pp. 211 y 212, y Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo, El derecho de quiebras, segunda edición aumentada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 469.

107 Sobre la posibilidad de un denominado “convenio preventivo forzado”, como forma en razón de la cual los acreedores que podían demandar la quiebra podían instar por el apercibimiento al deudor para la presentación de propuestas, vid. Puga Vial, Juan Esteban, Derecho concursal. El convenio de acreedores, segunda edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 167 – 169; y Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo, op. cit., nota 18, pp. 470 y 471. Sólo Contreras Strauch, Osvaldo, op. cit., nota 6, p. 323 entendía que se trataba este de un reconocimiento de la iniciativa dada a los acreedores para formular proposiciones de convenio judicial preventivo,

Siendo de este modo, sea que el deudor haya instado por una liquidación voluntaria o sea que se haya previamente demandado su liquidación forzosa, los acreedores jamás pueden gatillar el inicio de un proceso reorganizativo, aun cuando lograsen comprobar que los resultados de la liquidación no producen el efecto maximizador buscado dada la viabilidad del negocio. Al contrario, a los acreedores sólo les corresponde sopesar dicha viabilidad en la medida en la que el deudor haya instado previamente por la reorganización concursal y, posteriormente, haya presentado la correspondiente propuesta. De ahí que, conforme al artículo 57 N° 8 LRLAEP, una vez efectuada tal presentación y, en todo caso, al menos tres días antes de la Junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre ella, el veedor deberá ofrecer a los acreedores un informe que, entre sus aspectos más fundamentales, contiene una calificación fundada acerca de si la propuesta es susceptible de ser cumplida habida consideración de las condiciones del Deudor; el monto probable de recuperación que le correspondería a cada acreedor en sus respectivas categorías, en caso de un procedimiento concursal de liquidación; y si la propuesta de determinación de los créditos y su preferencia indicada por el Deudor se ajustan a la ley.<sup>108</sup>

En lo que se refiere propiamente al “acuerdo de reorganización judicial”, el ordenamiento chileno destaca por ciertos aspectos que dan cuenta de la absoluta privatización del instrumento. En primer término, el sistema ofrece una liberalización de su contenido, en el sentido que éste “puede versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los activos y pasivos de una Empresa Deudora” (artículo 60).<sup>109</sup> Esta idea ya había sido asumida por la Ley No. 18.175, que en su texto original disponía de una serie de ejemplos no taxativos con relación al punto<sup>110</sup>, pero que fue posteriormente modificada por la Ley No. 20.073, para simplemente disponer que “Las proposiciones de convenio judicial preventivo pueden versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de quiebra, salvo sobre la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo”.<sup>111</sup>

Al respecto, cabe efectuar ciertas aclaraciones. La variación en el texto normativo actual supone, en primer lugar, una pretensión de desconexión entre el acuerdo de reorganización y el procedimiento concursal liquidatorio. A diferencia del sistema anterior, se busca que la reorganización de la empresa se constituya como una solución con una cierta autonomía, sin construirla como un mero mecanismo de evitar la declaración de quiebra del deudor. Sin embargo, cabe advertir que se trata de una precisión más bien formal, por cuanto el retiro de la

---

conclusión que no podemos compartir puesto que no se les permitía presentar proposiciones directamente, sino sólo solicitar el apercibimiento en los términos indicados.

108 En el sistema anterior, dicho informe era esencial para la celebración de la junta, de manera que, de no ser presentado dentro del plazo, el deudor o cualquiera de los acreedores podía concurrir al tribunal para la fijación de un nuevo plazo, para la asunción del síndico suplente en el cargo y para la fijación de una nueva oportunidad para la celebración de la citada junta. En la LRLAEP, la ausencia de dicho informe sólo impone responsabilidades al veedor, basado, nuevamente, en el principio de celeridad que ilumina toda la legislación concursal vigente.

109 Idea que resulta coincidente con la definición de los Acuerdos de Reorganización Judicial contenida en el artículo 2.1 LRLAEP, al disponer que se trata de “aquel que se suscribe entre una Empresa Deudora y sus acreedores con el fin de reestructurar sus activos y pasivos, con sujeción al procedimiento establecido en los Títulos 1 y 2 del Capítulo III”.

110 Ejemplos que, a juicio de Contreras Strauch, Osvaldo, op. cit., nota 6, p. 338, permiten iluminar guiar a las partes en cuanto al contenido habitual de los acuerdos de esta clase, incluyendo remisiones, ampliaciones de plazo, abandono total o parcial de los activos, continuación de las actividades económicas, enajenaciones de bienes como unidad económica, entre otros

111 En el contexto de la legislación concursal hoy derogada, Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 19, p. 177 había dado cuenta del principio de libertad contractual como principio que gobernaba el objeto de los convenios, pudiendo pactarse múltiples formas para sanear la insolvencia del deudor. En similar sentido ya se había pronunciado Puelma Accorsi, Álvaro, op. cit., nota 18, p. 212.



propuesta (artículo 77 LRLAEP)<sup>112</sup> y el fracaso de la negociación (artículo 96 LRLAEP),<sup>113</sup> como asimismo la declaración de nulidad o de incumplimiento del acuerdo (artículo 100 LRLAEP), provocarán la necesaria apertura de la liquidación por parte del tribunal competente. Por su parte, la falta de referencia a la licitud del objeto en la nueva normativa no implica un reconocimiento tácito a acuerdos que infrinjan las disposiciones imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se estimó innecesario dar cuenta del punto por la aplicación general de las normas que tratan sobre el particular en nuestro Código Civil (artículos 1.462 y siguientes). Finalmente, el propósito del nuevo concepto está dado por identificar el objeto típico de los acuerdos de reorganización, mediante el empleo de un concepto más económico que jurídico, relativo a la reestructuración de activos y pasivos de la empresa. Término que toma como base lo dispuesto en el artículo 1° de la legislación concursal colombiana (Ley No. 1.116, de 2006, sobre insolvencia empresarial), una de las fuentes de inspiración del nuevo sistema concursal chileno,<sup>114</sup> que dispone que “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”.

Pese a ello, tal enunciación parece esconder un elemento adicional que puede resultar controversial. Al efecto, en parte alguna nuestro ordenamiento jurídico establece un claro presupuesto objetivo para llevar a efecto un procedimiento concursal de reorganización. La doctrina chilena ha destacado, incluso, que “La ley emplea la palabra “insolvencia” sólo para aplicarlo a la nueva denominación de la autoridad fiscalizadora, la otrora Superintendencia de Quiebras que se llama hoy Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. La emplea también en el capítulo destinado a la insolvencia transfronteriza. Pero a la hora de tratar del fundamento objetivo del Procedimiento Concursal de Liquidación o del Procedimiento Concursal de Reorganización, la ley cae en una ambigüedad por momentos incomprensible”.<sup>115</sup>

En este sentido, especialmente en el marco de la presentación de las correspondientes solicitudes de inicio de los procedimientos concursales (que, veremos, se articulan bajo la lógica de una “solicitud en blanco”) no se ofrecen parámetros para la calificación de la situación patrimonial de la Empresa Deudora, como tampoco se ofrecen instancias para que el tribunal –sea de oficio o a petición de parte- revise la existencia de alguna suerte de presupuesto objetivo para poder dar curso al procedimiento. El problema que se produce en este punto es que, ante la ausencia de un presupuesto de esta clase y desprovisto el sistema de cualquier clase de valoración económica por parte del tribunal, el procedimiento concursal de reorganización puede ser utilizado a efectos de alterar las posiciones crediticias del deudor por circunstancias ajenas a un escenario de crisis, como, por ejemplo, una mera reestructuración financiera de la empresa. En tales casos, el cuestionamiento se centra en la utilización de herramientas que de alguna manera alientan esta clase de soluciones (incluyendo, por ejemplo, prórrogas y remisiones de créditos), ante la

---

112 A menos que el retiro de la propuesta efectuado por el Deudor cuente con el apoyo de acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento de su pasivo (artículo 77 LRLAEP).

113 Lo anterior, a menos que en la misma Junta de acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre el acuerdo permitan al deudor, con quórum especial (correspondiente a acreedores que representen dos tercios del pasivo con derecho a voto), publicar una nueva propuesta y acompañarla al tribunal diez días antes de la celebración de una nueva Junta de acreedores citada para su revisión

114 Si bien en la tramitación legislativa no se señalaron expresamente las fuentes consultadas para la preparación del texto normativo, la influencia del ordenamiento colombiano es evidente en muchos aspectos. Al respecto, cabe destacar la incorporación de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza, el tratamiento de la continuidad de los contratos, la denominación de los procedimientos, entre otros.

115 Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 13, p. 57.



alternativa de que, rechazado que sea el acuerdo, el tribunal quede obligado a dar inicio a un procedimiento concursal de liquidación, en el que la posición de los acreedores puede quedar incluso más mermada, especialmente si se toma en consideración la necesaria extinción del saldo insoluto de todas las obligaciones anteriores a la dictación de la resolución de liquidación (artículo 255 LRLAEP).

La justificación para dicha medida parece encontrarse en diversas situaciones fácticas: en primer lugar, se aprecia una velada crítica a los tribunales en el sentido de que no se encontrarían en condiciones para poder efectuar esta clase de valoraciones, aun cuando el nuevo sistema haya pretendido instar por una justicia especializada por medio de reglas de radicación preferente de las causas concursales en los tribunales que cuenten con capacitación previa en estas materias (artículo 3 LRLAEP); y, luego, en la necesidad de dar pronto inicio a esta clase de soluciones, evitando larguísimas discusiones acerca de si se debía entender o no configurado un determinado presupuesto objetivo de difícil valoración técnica. Sin embargo, ello se aprecia con mayor fuerza en el ámbito de los procedimientos concursales de liquidación forzosa en los que la ponderación del presupuesto objetivo parece desplazada por la sola constatación de ciertos elementos fácticos (artículo 117 LRLAEP) y en la que el deudor, en lugar de poder defenderse negando la existencia de una situación patrimonial viciosa, sólo puede hacerlo invocando las causales propias de un juicio ejecutivo (artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 120.2.d) LRLAEP).

#### **El inicio del procedimiento concursal de reorganización y sus efectos en los derechos de los acreedores.**

Como hemos señalado precedentemente, el nuevo sistema concursal pretende configurar un mecanismo de negociación más equilibrado en relación con los derechos de las partes. Para lograr tal equilibrio, y a diferencia del sistema derogado,<sup>116</sup> el procedimiento reorganizativo ya no comienza con la presentación de una propuesta de convenio, sino con la mera solicitud de inicio (en blanco)<sup>117</sup> por parte del deudor ante el tribunal competente, correspondiente al domicilio de la Empresa Deudora.<sup>118</sup> El objetivo se encuentra dado por el hecho de que el legislador pretende que todo el proceso de negociación se lleve a efectos al interior del procedimiento concursal, con el fin de resguardar la negociación a través de la denominada “Protección Financiera Concursal” (artículos 2.31 y 57 LRLAEP). No se quiere, entonces, que el deudor necesite llegar a ciertos acuerdos preliminares con los acreedores, desprovisto de todo tipo de escudo, sino que el propio ordenamiento le conceda ciertas salvaguardas para impedir comportamientos obstructores por parte de sus acreedores. Lo anterior es fácilmente comprensible si se aprecia en comparación con el modelo concursal chileno derogado. El sistema anterior disponía que la presentación de las

---

116 Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 19, pp. 157 – 193.

117 Utilizando la denominación que se ha dado a esta posibilidad en el artículo 161,4 de la Legge Fallimentare italiana. Norma que fue introducida por el D.L. del 22 de junio de 2012, n. 83, finalmente sustituido por la Ley de conversión de 7 de agosto 2012, n. 134.

118 El nuevo procedimiento, en el marco del propósito de darle la mayor celeridad posible, hace que presentada la solicitud de inicio ante el tribunal, la Empresa Deudora deba concurrir a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento a efectos de proceder a la nominación del veedor. Dado que el sistema propuesto permite que este órgano concursal sea designado por medio de mayorías de los tres principales acreedores, será necesario acompañar una certificación por parte de un auditor externo que les identifique a efectos de iniciar el proceso administrativo de nominación. Terminada esta fase, la Superintendencia remitirá el correspondiente certificado al tribunal a efectos que este pueda dictar la resolución de reorganización, designando al veedor previamente nominado (artículo 22 LRLAEP).

propuestas de convenio (que marcaban el hito inicial de la fórmula reorganizativa) no tenía por efecto la suspensión de la posibilidad de declaratoria de quiebra o del inicio o continuación de ejecuciones en su contra (artículo 177 del Libro IV del Código de Comercio), a menos que contara con el apoyo de dos o más acreedores que representaran al menos el cincuenta por ciento de su pasivo (artículo 177 bis del derogado Libro IV del Código de Comercio).<sup>119</sup> En la práctica, ello implicaba que difícilmente el deudor podía presentar propuestas de convenio sin el mencionado apoyo, el que por supuesto debía obtener previo al concurso, quedando en tal fase a merced de las acciones de sus acreedores, en especial, si se tomaba en cuenta que éste había reconocido de forma expresa una posición patrimonial deteriorada.

La lógica de la solicitud en blanco que propone el artículo 54 LRLAEP tiene únicamente por objeto obtener del tribunal (una vez nominado el correspondiente veedor y presentados los documentos que dan cuenta de la conformación patrimonial de la Empresa Deudora) una resolución que deslinde el arco temporal en que se llevará a cabo el proceso de negociación y que, en lo sustancial, señale la forma en la que el ordenamiento concederá la correspondiente protección. Así, la presentación de una propuesta de acuerdo queda desplazada para un momento posterior (a más tardar, 10 días antes de la junta de acreedores citada para deliberar sobre la misma), suponiendo que en el tiempo intermedio las partes habrán negociado sobre la base de información cierta para ponderar la viabilidad de la empresa y del acuerdo propiamente tal. Lo anterior también se entiende de mejor modo si se observa el rediseño del soporte negociador dado por el veedor, quien (a diferencia del síndico informante tratado en el Libro IV del Código de Comercio) tiene ahora por principal finalidad “propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitando la proposición y negociación del Acuerdo” (artículo 25 LRLAEP).

Pero como hemos destacado, la principal innovación que se ofrece a este respecto es aquella que la LRLAEP denomina “Protección Financiera Concursal”. En primer término, cabe destacar que se trata éste de un periodo que se iniciará con la notificación de la resolución de reorganización en el Boletín Concursal y terminará al tiempo de la celebración de la junta de acreedores citada para pronunciarse sobre la propuesta a ser presentada por el deudor en un momento posterior.<sup>120</sup> Sin perjuicio de que destacaremos someramente el contenido de tal protección, cabe observar que todas ellas se articulan sobre la base de prohibiciones y limitaciones en el actuar de los acreedores del deudor.

En lo que ahora nos interesa, las normas no reposan sobre la idea de afectar únicamente a los acreedores que forman parte activa del procedimiento o que son integradas en las nóminas de

---

119 Esta posibilidad excepcional había sido incorporada inicialmente por medio de la Ley N° 18.598, de 5 de febrero de 1987, pero resultó ampliada con la Ley N° 20.073, en el sentido de impedir el inicio y continuación de todo procedimiento de ejecución, individual o colectiva, y no sólo la suspensión de la realización de los bienes y la posibilidad de la declaratoria de quiebra. Asimismo, la citada Ley N° 20.073 había introducido un artículo 177 quáter, bajo la misma lógica, pero suponiendo un apoyo de dos o más acreedores que representen más de un 66% del total del pasivo, caso en el cual se aceleraba la fecha de realización de la junta de acreedores y se omitía la necesidad de presentación de informe por parte del síndico respecto a la conveniencia y viabilidad de las propuestas. Sobre el particular, vid. Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 19, pp. 199 – 204; y Contreras Strauch, Osvaldo, op. cit., nota 6, pp. 335 - 338.

120 Al respecto, la regla general es que la junta de acreedores sea citada para el trigésimo día contado desde la notificación de la resolución de reorganización en el Boletín Concursal, plataforma electrónica, gratuita y pública administrada por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Excepcionalmente, podrá prorrogarse tal fecha, como asimismo la extensión de la “Protección Financiera Concursal”, si se cuenta con el apoyo de una mayoría considerable de los acreedores con derecho a voto. En efecto, esta prórroga será de hasta treinta días si se encuentra apoyada por acreedores que representen el cincuenta por ciento del pasivo con derecho a voto, y de hasta sesenta días, si los acreedores representan dos tercios del mismo (artículo 58 LRLAEP).

crédito reconocidos para efectos del otorgamiento de derecho a voto, sino que se extienden a todo quien tenga tal calidad respecto a la Empresa Deudora concursada. En otras palabras, a efectos de calibrar la viabilidad del negocio y negociar la consecuente propuesta de reorganización, el ordenamiento chileno ofrece un efecto expansivo de las consecuencias de la dictación de la resolución de reorganización, entendiéndose que todos los acreedores quedan afectados por la misma en razón de su incorporación en un sistema general de notificaciones por medio de la publicación en el Boletín Concursal.<sup>121</sup> En suma, nada importa si los acreedores conocieron o no de la existencia de dicha resolución o de si han decidido participar o no en el concurso. Los efectos que reseñaremos se producirán de igual forma puesto que lo que pretende el ordenamiento es efectivamente resguardar la unidad económica que conforma la empresa, al menos durante la época de la negociación, ante la evidencia de que en el sistema anterior las dificultades para obtener una protección similar terminaban por desincentivar cualquier fórmula reorganizativa.

En este punto se advierte que los efectos expansivos de la resolución de reorganización no se articulan sobre la base de la lógica del principio mayoritario que justifica la afectación de los derechos de los acreedores en razón del acuerdo aprobado. Al contrario, se trata éste de un mero efecto legal, funcional a los fines del procedimiento de reorganización observado en sí mismo, como medida de salvaguarda de la unidad económica que se esconde tras la figura de la Empresa Deudora. Así, al tiempo en que el artículo 57.1 LRLAEP detalla las consecuencias jurídicas de la “Protección Financiera Concursal”, se tratan todas éstas de meros efectos impuestos por normas de *ius cogens* y que, por tanto, no pueden ser afectados en razón de la autonomía privada ni matizados por los tribunales de justicia.

Si bien la protección descansa esencialmente sobre la idea de la suspensión de la posibilidad de iniciar o proseguir un procedimiento concursal de liquidación, como también de cualquier clase de ejecuciones y restituciones en juicios de arrendamiento (artículo 57.1, letras a) y b) LRLAEP), replicando parcialmente el sistema del convenio apoyado del artículo 177 bis del Libro IV del Código de Comercio, la tutela del deudor en el contexto de la negociación se extiende ahora a otras tantas consecuencias. Todas ellas se dirigen particularmente a impedir el entorpecimiento de la continuación de las actividades económicas de la Empresa Deudora, entendiéndose que su paralización puede implicar su muerte y pérdida de valor en tanto unidad económica, creando trabas a la reestructuración de sus activos y pasivos y, eventualmente, perjudicando la posición económica de todos los involucrados.

Así, durante el citado periodo se mantienen obligatoriamente la vigencia y condiciones de pago de todos los contratos celebrados por el deudor (artículo 57.1.c) LRLAEP), incorporando la imposibilidad de dar término a cualquier suerte de relación contractual durante la etapa de negociación, impidiendo terminaciones unilaterales, aceleraciones de plazo o ejecuciones de garantías invocando el inicio de un procedimiento concursal de reorganización. Pero obsérvese que la restricción se encuentra únicamente dada al ejercicio de los derechos de los acreedores invocando esta última circunstancia, lo que excluye otros supuestos en los que las partes, o la ley,

---

121 En el sistema anterior, la notificación de la resolución que tenía por presentadas las propuestas de convenio judicial preventivo era efectuada mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial, con un extracto de la proposición y copia íntegra de la resolución. Este sistema de notificación fue criticado por su lentitud, sus costos y las dificultades de su real conocimiento por parte del universo de acreedores que resultaban afectados por el convenio, justificando la creación de un sistema de notificación que se plantea como gratuito y bastante más veloz (como es el de la incorporación en una plataforma electrónica denominada Boletín Concursal), aun cuando todavía puedan platearse críticas respecto al real conocimiento de su contenido por parte de los acreedores.

pueden haber dispuesto su posibilidad<sup>122</sup>. Especialmente debe considerarse el supuesto en que, con motivo de la crisis financiera experimentada por la Empresa Deudora, ésta haya incumplido con las obligaciones que sobre ella pesaban en el marco de la relación contractual, caso en el cual entrarán en pleno vigor las tutelas generales concedidas por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>123</sup>

Así también, la protección financiera impide la eliminación o la privación de la posibilidad de participar en procesos de licitación por el sólo hecho de haberse iniciado un procedimiento concursal de reorganización (artículo 57.1.dLRLAEP). Ello tendrá lugar en caso en que el deudor ya formare parte de algún registro público como contratista o proveedor de cualquier servicio, sujeto únicamente al hecho de estar al día en sus obligaciones contractuales con el respectivo mandante. En suma, al igual que en el caso anterior, la obstrucción se refiere a la sola invocación del inicio del periodo de negociación del acuerdo de reorganización, pero no desconoce los efectos del incumplimiento de las obligaciones por su parte, haciendo operativas las tutelas generales del crédito. En este caso, la infracción no parece acarrear un vicio en el procedimiento de licitación, al tiempo de que la solución legal está dada por la obligación del mandante de indemnizar los perjuicios que dicha discriminación o eliminación provoquen al deudor, cuestión que puede resultar de difícil configuración en tanto se estime que probablemente concurrirá un problema probatorio, al menos, en lo que se refiere a la certeza del daño.

#### **Los incentivos a la conservación de la empresa y sus efectos en los derechos de los acreedores.**

Conforme se anuncia ya desde el mensaje de la LRLAEP, el procedimiento de reorganización pretende configurarse, como un instrumento a disposición de los particulares a fin de impedir la desarticulación de las empresas viables. Aunque carente de un claro presupuesto objetivo en los términos antes explicados, no desea el legislador que aquellas empresas que se encuentran en una fase patológica resulten potencialmente desmembradas en razón de una solución concursal liquidatoria que, en el contexto de la Ley N° 18.175, parecía articularse como mecanismo principal. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador chileno también notó que la legislación derogada no contemplaba herramientas a fin de asegurar la continuidad de los negocios de la empresa en el marco de la negociación, sometiéndolas a una eventual paralización al no contar con medios para fomentar la continuidad de sus contratos ni la obtención de financiamientos de rescate.

De este modo, ya situados en el contexto del juicio de viabilidad de la empresa en crisis, una de sus principales dificultades se refiere precisamente a la posibilidad de superación de los problemas de liquidez que ésta enfrenta.<sup>124</sup> Será usual que la Empresa Deudora se someta al procedimiento concursal, incluso reorganizativo, en situaciones que ya evidencian una radical merma en las facultades económicas y financieras del negocio; o, incluso si tal posibilidad ha sido convenientemente anticipada (utilizando el procedimiento en calidad de preventivo), la sola amenaza de la apertura de una liquidación concursal en caso de fracaso de la reorganización

---

122 Precizando tal conclusión, puede consultarse la sentencia del 21° Juzgado Civil de Santiago, en autos rol C-28289-2016, de 28 de diciembre de 2016.

123 Una infracción a este componente de la "Protección Financiera Concursal" se reconduce a la posposición legal del crédito, el que sólo resultará pagado una vez solucionadas todas las deudas de la Empresa Deudora, incluyendo aquellas cuyos titulares sean personas relacionadas al deudor. De este modo, la norma ofrece una dura respuesta que rebaja la graduación del crédito al escalón más bajo que reconocen nuestras normas de prelación de créditos, pretendiendo, en otras palabras, que este tipo de créditos nunca pueda ser realmente satisfecho.

124 Pulgar Esquerria, Juana, Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación, Madrid, La Ley, 2012, p. 420.

puede transformarse en un impedimento para normalizar las actividades de la empresa.

Ahora bien, de tal formulación puede resultar evidente que el incentivo a la continuación de los suministros y la inyección de nuevos recursos puede ser un requisito indispensable para conservar el valor de la unidad en funcionamiento, dado que serán frecuentes los casos en que el deudor no pueda acudir a los mecanismos normales para conseguirlos en atención a su situación patrimonial crítica. Siguiendo la tendencia comparada de dar alguna suerte de tutela al fresh money, el ordenamiento chileno articula esta posibilidad haciendo excepción a las limitaciones generales impuestas como contrapartida de la “Protección Financiera Concursal” (artículo 57.2 LRLAEP).<sup>125</sup> Así, por ejemplo, se establece que la Empresa Deudora podrá disponer de parte de sus activos y contratar préstamos para el financiamiento de sus operaciones; así también se potencia la continuidad de los suministros por parte de los proveedores, haciendo que los créditos pendientes de pago no queden afectados por los términos del acuerdo de reorganización, o, en caso de fracasar éste, queden privilegiados en la escala de prelación de créditos, configurándose como créditos de primera clase (artículo 72 LRLAEP, en relación con el artículo 2472.4 del Código Civil).

Coordinando lo anterior con la posición de los acreedores disidentes o no concurrentes al procedimiento, estos efectos son nuevamente tratados de manera general, implicando a todos los acreedores de la Empresa Deudora con independencia a su participación en el concurso. De este modo, al igual como ocurre con los efectos de la “Protección Financiera Concursal”, los mecanismos de incentivo a la continuidad de la empresa no son sostenidos sobre la base del acuerdo con los acreedores (salvo los casos en que los compromisos patrimoniales sean de una entidad considerable, como destacaremos a continuación), sino que resultan lisa y llanamente del cumplimiento de los requisitos que el propio ordenamiento jurídico establece, sea para facilitar el cobro de los créditos, otorgarles privilegios crediticios o inmunizarlos de las revocatorias concursales (artículos 72 a 76 LRLAEP). Siendo de este modo, en nada importa la concurrencia o no de los acreedores al procedimiento, al tiempo que estos efectos tampoco se deducen de la autonomía privada, puesto que de otro modo no se conseguiría la finalidad perseguida por esta clase de reglas que también suponen un fortalecimiento de la posición de la Empresa Deudora durante el proceso de negociación.

Por ello la tutela de los créditos que emanan de la continuidad de suministro y del otorgamiento de recursos frescos debe tomar en consideración el derecho de todos los acreedores preconcursales, a efectos de que la figura no sea utilizada indebidamente a fin de lesionar sus derechos de cobro. En este punto, y conforme a la lógica de la desjudicialización del concurso, la tutela estará subordinada a la acreditación por parte del veedor de que el producto de los actos o contratos que se otorguen o suscriban con motivo de las citadas operaciones ingresen efectivamente a la caja de la Empresa Deudora y se destine única y exclusivamente a financiar su giro (artículo 76 LRLAEP). Y ello justifica también que, a fin de establecer resguardos adicionales, toda operación por montos superiores al 20% del activo fijo contable o que impliquen nuevos endeudamientos por montos superiores al 20% del pasivo certificado por la Empresa Deudora, como asimismo toda operación con personas relacionadas con la Empresa Deudora, sean todos admisibles, e incluso tutelados de la manera antes indicada, pero siempre que se

---

125 Conforme al artículo 57.2 LRLAEP, durante la “Protección Financiera Concursal”, el Deudor está sujeto a medidas cautelares y de restricción consistentes en la intervención por parte del veedor, en la limitación a la constitución de gravámenes y enajenación de sus bienes (con excepción de aquellos cuya enajenación o venta sea propia de su giro o resulten estrictamente necesarios para el normal desarrollo de su actividad), y en la prohibición de modificar pactos, estatutos o regímenes de poderes de la empresa configurada como persona jurídica.

obtenga la autorización previa de acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo del deudor. Con ello, no se impide la financiación interna, quizás la más favorable en el contexto de crisis, ni se prohíben operaciones de mayor profundidad, pero todas ellas estarán restringidas por la necesaria supervigilancia de los acreedores y del veedor a fin de que por su intermedio no se logre una desviación de fondos y poderes que termine perjudicando la posición de todos los acreedores concursales.

### **La determinación del pasivo en el procedimiento concursal de reorganización como forma de fijar el derecho a voto de los acreedores.**

Uno de los aspectos fundamentales en la articulación del nuevo Derecho concursal chileno reposa en la construcción que asume que los acreedores (en este caso, conjuntamente con el deudor), decidirán la suerte de la reorganización empresarial. Como hemos indicado, las labores de los veedores y de los tribunales son auxiliares a la correcta formación del consentimiento colectivo, de modo que la Junta de acreedores se presenta como el órgano esencial en el diseño de una ley de corte privatista.<sup>126</sup> En este sentido, cobra especial relevancia en el ordenamiento chileno la delimitación de quienes formarán parte de la referida junta por medio de la asignación del derecho a voto, para lo cual resulta necesario revisar la determinación del pasivo en la órbita de los procedimientos concursales de reorganización.

La posibilidad de integrar el órgano colegiado y, en esa medida, incidir en las resultas de la deliberación, pasa por la incorporación del crédito en la denominada “nómina de créditos reconocidos” que debe ser preparada y presentada por el veedor (artículo 78 LRLAEP). Adicionalmente, será necesario que su titular no se encuentre en la tipología de los acreedores que se encuentran privados del derecho a voto (artículo 79 LRLAEP).<sup>127</sup> Lo relevante sobre el particular para efectos del presente discurso es que, en la órbita del procedimiento reorganizativo, la determinación del pasivo no se encuentra destinada a delimitar los créditos que se verán afectados por los términos del acuerdo (si es que acaso éste llega a ser aprobado), sino que sólo se articula como un mecanismo para la construcción de una voluntad colectiva que, como tal, será vinculante por las decisiones mayoritarias a todos los titulares de los créditos que encuentren su origen en tiempos anteriores a la dictación de la resolución de reorganización (artículo 66 LRLAEP).<sup>128</sup> El punto se presenta, en consecuencia, de modo diverso a la finalidad de la

---

126 En otro sitio hemos explicado lo siguiente: “... la visión privatista del Derecho concursal pondrá especial énfasis en el acuerdo, generalmente conforme al régimen de mayorías, para lo cual tiene a utilizar, desde la perspectiva orgánica, la figura de la junta de acreedores, y, dinámicamente, el ejercicio de su derecho a voto. En suma se pretende que los acreedores, orgánicamente dispuestos, logren actuar bajo la racionalidad de ser un único sujeto, aunque jurídicamente no lo sean, para lo cual se requiere configurar una decisión colegial a partir de las declaraciones individuales manifestadas por medio del ejercicio del derecho a voto. Goldenberg Serrano, Juan Luis, op. cit., nota 3, p. 156.

127 En su parte pertinente, la citada norma dispone: “[n]o podrán votar las Personas Relacionadas con el Deudor y sus créditos no se considerarán en el pasivo. Los cesionarios de créditos adquiridos dentro de los treinta días anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización, conforme se indica en el artículo 54, no podrán concurrir a la Junta de acreedores para deliberar y votar el Acuerdo y tampoco podrán impugnarlo”.

128 En este sentido hemos indicado que “debe tenerse presente que ellos [los modelos orgánicos concursales] se sustentan en la noción que todos los interesados deben encontrarse, con mayor o menor alcance, imperativamente obligados a formar parte del concurso. Lo anterior porque, como hemos indicado previamente, la respuesta a la tragedia del recurso común se basará en las múltiples negociaciones que deben emprender los particulares a efectos de determinar aquella solución que, en razón de la racionalidad económica, les permite maximizar sus posibilidades de cobro. Esta idea, graficada como “unidad de foro” hace que la estructura diseñada por el legislador para ofrecer una respuesta orgánica a la crisis patrimonial requiera que ninguno de los partícipes de la negociación pueda evadirla,



determinación del pasivo en los procedimientos concursales de liquidación, en los que la integración a la “nómina de créditos reconocidos” considera idéntica finalidad, pero agrega también el acceso a los derechos económicos que permiten al liquidador efectuar repartos a su respecto.

El único caso jurisprudencial que ha tratado este punto,<sup>129</sup> sin embargo, razonó de forma diversa, y, a nuestro juicio, de manera errada. La cuestión fue resumidamente la siguiente: en el marco del procedimiento concursal de reorganización de la Sociedad Contractual Minera Hierros Tal Tal, uno de sus acreedores no estaba integrado en la nómina de créditos reconocidos, dado que su crédito no se encontraba previsto en el informe del auditor independiente presentado por la Empresa Deudora (artículos 55 y 56 LRLAEP), ni tampoco había concurrido en tiempo y forma a verificar sus créditos (artículo 70 LRLAEP). Sin embargo, luego de ser el acuerdo aceptado en la junta de acreedores, dicho acreedor concurrió al tribunal para su impugnación en los términos previstos en el artículo 85 LRLAEP. Dicha norma dispone, que la impugnación compete sólo a los acreedores a los que les afecte. El problema fue que el tribunal concluyó que la LRLAEP no había dispuesto de manera expresa quiénes conformaban el grupo de acreedores afectados por los términos del acuerdo, señalando que las disposiciones discurrirían sobre la base de aquellos que forman parte de la nómina de créditos reconocidos (artículo 70 LRLAEP), con independencia de si habían o no acudido a la junta respectiva (artículo 91 LRLAEP). De este modo, el tribunal concluyó que, siendo el acuerdo de reorganización una convención, ellas se encuentran sujetas a las normas generales aplicables a tal especie de actos jurídicos, incluyendo lo dispuesto en el artículo 1545 del Código civil, que consagra el efecto relativo de los contratos. De tal manera, concluyó que el acreedor ausente no se encontraba afectado por los términos del acuerdo, ignorando la disposición contenida en el artículo 66 LRLAEP, como, asimismo, la lógica de la denominada “unidad de foro”, la construcción de una voluntad colegial y el uso del principio mayoritario. Sobre este punto, advertimos que el principio mayoritario “se plantea de forma antitética a la construcción habitual del principio de autonomía privada, considerando que la regla general en nuestro Derecho privado está dada por la concreción de efectos jurídicos en atención a la declaración de voluntad efectivamente realizada por el particular”.<sup>130</sup>

Ahora bien, respecto a la integración a la “nómina de créditos reconocidos”, la normativa dispuesta en la LRLAEP innova al no establecer la verificación del crédito como un trámite obligatorio a ser efectuado por el acreedor cuyo título es anterior al inicio del procedimiento. Al efecto, basta que el crédito se encuentre incorporado en el estado de deudas presentado por el deudor al inicio del procedimiento (artículo 70 LRLAEP), bajo la forma del certificado emitido por

---

obstruirla o configurar mecanismos para incrementar indebidamente su poder decisorio una vez que el procedimiento ya se ha iniciado”. Goldenberg Serrano, Juan Luis, op. cit., nota 3, p. 148. En el marco del Libro IV del Código de Comercio la finalidad de la verificación de los créditos parecía ser diversa, en la medida en la que se sostenía que ella buscaba determinar preliminarmente quienes se entendían afectados por los términos del convenio. Ello podía deducirse de la opinión de Puelma Accorsi, Álvaro, op. cit., nota 18, p. 223, al término de indicar que el síndico tenía la facultad discrecional para incluir o excluir acreedores de la nómina, hubiesen o no verificados sus créditos, lo que producía un evidente distanciamiento entre la verificación y la asignación del derecho a voto. Así lo sostenía, con mayor énfasis, Contreras Strauch, Osvaldo, op. cit., nota 6, p. 342, principalmente basado en ciertos argumentos de texto y en la posibilidad de que el artículo 205 permitía que los acreedores que no hubiesen verificado oportunamente podían demandar en un procedimiento incidental que el convenio se cumpliera a su favor. La ausencia de una norma de este tipo, como asimismo los términos del artículo 66 LRLAEP, nos inclinan a pensar que esta solución ya no es sostenible en el régimen concursal chileno vigente.

129 Sentencia del 3° Juzgado Civil de Santiago, en autos rol C-24235-2014, de 21 de abril de 2015 (disponible en el Boletín Concursal).

130 Goldenberg Serrano, Juan Luis, op. cit., nota 3, p. 177.



un auditor independiente fiscalizado por la Superintendencia de Valores y Seguros (artículo 54 LRLAEP). De tal suerte, si el referido informe da cuenta de los términos efectivos del crédito (en relación con su titularidad, monto, preferencias y avalúo de las garantías, según corresponda), no se requiere de una nueva verificación del crédito por parte de su titular. Pero, a efectos de poder ser incorporado en la “nómina de créditos reconocidos” su actitud no puede ser totalmente pasiva. En este sentido, tal circunstancia no le libera de la obligación de acreditar ante el tribunal, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de la publicación de la resolución de reorganización en el Boletín Concursal, la “personería para actuar en el Procedimiento Concursal de Reorganización, con indicación expresa de la facultad que le confieren a sus apoderados para conocer, modificar y adoptar el Acuerdo de Reorganización Judicial” (artículo 57.6 LRLAEP). Sin ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 LRLAEP, no puede ser integrado a la referida nómina, y, en consecuencia, su titular carece de derecho de voto.

En los casos en los que el acreedor no se encuentre conforme con los términos de la inclusión en el certificado del auditor independiente presentado por la Empresa Deudora al inicio del procedimiento, aquéllos tienen un plazo fatal de ocho días contados desde la notificación de la resolución de reorganización para comunicar sus créditos en el marco del procedimiento de reorganización, para lo cual deben acompañar los títulos justificativos de sus créditos, la existencia de garantías y el avalúo comercial de las mismas. Nuevamente en este caso, la integración a la “nómina” requiere de la acreditación de la personería ante el tribunal en los términos del citado artículo 57.6 LRLAEP, aunque, en la práctica, dicha actuación suele realizarse conjuntamente con la verificación del crédito en el plazo menor dispuesto en el artículo 70 LRLAEP.

En uno u otro caso, se confiere al veedor, al deudor y a los acreedores la posibilidad de objetar los créditos en razón a la falta de títulos justificativos, sus montos, preferencias y avalúo comercial de las garantías, en un plazo de ocho días contados desde la publicación de las verificaciones efectuadas en el Boletín Concursal. En tal caso, el veedor deberá arbitrar las medidas necesarias para subsanarlas, y sólo en caso de no lograrlo, los créditos pasarán a formar la nómina de créditos impugnados para su posterior resolución, en una audiencia única y verbal, con todas las partes involucradas, con un fallo que deberá ser dictado a más tardar el segundo día anterior a la fecha de celebración de la junta de acreedores (artículo 71 LRLAEP).

Una valoración crítica del sistema impuesto por la LRLAEP nos lleva a advertir que el principio de celeridad que informa múltiples disposiciones del nuevo sistema concursal chileno confiere un escaso tiempo para que el tribunal pueda resolver aspectos que son evidentemente trascendentes para la conformación de la voluntad unitaria y el cumplimiento de las mayorías establecidas para la aprobación del acuerdo. El sistema parece sustentarse en el hecho que el sistema de objeciones mediadas por parte del veedor servirá de filtro suficiente como para que el tribunal sólo conozca aquellas situaciones en las que se produce un conflicto jurídico de mayor gravedad, impidiendo que lleguen a su conocimiento todas las cuestiones eminentemente formales que pudiesen parecer de fácil solución. Adicionalmente, el tribunal contará con la asistencia técnica del veedor respecto a aquellos créditos que integran la nómina de los créditos impugnados, mediante el formato de un informe, que, aunque la ley no lo señale directamente, debería versar sobre el mérito de los antecedentes expuestos para la determinación de la existencia, monto, preferencia o avalúo comercial de las garantías. Pero dicho informe debería ser únicamente orientativo para el tribunal, especialmente en aquellos casos en que la objeción provenga del propio veedor, quien ya se habrá formado una cierta convicción al tiempo de su formulación; y, en todo caso, debería considerar el escaso tiempo con el cual éste último cuenta para revisar los términos de la

verificación o de la calificación de los créditos incluidos en el estado de deudas presentado por el propio deudor.

Cabe considerar, asimismo, que el ordenamiento no entrega directrices en virtud del cual el veedor puede formular soluciones a la objeciones presentadas, y que, en caso alguno podría pensarse que se le han asignado facultades jurisdiccionales para resolver el asunto, especialmente si se deja a salvo la participación del tribunal para dirimir la controversia. De tal suerte, la “mediación” que puede ser realizada por aquél se sustentará especialmente en sus buenos oficios, y en detectar fórmulas de solución que sean aceptables para el objetante (incluso, si se trata de él mismo) y el objetado. A su vez, la escasa regulación de la audiencia única y verbal que debe ser realizada ante el tribunal parece dar cuenta de que simplemente se tratará de una audiencia de fallo, aunque se presente esencialmente desregulada por parte del legislador, lo que supone una especial habilidad por parte del juez para llegar a una convicción que puede terminar por desestimar total o parcialmente el crédito para su incorporación en la nómina de créditos reconocidos o por alterar el avalúo comercial de los bienes sobre los cuales recae la garantía real, cuestiones que terminarán por determinar el universo y las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo de reorganización.

### **La propuesta de acuerdo de reorganización.**

#### **Oportunidad.**

Como hemos explicado previamente, a diferencia del sistema concursal chileno actualmente derogado, la LRLAEP ha aportado por un mecanismo de negociación que debe llevarse siempre al amparo de la denominada “Protección Financiera Concursal” y bajo la mediación del veedor. Ello es lo que justifica que el inicio del procedimiento no dé cuenta ni conceda indicios del eventual ofrecimiento a ser efectuado por el deudor a sus acreedores, bajo la esperanza de que, al alero del proceso de negociación diseñado por el legislador, la Empresa Deudora pueda presentar a la Junta de acreedores un mecanismo de reestructuración de sus activos y pasivos que efectivamente pueda maximizar sus posibilidades de cobro.

El procedimiento de negociación propiamente tal no se encuentra normado en cuanto a sus fases, lo que queda al arbitrio de las virtudes negociadoras de las partes y el diseño en particular propuesto por el veedor. Al efecto, la única norma que da cuenta de ello se dispone en el artículo 25 LRLAEP, al disponer que “La función principal del Veedor es propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitando la proposición y negociación del Acuerdo. Para estos efectos, el Veedor podrá citar al Deudor y a sus acreedores en cualquier momento desde la publicación de la Resolución de Reorganización hasta la fecha en que debe acompañar al tribunal competente el informe que regula el numeral 8) del artículo 57, con el propósito de facilitar los acuerdos entre las partes y propiciar la celebración de un Acuerdo de Reorganización Judicial en los términos regulados en la presente ley”.

Ahora bien, lo que sí se encuentra normado es lo que se refiere a la oportunidad en la que la Empresa Deudora debe hacer entrega al veedor de los términos formales de la propuesta. En este sentido, el artículo 57.4 LRLAEP dispone como parte del contenido de la resolución de reorganización, la orden al deudor para que, a través del veedor, publique en el Boletín Concursal y acompañe al tribunal competente, a lo menos 10 días antes de la fecha fijada para la Junta de acreedores, su propuesta de reorganización judicial. Todo ello, bajo el apercibimiento de que, certificada la circunstancia de la falta de presentación por parte del veedor, el tribunal deberá

dictar la correspondiente resolución de liquidación. Ello implica que el apercibimiento se traduce en un término temprano del procedimiento concursal de reorganización y su reemplazo por un concurso liquidatorio, en la medida en la que el legislador presupone que tal incumplimiento se ha debido a un fracaso en el avance de las negociaciones, un empeoramiento de las condiciones de la empresa que vaticinan dificultades para la reestructuración, o, incluso, una actitud oportunista del deudor que sólo quería limitar los derechos de los acreedores bajo la forma de la “Protección Financiera Concursal”.

Cabe observar, sin embargo, que la normativa aplicable permite otras oportunidades para la presentación de propuestas de acuerdo. El primer caso tiene lugar cuando se acoge, por resolución firme y ejecutoriada, la impugnación del acuerdo de reorganización por las causales establecidas en los números 1), 2), 3) y 6) del artículo 85 de la LRLAEP.<sup>131</sup> En tal evento, la Empresa Deudora podrá presentar una nueva propuesta de acuerdo dentro de los diez días hábiles siguientes contados desde que se notifique en el Boletín Concursal la resolución que tuvo por acogida la impugnación referida, siempre que esta nueva presentación se presente apoyada por dos o más acreedores que representen, a lo menos, un 66% del pasivo con derecho a voto. En este caso, el deudor gozará de una nueva “Protección Financiera Concursal” hasta la fecha de celebración de la junta llamada a conocer y pronunciarse sobre la nueva propuesta, fecha que será determinada en la resolución que tenga por presentada la nueva propuesta de acuerdo, la que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes contados desde que el deudor la presentó.

El segundo caso tiene lugar ante el rechazo de la primera propuesta de acuerdo de reorganización presentada por el deudor, sea por no haberse obtenido el quórum de aprobación necesario o porque el deudor no otorgue su consentimiento. Para que ello tenga lugar, la Junta de acreedores, con quórum especial (esto es, dos tercios del pasivo total con derecho a voto reconocido), debe permitir que el deudor, por medio del veedor, publique en el Boletín Concursal y acompañe al tribunal nuevas propuestas de acuerdo de reorganización, a lo menos diez días hábiles antes de la celebración de una Junta de acreedores que tenga por objeto pronunciarse sobre ésta. En estas circunstancias, el deudor también conservará la “Protección Financiera Concursal” hasta la celebración de dicha junta, que deberá llevarse a cabo dentro de los veinte días hábiles siguientes a la que rechazó el acuerdo.

### **Posibilidad de división del acuerdo en clases o categorías de acreedores valistas y acreedores garantizados.**

Una de las tantas novedades del Procedimiento Concursal de Reorganización es que, a diferencia de los modelos normativos previos, ya no se encuentra únicamente dirigido a los acreedores valistas (u ordinarios). En los sistemas concursales anteriores, el derecho de los acreedores preferentes quedaba salvaguardado por la inoponibilidad de los términos del convenio, a menos que el acreedor en cuestión decidiese voluntariamente formar parte del mismo

---

131 Causales que se encuentran referidas a: (i) defectos en las formas establecidas para la convocatoria y celebración de la junta de acreedores, que hubieren impedido el ejercicio de los derechos de los acreedores o del deudor; (ii) el error en el cómputo de las mayorías requeridas por la LRLAEP, siempre que incida sustancialmente en el quórum del acuerdo de reorganización judicial; (iii) falsedad o exageración del crédito o incapacidad o falta de personería para votar de alguno de los acreedores que hayan concurrido a formar el quórum necesario para el acuerdo, si excluido este acreedor o la parte falsa o exagerada del crédito, no se logra el quórum del acuerdo; y (iv) por contener una o más estipulaciones contrarias a lo dispuesto en la LRLAEP.

por medio de la renuncia a la preferencia y la correspondiente asignación del derecho a voto. Tal circunstancia no sólo se encontraba fundamentada en la indiferencia de los resultados del acuerdo respecto a las garantías contratadas, sino especialmente en evitar que por el contenido del convenio (por ejemplo, la alteración del monto y plazos de pagos) pudiese terminarse perjudicando a las preferencias.<sup>132</sup> Aunque, detrás de todas estas argumentaciones, puede adivinarse un sustrato protector de esta clase de acreedores (especialmente, entidades financieras) para no afectar el valor de sus garantías.<sup>133</sup>

El problema, como puede vaticinarse, es que en la actualidad los mecanismos de financiamiento de la empresa suelen articularse precisamente por medio de garantías (asset-backed loans), resultando que todos los bienes de la empresa (o, al menos, los económicamente más relevantes) se encuentran gravados con prenda o hipoteca, según el caso, para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Al efecto, la LRLAEP considera que, si acaso la reorganización concursal se sustentase en una exclusión de esta clase de acreedores, las posibilidades de éxito del procedimiento quedarían reducidas ostensiblemente. Los acreedores valistas difícilmente votarían a favor de un acuerdo en el que, ya otorgando nuevos términos a los créditos subyacentes, podrían ver que los bienes necesarios para el giro de la empresa serían capturados por los acreedores hipotecarios o prendarios tan pronto terminase el concurso. Así ocurriría en el sistema concursal derogado, en que cualquier limitación a los derechos de los acreedores garantizados –bajo la solicitud de los acreedores valistas– debía ser negociada fuera del concurso, de manera de no afectar la preferencia asignada a tales créditos, transformando el procedimiento en un escenario opaco y sin protección para las partes.

El contrapunto, esto es, la incorporación de los acreedores garantizados en el procedimiento, no resultó en una alternativa exenta de críticas. Por supuesto que las sacrosantas garantías reales ven en ello perjudicada su posición en comparación con el modelo anterior, pero se consideró ésta la única alternativa posible a efectos de facilitar realmente la reorganización de la empresa viable. El mayor riesgo asumido por las entidades concedentes de créditos garantizados puede dar cuenta de un aumento en las tasas de interés (o en un fortalecimiento por medio de otros términos contractuales), pero deberá observarse que este mayor costo terminará considerándose como el valor socialmente asignado a la reestructuración de empresas viables, evitando una condena dirigida a su necesaria liquidación.

Estando el acuerdo dirigido a acreedores valistas y garantizados, el artículo 61 LRLAEP admite que éste sea separado en clases y categorías diversas para cada uno de ellos. Si bien el resto de las normas que tocan el punto (especialmente el artículo 95 LRLAEP) parecen asumir que se trata ésta de una división imperativa, el texto del artículo 61 se presenta de modo facultativo (“podrá”), lo que puede dar lugar a comportamientos estratégicos por parte del deudor o en una extracción del valor de la garantía a favor de los acreedores valistas en caso que el deudor no efectúe la señalada división.

Ahora bien, dividido el acuerdo en las citadas clases, deben efectuarse ciertas distinciones ulteriores: en primer término, los acreedores cuyos créditos se encuentren garantizados con prenda o hipoteca votarán de acuerdo al avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías, conforme conste en la nómina de créditos reconocidos. Sin embargo, si el avalúo comercial de los bienes gravados excede el valor del crédito que garantizan, el acreedor

---

132 Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 19, pp. 256 – 259

133 Para una crítica sobre esta solución en el sistema anterior, vid. Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo, op. cit., nota 18, pp. 490 - 492

correspondiente votará de acuerdo al monto de su crédito, según conste en la mentada nómina (artículo 78 LRLAEP). Por su parte, los acreedores garantizados podrán votar la propuesta de acuerdo que se formule para acreedores valistas si renuncian a la preferencia de sus créditos y no podrán votar la propuesta de Acuerdo que se formule para la clase o categoría de los acreedores hipotecarios o prendarios, salvo que dicha renuncia sea parcial y se manifieste expresamente (artículo 61 LRLAEP).

### **La igualdad de los acreedores al interior de las clases: justificación y excepciones.**

Adicionalmente, debe entenderse que el acuerdo de reorganización judicial es logrado en el marco de un proceso concursal, en el que se hace uso de una estructura colegial a efectos de obtener una voluntad mayoritaria que se imponga sobre los acreedores ausentes o disidentes. En este sentido, las limitaciones de contenido del acuerdo (por cierto, menores) se justificarán como reglas de protección a los acreedores minoritarios, a fin de evitar el posible abuso de la mayoría. Para estos efectos, la autonomía privada se restringe de modo general de manera que en las propuestas de acuerdo no pueden establecerse condiciones más favorables para algunos de los acreedores de una misma clase o categoría (artículo 61 LRLAEP). Ahora bien, el artículo 64 LRLAEP contempla una excepción sobre este punto: podrán contemplarse condiciones diversas a ciertos créditos que formen parte de una misma clase en la medida en que ello sea aprobado con quórum especial (conformado por dos tercios del pasivo con derecho a voto), incluyendo, para estos efectos, sólo a los acreedores que no resulten beneficiados por tales términos discriminatorios.<sup>134</sup>

La norma, sin embargo, envuelve ciertos problemas prácticos: en primer lugar, puede ser complejo advertir quiénes son y quiénes no son favorecidos por la cláusula discriminatoria en algunos casos concretos. Para estos efectos, piénsese en la situación en que los términos son diversos en más de un factor entre dos grupos de acreedores que pertenecen a la misma clase (por ejemplo, una tasa de interés y una prórroga diversas). Lo que ocurre es que la norma razona sobre la base de un favorecimiento absoluto y no sobre diversidad de cláusulas. En segundo lugar, la práctica jurisprudencial ha dado cuenta que no resulta claro si esta mayoría debe obtenerse en una votación diversa de lapropuesta de acuerdo o si el resultado de una única votación debe dar cuenta del cumplimiento de ambos quora de aprobación. Si bien la tendencia ha sido la primera, un nuevo problema se ha presentado en orden a determinar cuál de las dos votaciones debe efectuarse en primer lugar, esto es, la del acuerdo en general o la de las cláusulas discriminatorias. Si bien el problema del orden puede parecer baladí, la práctica ha dado cuenta que el resultado de una votación tiene incidencia en el voto emitido en el segundo escrutinio.

---

134 En el sistema anterior, se esbozaba como un principio fundante de los convenios judiciales, el hecho que fuera uno mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario (artículo 178 del Libro IV del Código de Comercio). A juicio de Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 19, p. 181, ello no admitía propuestas múltiples para los diversos acreedores concursales, como tampoco establecer reglas discriminatorias. Sólo este último elemento podía ser alterado por la voluntad unánime de los acreedores (casi imposible de conseguir), estableciendo, por ejemplo, “plazos, condiciones, porcentajes de remisión, forma de extinción de las obligaciones, etc., entre unos y otros acreedores”. Para Puelma Accorsi, Álvaro, op. cit., nota 18, p. 213, la norma pretendía mantener la par condicio creditorum, evitando que la mayoría pudiese imponer a la minoría un convenio discriminatorio, a menos que éstos lo aceptasen expresamente.

**La aprobación del acuerdo: el voto conforme en la junta de acreedores y las limitadas funciones del tribunal.**

En el sistema chileno, la aprobación del acuerdo debe darse en el marco de la Junta de acreedores citada al efecto por la resolución de reorganización (artículo 57.5 LRLAEP), la que generalmente tendrá lugar dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación de dicha resolución en el Boletín Concursal. Excepcionalmente, la fecha en que deberá tener lugar la mencionada asamblea podrá prorrogarse en la medida en la que también se haya obtenido el apoyo de los acreedores para extender el periodo de “Protección Financiera Concursal” (artículo 58 LRLAEP). A estas alturas, el deudor ya habrá entregado al veedor la propuesta de acuerdo para ser publicada en el Boletín Concursal, a lo menos 10 días antes de la fecha en que debe celebrarse tal junta (artículo 57.4 LRLAEP), como también el veedor habrá publicado el correspondiente informe que la resolución de reorganización le ha mandatado a efectuar en los términos del ya explicado artículo 57.8 LRLAEP). A partir de lo anterior, los acreedores tendrán en su poder los términos en los que el deudor pretende efectuar la reestructuración de sus activos y pasivos, como también una orientación por parte del veedor (no vinculante) sobre la viabilidad de la empresa y del acuerdo propiamente tal.

Si bien la regla general está dada por el hecho de que los acreedores concurrirán con su voto en el contexto de la citada asamblea, el ordenamiento ha innovado en la medida en la que permite que el veedor haya recabado previamente las correspondientes firmas por parte de los acreedores que estén a favor del mismo.<sup>135</sup> Para estos efectos, el artículo 80 LRLAEP permite que los acreedores suscriban los correspondientes documentos ante un ministro de fe o por medio de firma electrónica avanzada, votos que se considerarán equivalentes a aquellos efectuados por los acreedores en junta. La misma norma fija el ámbito temporal para la recolección de estas firmas por parte del veedor, lo que tendrá lugar entre la fecha de la publicación de la propuesta de acuerdo en el Boletín Concursal y hasta tres días antes de la fecha fijada para la celebración de la junta. A partir de lo anterior puede colegirse que estos acreedores podrán haber registrado preliminarmente sus votos sin contar con el informe del veedor, lo que daría cuenta de una ponderación individual de los términos de la propuesta.

Ahora bien, incluso si se hubiesen obtenido los votos suficientes, ello no quita que la junta de acreedores debe celebrarse de igual modo. En ella podrán seguir discutiéndose los términos del acuerdo, lo que puede restringir la utilidad del registro previo de votos puesto que éstos habrán manifestado una voluntad aprobatoria del texto fijado en la propuesta. Pero el punto más relevante se refiere a la votación, para lo cual deben efectuarse ciertas distinciones, dependiendo de si el deudor ha hecho uso de la facultad del artículo 61 LRLAEP en términos de separar a los acreedores en clases o categorías. En tal caso, cada una de dichas clases deberá analizar, deliberar y votar la propuesta correspondiente de manera separada; y la propuesta se debe entender acordada en la medida en la que cuente con el consentimiento del deudor<sup>136</sup> y el voto conforme de dos tercios o más de los acreedores presentes, que representen al menos dos tercios del total

---

135 Lo anterior proviene de una práctica existente al amparo de la legislación anterior, por la cual acreedores no concurrentes presentaban al tribunal escritos de adhesión a las propuestas del convenio. Contra la legalidad de dicha práctica al amparo de la ley hoy derogada, Puelma Accorsi, Álvaro, op. cit., nota 18, p. 228.

136 Conforme al artículo 81 LRLAEP, si el deudor no compareciere a la Junta de acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo, el tribunal competente debe dictar la correspondiente resolución de liquidación en la misma junta. Ello importa, en consecuencia, un fracaso de la negociación entre el deudor y sus acreedores, dando lugar a la solución concursal supletoria, dada por la liquidación de sus bienes conforme al Procedimiento Concursal de Liquidación.



del pasivo con derecho a voto de cada clase o categoría.<sup>137</sup> Dicho acuerdo sobre la propuesta se adoptará bajo la condición suspensiva de que se acuerde la propuesta se acuerde también por la otra clase (artículo 79 LRLAEP).<sup>138</sup>

A partir de dicha norma puede colegirse que, aun cuando la propuesta se haya separado en clases, existe una unidad del acuerdo. En este sentido, no es posible entender acordado su texto si alguna de las clases lo rechaza, por lo que el quórum funciona como una norma de doble protección. Por una parte, la doble mayoría exigida al interior de cada clase implica que no será posible que un acreedor que individualmente tuviese un porcentaje importante en el pasivo provoque la aprobación, puesto que será necesario también contar las cabezas de los acreedores presentes.<sup>139</sup> Por otra parte, el poder de negociación se distribuye equilibradamente entre acreedores valistas y acreedores garantizados, de manera que ninguno de ellos pueda presionar por la aprobación de un acuerdo que termine perjudicando a la otra categoría.

La norma, eso sí, no se pronuncia sobre la forma de votación que corresponderá en caso que la propuesta del deudor no haya sido separada en clases. A estos efectos, debemos entender que el proceso deliberativo se simplifica en términos de exigir las mayorías de cabezas y participación del pasivo considerando el número y monto total de acreedores. Es aquí donde puede producirse una traslación del poder de los acreedores garantizados a favor de los acreedores valistas, lo que tendrá lugar en el caso en que la participación del segundo grupo sea menor tanto en número como en porcentaje del pasivo. Pero, para estos efectos, deberá considerarse lo anteriormente señalado en lo relativo a la necesaria igualdad de condiciones para todos los acreedores, a menos de contar con el quórum especial para introducir términos diferenciados entre los créditos (artículos 61 y 64 LRLAEP).

Como puede observarse, en el proceso de formación de la voluntad mayoritaria el peso de la decisión queda entregado únicamente a los acreedores. El informe del veedor sólo tendrá un carácter orientativo destinado a disminuir problemas de asimetría informativa y disminuir costos de transacción. En similares términos, la labor del tribunal se circunscribirá a dar cuenta de la obtención (o no) de las mayorías dispuestas en el artículo 79 LRLAEP a efectos de declarar la propuesta como acordadas. Esta tarea de mera constatación por parte del tribunal nuevamente da cuenta de la orientación privatista del ordenamiento chileno, en la medida en la que éste no puede ponderar elementos exógenos a los propios a la calidad de acreedores de los partícipes ni, menos aún, efectuar una valoración sobre sus términos económicos. Esta observación se acentúa al tiempo de observar que el acuerdo se entenderá aprobado y comenzará a regir una vez vencido el plazo para ser impugnado, sin que así hubiese ocurrido, caso en el cual el tribunal debe así decretarlo, sea de oficio o a petición de parte (artículo 89 LRLAEP). Ello implica que en este caso el

---

137 El establecimiento de un sistema de doble mayoría, esto es, numérica y por pasivo, se encontraba asimismo dispuesta en la regulación anterior.

138 A nuestro juicio, la idea de la incorporación de un principio mayoritario para el perfeccionamiento del acuerdo no debe entenderse como un instituto autónomo, sino que debe ser considerado en atención a la finalidad que se pretende mediante su incorporación (en este caso, la construcción de una voluntad colegial para permitir la configuración de una "unidad de foro" para la solución del dilema que plantea una crisis patrimonial) y las salvaguardas ofrecidas a los acreedores minoritarios o ausentes para sobreponerse a su voluntad o silencio. Así, el principio mayoritario contemplado en los modelos concursales orgánicos (como los procedimientos concursales de reorganización) se incardina en la finalidad de asignar a la colectividad una voluntad común para resolver la tragedia del recurso. Sobre el particular, Goldenberg Serrano, Juan Luis, op. cit., nota 3, p. 188.

139 Al efecto, Puelma Accorsi, Álvaro, op. cit., nota 18, p. 225, sostenía que "[s]e ha considerado injusto que un gran número de acreedores pequeños impongan su voluntad a los mayores acreedores, y que estos últimos, siendo numéricamente pocos, predominen y se impongan a la mayoría de pequeños acreedores".



tribunal sólo constatará la falta de impugnación y, en su mérito, le otorgará fuerza vinculante al acuerdo, sin haber efectuado examen alguno sobre la forma en que la voluntad colectiva fue lograda ni sobre el contenido del acuerdo.

A su vez, en caso que alguno de los acreedores a quienes afecte el acuerdo lo hubiese impugnado por alguna de las causales previstas en el artículo 85 LRLAEP, dentro del plazo de cinco días contados desde su publicación en el Boletín Concursal (artículos 84 y 86 LRLAEP), el tribunal deberá citar una audiencia de resolución. Tales impugnaciones serán tramitadas como un solo incidente y se fallarán conjuntamente en tal audiencia, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo para impugnar. Tal audiencia será verbal y se llevará a cabo con las partes que asistan, aunque el tribunal queda facultado para suspenderla y continuarla con posterioridad (en este caso, sin indicación de un plazo legal). El tribunal deberá resolver las impugnaciones dentro del plazo de 30 días desde la celebración de la audiencia, resolución que deberá publicarse en el Boletín Concursal y que será apelable en el solo efecto devolutivo (artículo 87 LRLAEP).

Al tenor de las diversas causales de impugnación previstas en el artículo 85 LRLAEP podemos observar que ellas se refieren esencialmente a la forma en que se ha formado la voluntad colectiva, dando cuenta de los vicios que el legislador ha estimado lo suficientemente graves para la invalidación del acuerdo. Tales defectos pueden observarse con relación a la ritualidad de la junta de acreedores (artículo 85.1 LRLAEP), al error sustancial en el cómputo de las mayorías exigidas (artículo 85.2 LRLAEP), a la errada información otorgada en lo relativo a los créditos (Artículo 85.3 LRLAEP), a los acuerdos subyacentes entre los acreedores y el deudor para la obtención de ventajas indebidas (Artículo 85.4 LRLAEP), a la ocultación o exageración del activo o pasivo (artículo 85.5 LRLAEP), o, en términos generales, por contener aquél estipulaciones contrarias a lo dispuesto en la misma ley (artículo 85.6 LRLAEP).

Sobre este particular, caben tres observaciones. La primera, y más evidente, es que el ordenamiento sólo permite al tribunal observar los señalados defectos en la medida en la que hayan sido promovidos por los acreedores a quienes afecte el acuerdo, lo que impide cualquier clase de actuación oficiosa. El único punto a discutir, no resuelto por el legislador concursal, es si acaso el tribunal podría hacer uso de sus potestades generales, por ejemplo, para declarar la nulidad absoluta del acuerdo en los términos previstos en el Código Civil (artículo 1682 LRLAEP), especialmente cuando los vicios consten de manifiesto. Lo segundo, que las diversas causales no se refieren al contenido económico del acuerdo, por lo que no podrá solicitarse al tribunal su parecer sobre la racionalidad del mismo, la que es dejada exclusivamente en manos del deudor y de los acreedores. Y, finalmente, que algunas de las causales acogidas pueden dar lugar a que el tribunal no dicte la correspondiente resolución de liquidación refleja, permitiendo al deudor la presentación de una nueva propuesta (artículo 88 LRLAEP), en los términos previamente explicados.

Rechazadas que hayan sido las impugnaciones el tribunal debe declarar aprobado el acuerdo, el que empezará a regir desde que la resolución cause ejecutoria (recordando lo indicado respecto a la posibilidad de apelar de dicha resolución en el solo efecto devolutivo). Acogidas que hayan sido estas es donde tiene lugar la dictación de la resolución de liquidación refleja, a menos que se trate de las causales indicadas en los números 1, 2, 3 y 6 del artículo 85 LRLAEP, caso en el cual se admite que el deudor presente nuevas propuestas de acuerdo dentro de los 10 días contados desde que se notifique la resolución que tuvo por acogida la impugnación.

**Los efectos del acuerdo aprobado respecto a los acreedores.**

En los términos indicados, el acuerdo declarado como aprobado por el tribunal empezará a surtir efectos, por regla general, desde que haya vencido el plazo de impugnaciones y éstas no hubiesen sido presentadas. Igual ocurrirá en el caso en que el tribunal hubiese rechazado las impugnaciones, lo que será declarado así por el tribunal en la misma resolución. Sin embargo, el ordenamiento concursal chileno sorprende con una norma que ya se encontraba presente en la legislación anterior, que permite que el acuerdo, aun impugnado, igualmente empiece a regir de inmediato. Al efecto, el artículo 89 LRLAEP dispone, que el acuerdo regirá no obstante las impugnaciones, si ellas hubiesen sido interpuestas por acreedores de una determinada clase o categoría que representen en su conjunto menos de un 30% del pasivo con derecho a voto en la misma. En caso contrario, el acuerdo no podrá empezar a regir sino hasta que se hubiesen desechado tales impugnaciones por medio de sentencia firme y ejecutoriada.

El propósito de dicha norma se basa en el interés del legislador de evitar que acreedores minoritarios obstaculicen la reorganización de la empresa. En ello se revela nuevamente el valor concedido a la celeridad y a la observación de que cualquier dilación en este sentido puede conducir a la muerte de la empresa. Al efecto, cabe tener presente que en este caso habrá cesado la "Protección Financiera Concursal", cuyo arco temporal culminó al tiempo de la celebración de la Junta de acreedores, por lo que la posición del deudor deviene en crítica. En razón de lo anterior, la paralización de los efectos del acuerdo sólo puede obtenerse en la medida en que sean apoyados por un porcentaje de acreedores que la LRLAEP ha considerado suficiente para entender que no se trata de una mera maniobra dilatoria, sino que existe un sustrato de respaldo superior.

Fijado que han sido los momentos en los cuales el acuerdo entra a regir, deben hacerse ciertas aclaraciones respecto a quiénes son afectados por los términos del acuerdo. Sin perjuicio de la necesidad de efectuar algunas aclaraciones ulteriores respecto a los acreedores garantizados, las reglas generales se disponen en el juego de los artículos 66 y 91 de la LRLAEP. Conforme al primero, los acuerdos afectarán sólo a los acreedores cuyos créditos se originen con anterioridad a la resolución de reorganización, destacando que, a contrario sensu, los créditos originados con posterioridad a ellas no serán incluidos en el acuerdo. La norma resulta redundante en sus dos incisos puesto que la enunciación de la primera regla hubiese bastado para comprender el efecto previsto en la segunda, pero tiene igualmente importancia para deslindar el universo de créditos que se verán sujetos a las consecuencias jurídicas del acuerdo adoptado. Tal enunciación implica que dicho universo queda regido por el momento en que los créditos se han originado, con independencia a su participación o no en el procedimiento concursal de reorganización y, en consecuencia, sin importar si se han integrado o no a la nómina de créditos reconocidos. Sea que el acreedor no haya estado enunciado en el informe de deudas acompañado por el deudor a inicios del procedimiento (artículos 55 y 56.4 LRLAEP), sea que haya o no verificado sus créditos conforme al artículo 70 LRLAEP, o sea que haya o no presentado personería suficiente en los términos del artículo 57.6 LRLAEP), sólo será la fecha del surgimiento del crédito el que será relevante a estos efectos.

Por su parte, el artículo 91 LRLAEP agrega que el acuerdo, debidamente aprobado, obliga al deudor y a todos los acreedores de cada clase o categoría, hayan o no concurrido a la Junta que lo acuerde. Esta regla puede parecer redundante con la anterior, pero tiene por principal efecto dar cuenta de la operatoria del principio mayoritario para la formación de la voluntad colectiva. De tal modo, ya no estamos refiriéndonos a los acreedores cuyos créditos no hayan sido integrados en la nómina de créditos reconocidos, sino al contrario. Por ello, lo que el legislador agrega en el citado

artículo 91 es que el hecho de no haber concurrido a la formación de la voluntad mayoritaria no quita que los efectos del acuerdo igualmente le empecen. Así, sea que el acreedor no haya concurrido a la junta de acreedores, se haya abstenido de votar o haya votado en contra de la propuesta presentada por el deudor, ninguna de tales circunstancias puede ser considerada a efectos de ignorar los nuevos términos y condiciones para el pago de sus créditos contenidos en el acuerdo aprobado. Con ello, podrá apreciarse, se produce una ruptura del efecto relativo de los contratos (artículo 1545 del Código Civil), reemplazándose por una lógica colegial que sirve de sustrato en todos los procedimientos concursales.

### **Efectos respecto a los créditos garantizados.**

Como se observó previamente, una de las novedades de la LRLAEP en materia de reorganización empresarial, fue la incorporación de los créditos garantizados, sea con prenda o hipoteca, al catálogo de aquéllos que puede ser afectado por los términos de un acuerdo de reorganización. Indicadas que han sido las motivaciones del legislador y la forma en la que estos se integran a la clase o categoría de los acreedores garantizados (o a la clase de los créditos valistas, según recordaremos en la sección posterior), queda hacer algunas distinciones adicionales.

Al tiempo en que el legislador observa la necesidad de integración de esta clase de créditos a las fórmulas reorganizativas, lo hace sobre la base de que, en caso contrario, la reestructuración empresarial resultará difícil (sino, imposible) en la medida en la que exista afectación de los bienes que se encuentran integrados en el proceso productivo. En atención a lo anterior, el ordenamiento chileno admite la posibilidad de excluir estos créditos de los efectos del acuerdo de reorganización en la medida en la que se acredite que las garantías recaen sobre bienes que no son esenciales para la empresa deudora. Para tales efectos, el artículo 94 LRLAEP dispone que los acreedores titulares de los créditos garantizados tendrán un plazo de 8 días (el mismo para la verificación de créditos al amparo del artículo 70 LRLAEP) para solicitar fundadamente al tribunal que declare que el bien sobre el que recae la garantía no tiene el carácter de esencial para la empresa. En tal caso el tribunal puede (no siendo, por tanto, obligatorio) solicitar al veedor un informe que contendrá la calificación de esencialidad o no del bien, entendiendo el legislador que será éste quien podrá ofrecer mayores luces al tribunal sobre el asunto toda vez que se encuentra actuando como interventor de la empresa (artículo 57.2 LRLAEP). En todo caso, el tribunal debe resolver sobre esta petición en única instancia (por tanto, no susceptible de apelación) a más tardar el segundo día anterior a la fecha de celebración de la Junta de acreedores, puesto que tal pronunciamiento tendrá importancia, veremos a continuación, para efectos de las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo.

En caso que el tribunal se pronuncie favorablemente, esto es, que estime que el bien sobre el que recae la garantía no es esencial para el giro de la empresa deudora, deberá distinguirse si el bien es de propiedad del deudor o de un tercero. En el primer caso, su titular sólo concurrirá en la clase o categoría de los créditos valistas por el monto no cubierto por el avalúo comercial de la garantía, si es del caso. En razón de lo anterior, el monto efectivamente cubierto no se integra a la clase de los acreedores garantizados para efectos del quórum, pudiendo ejecutar libremente su garantía sin estar afecto a los términos del acuerdo (artículos 94 y 95.2 LRLAEP). Pero dado que la separación ideal del crédito se ha basado en un mero avalúo comercial, el legislador ha pretendido efectuar un ajuste para el caso en que, ejecutada que sea la garantía fuera del concurso, el valor de ejecución no calce con tal avalúo. Así, en caso que el crédito no hubiese sido cubierto por la garantía, su titular puede solicitar ante el tribunal que conoció del acuerdo, que este se cumpla a

su favor mientras no se encuentren prescritas las acciones de cobro. En caso contrario, esto es, de existir un excedente en la liquidación, una vez pagado el respectivo crédito la diferencia debe ser destinada al cumplimiento del acuerdo.

En caso que el bien no esencial sea de propiedad de un tercero, el artículo 95.3 LRLAEP ofrece una mecánica diversa. En tal caso, deberá distinguirse la actitud del deudor en la Junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre el acuerdo, estimando, en este caso, que el acreedor se encontrará en mejor posición para determinar si prefiere la ejecución separada de la garantía o renunciar a tal derecho haciéndose parte del acuerdo. Por ello, si el acreedor vota a favor del acuerdo, se sujetará a los términos y modalidades del mismo y no podrá perseguir su crédito en términos distintos a los estipulados.<sup>140</sup> En este caso, en consecuencia, el acreedor ha estimado que desea participar en la construcción de la voluntad mayoritaria y, en consecuencia, su crédito debe ser considerado para efectos del quorum y se terminará afectando por la reestructuración aprobada. Al contrario, si el acreedor manifiesta su intención de no votar o simplemente no asiste a la Junta de acreedores, su crédito no se considerará en el pasivo con derecho a voto de la clase de los acreedores garantizados, pudiendo cobrar su crédito mediante la ejecución de la garantía, de manera separada al concurso.

Finalmente, si el bien sobre el que recae la garantía es declarado como esencial para el giro de la empresa, sea por la declaración efectuada en este sentido por el deudor al inicio del procedimiento (artículo 56 LRLAEP) o sea por declaración judicial (artículo 94 LRLAEP), siempre se aplicarán los términos y modalidades establecidos en el acuerdo de reorganización (artículo 95.1 LRLAEP). Lo anterior, sin distinguir si el bien es o no de propiedad del deudor, puesto que en este punto sólo interesa la integración del bien a su proceso productivo con independencia al título que aquél tiene sobre el activo garantizado. Es aquí, entonces, donde se despliega en toda su magnitud la reforma propiciada por la LRLAEP, distinguiéndose del modelo reorganizativo contenido en el Libro IV del Código de Comercio. Y es aquí también donde se revela la finalidad del legislador en el establecimiento de las nuevas reglas del juego para los acreedores garantizados, en la medida en la que se restringen sus derechos a fin de favorecer la reorganización de la empresa.

#### **Efectos respecto a los créditos valistas.**

Respecto a los acreedores valistas, el legislador no efectúa mayores aclaraciones, por lo que cabe aplicar las reglas generales previamente enunciadas. Sólo cabe destacar al respecto dos puntos: en primer lugar, en el orden de prelación de créditos dispuestos en el ordenamiento chileno, la clase de los créditos valistas opera como regla general, de manera que no configurándose un crédito como preferente (por ley) o subordinado (sea voluntaria o legalmente), deberá calificarse como ordinario para todos los efectos legales (artículo 2489 del Código Civil). En segundo lugar, que en esta clase o categoría se integrarán, para los efectos del procedimiento concursal de reorganización, aquellas porciones de los créditos prendarios o hipotecarios que no se encuentren cubiertos por el avalúo comercial de las garantías (artículo 78 LRLAEP), como

---

140 La norma no indica qué ocurre en caso de que el acreedor vote en contra del acuerdo de reorganización. Creemos que lo anterior se debe a una asunción errónea del legislador, en el sentido de entender que si el acreedor vota en contra no se logrará el quórum de aprobación, lo que, en todo caso, dependerá de la conformación del pasivo. Ante tal silencio, nos parece que una votación en contra igualmente implica el deseo del acreedor de formar parte de la voluntad colegial, por lo que termina asumiendo los resultados de la votación. De este modo, si a pesar de su voto negativo se logra el quórum de aprobación, entendemos que los efectos jurídicos son los mismos que aquellos que describe la ley para el voto favorable.

también aquéllos cuyos titulares han renunciado a la preferencia, sea total o parcialmente (artículo 61 LRLAEP).

De este modo, en caso que el deudor haya presentado una propuesta que distinga clases o categorías, los términos del acuerdo serán vinculantes para todos estos acreedores en la medida en que el acuerdo haya sido aprobado en su totalidad. En este sentido, y conforme dispone el artículo 93 LRLAE, los créditos se entenderán remitidos, novados o repactados, según corresponda, para todos los efectos legales.

### **Efectos respecto a los créditos pospuestos. Planteamiento general.**

El reconocimiento de los créditos legalmente pospuestos es una de las tantas innovaciones de la LRLAEP, y que, para los efectos que nos interesa, tienen también aplicación en el marco de los procedimientos concursales de reorganización. Pero previo al estudio de la tipología de estos créditos, nos parece necesario hacer algunas referencias generales de esta figura, especialmente por su novedad (al menos en el contexto chileno) y a la necesaria referencia a la calificación de su naturaleza jurídica y características generales para comprender sus deslindes dogmáticos y operatoria práctica.

En el contexto del Derecho comparado, la revisión de las normas de prelación de créditos no sólo se ha detenido en el adelgazamiento de la tutela preferencial,<sup>141</sup> sino que también en la posibilidad de que ciertos créditos resulten minusvalorados en el campo del conflicto de acreedores.<sup>142</sup> La minusvaloración es apreciada desde la lógica concursal, en que, por razones de justicia distributiva, y funcionales a los fines del concurso, pueden identificarse ciertos elementos constitutivos del crédito o conductuales de su titular que resultan relevantes para generar un nuevo tipo de norma de graduación, en este caso, negativa. Dicha clase de créditos suele designarse bajo el concepto de la subordinación,<sup>143</sup> haciendo uso de la nomenclatura con la que ella nace terminológicamente en el Derecho norteamericano,<sup>144</sup> aun cuando diversos

---

141 En España, por ejemplo, el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley No. 22/2003, concursal, justificaba la poda de los privilegios, ante evidencias, como las señaladas por Beltrán Sánchez, Emilio, "El nuevo Derecho concursal español", *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, núm. 43, 2007, pp. 487 y 488, en que "La escasa satisfacción de los acreedores –ordinarios– deriva, en fin, de la existencia de numerosos créditos privilegiados, que se han ido acumulando a lo largo de la historia, introduciéndose en función de las presiones de los correspondientes grupos sociales". O, en Alemania, en que –con un diagnóstico concordante– se suprimieron todos los privilegios legales en sede concursal (Schmidt, Karsten, "Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán", en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Esquerria, J. (directores), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2011*, Madrid, Dilex, 2002, p. 27).

142 Ávila de la Torre, Alfredo, "La subordinación en el concurso de los créditos de las personas especialmente relacionadas", en Sarcina, A. y García-Cruces, J.A. (directores), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Bari, Cacucci Editori, 2008, p. 159.

143 En nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, la voz "subordinación" ha quedado reservada para el tratamiento especial del crédito valista del artículo 2489 CC, incorporado por la Ley 20.190, de 2007, y de los bonos subordinados que pueden emitir los bancos al amparo del artículo 55 del D.F.L. No. 3, de 1997, que fija el texto de la Ley General de Bancos.

144 Si bien existen antecedentes en el Partnership Act inglés de 1890, el establecimiento de la subordinación crediticia recoge como primer antecedente expreso el reconocimiento, primero jurisprudencial y luego legal, de la subordinación a nivel del artículo 510 del United States Code 11 ("USC 11"). Vid. Ferré Falcón, Juan, *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 126 – 163, y Vattermoli, Daniele, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milán, Giuffrè Editori, 2012, pp. 96 - 110. Para un análisis particular de la teoría del "equitable subordination", y su evolución histórica en el Derecho norteamericano, vid. Herzog, A. S. y Zweibel, Joel B., "The equitable subordination of claims in bankruptcy", *Vanderbilt Law Journal*, Vol. 15, 1961, pp. 83-118. A su vez, para efectos de conceder un marco de

ordenamientos hayan reconocido la figura mediante denominaciones diversas, bajo las nociones análogas de “postergación”<sup>145</sup> o, como en nuestro sistema jurídico, “posposición”. Dicha tendencia recibe ahora un reconocimiento expreso en la LRLAEP, aunque cabe señalar que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, la nueva regulación concursal no postula un tratamiento unitario de los “créditos legalmente pospuestos”.

Bajo una conceptualización más moderna de la posposición crediticia, el Derecho chileno ya había reconocido la admisibilidad general y efectos de la subordinación voluntaria por medio de su incorporación en el artículo 2489 CC. La creación de la figura de los créditos legalmente pospuestos en la LRLAEP, sin embargo, no obedece a iguales justificaciones y expedientes técnicos, conclusión a la que ha llegado la doctrina extranjera,<sup>146</sup> aun en los casos en los que ambas figuras (subordinación voluntaria e involuntaria) se encuentran reguladas en una misma disposición o, incluso, integradas a una única categoría jurídica. No obstante, el punto de contacto entre ambas figuras se encuentra en su efecto primordial, como es el ofrecer una regla de graduación de los créditos que logra un descenso en la escala de prelación de créditos. Pero, en el caso de los créditos pospuestos por mandato legal, se han evidenciado objetivos eminentemente prácticos, como son el fortalecimiento de la posición económica y la “protección de los intereses de la masa pasiva ordinaria, pues elimina de la concurrencia a una serie de acreedores, o lo que permite ampliar el patrimonio concursal disponible para ellos”.<sup>147</sup>

Para tales efectos, pueden destacarse las siguientes características generales de esta clase de créditos. En primer lugar, se trata de créditos concursales, vale decir, que integran la masa pasiva del concurso. De ello se derivan también una serie de consecuencias: (i) poseen iguales derechos que el resto de los acreedores, según la clase o categoría que les corresponda, con excepción de su posición en la escala de prelación en atención a la aplicación de la regla de degradación del crédito;<sup>148</sup> y (ii) no se integrarán a este tipo los créditos que nazcan con posterioridad a la apertura

---

aplicación general a la subordinación equitativa, pueden consultarse las secciones 60 y 61 del Capítulo V de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.

145 Denominación reconocida en el Derecho comparado, por ejemplo, en el artículo 2.467 del Codice Civile italiano, producto de la reforma societaria del año 2003, y el artículo 69 de la Ley No. 1.116, de Insolvencia Empresarial colombiana, de 2006), y que originalmente se encontraba en los artículos 139 y 240 del proyecto de ley contemplado en el Mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación de la LRLAEP (Historia de la Ley N° 20.720, pp. 67 y 95). La voz “postergados” fue posteriormente reemplazada por la de “pospuestos” (Historia de la Ley, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, pp. 1.045 y 1.088), probablemente para conservar una unidad terminológica.

No obstante, a nivel comparado generalmente se utiliza la voz “subordinación” para abordar este efecto. Por ejemplo, el artículo 510 USC 11; el artículo 92 de la Ley No. 22/2003, concursal de España (“LC”); el artículo 46 del Código da Insolvência e Recuperação de Empresas portugués, de 2004; el artículo 83 de la Ley No. 11.101 de recuperação judicial, extrajudicial e falencia brasileña, de 2005; el artículo 111 de la Ley No. 18.387, de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial uruguaya, de 2008; y el artículo 222 bis de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, de 2000, conforme a la reforma incorporada el 10 de enero del presente año, entre otros. En el Derecho alemán, por su parte, la identificación de la figura se efectúa sobre la idea de la pérdida del rango (nachrangige Gläubigern), reconociendo un catálogo de tales créditos en la §39 de la Insolvenzordnung, de 1999 (“InsO”). La identidad de todos estos términos es expuesta, por ejemplo, por Vattermoli, Daniele, op. cit., nota 56, p. 3.

146 Por todos, Bermejo Gutiérrez, Nuria, *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, p. 436.

147 Ferré Falcón, Juan, op. cit., nota 56, p. 693.

148 Conservándose, en lo demás, el régimen jurídico dispuesto para la generalidad de los créditos concursales, los titulares de los créditos subordinados podrán igualmente participar en los procesos de nominación de los veedores y liquidadores (artículos 22 y 37 LRLAEP); se sujetarán a las reglas de determinación del pasivo (artículos 70, 71 y 170 a 179 LRLAEP); se integrarán a la respectiva clase de acreedores en los acuerdos de reorganización (artículo 61 LRLAEP); gozarán de derecho a voto (artículos 79, 189 a 191, y 265 LRLAEP); podrán formar parte de las comisiones de acreedores (artículos 69 y 202 LRLAEP); y se le asignarán iguales facultades impugnatorias de los acuerdos, como también para hacer valer nulidades o denunciar incumplimientos (artículos 85, 97 y 98 LRLAEP), entre otras. La excepción está dada



del procedimiento, porque serán éstos créditos contra la masa y se sujetarán a sus propios términos, conforme a las reglas generales.

Luego, se trata de créditos minusvalorados en el concurso. Esta idea ha sido reconducida a la categoría de los “derechos debilitados”, que, como señala Cannada-Bartoli, se refiere a ciertos derechos subjetivos con una menor eficacia, una vez que se ha producido el hecho productivo del debilitamiento.<sup>149</sup> Si bien en otros sistemas tal carácter se extiende a los derechos políticos de los titulares de los créditos subordinados, la LRLAEP sólo ha optado por un debilitamiento del crédito en el ámbito de su prelación. Por su parte, resultará que los hechos productivos de la degradación del crédito encuentran un reflejo únicamente en el contexto de alguno de los procedimientos concursales previstos en la LRLAEP. Los créditos legalmente pospuestos, por tanto, no tienen operatividad fuera de aquéllos, ni en la regulación general del cumplimiento de las obligaciones (dado que se trata de una regla de graduación que sólo tiene sentido en el marco de un conflicto entre acreedores ante la evidencia de un patrimonio insuficiente), ni por medio del ejercicio de tercerías de prelación en la órbita del juicio ejecutivo.

Finalmente, también deben calificarse como créditos generalmente subordinados, esto es, respecto a todos los demás acreedores del deudor concursado. Así, todos los casos de subordinación legal se ofrecen como generales, en el sentido que serán todos los titulares de los créditos no subordinados los que recibirán los beneficios de la posposición legal, aumentando sus posibilidades de cobro. Dado que se trata éste de un efecto concedido por el legislador, no cabe participación de la voluntad de los particulares, en el sentido de alterar el efecto degradatorio asociado a la posposición crediticia, especialmente para escapar de sus consecuencias, por ejemplo, mediante la constitución de garantías reales sobre el patrimonio del deudor para obtener una preferencia, o para limitar el beneficio a favor de un número limitado de créditos.

### **Tipología de los créditos legalmente pospuestos en el marco del procedimiento concursal de reorganización.**

a) Créditos legalmente pospuestos por infracción a la “Protección Financiera Concursal”.

Ya nos hemos referido a la extensión y función que cumple la denominada “Protección

---

para las personas relacionadas al deudor, pero, en este caso, la normativa concursal no ha asociado la privación de derechos al carácter subordinado del crédito, sino especialmente a su carácter de acreedores complacientes, casi a modo de una presunción de derecho de conflicto de intereses que les impediría razonar en torno a los parámetros de eficiencia que pretende el concurso. De este modo, el carácter de personas relacionadas por parte del titular, conforme al listado previsto en el artículo 2.26 LRLAEP, ocasionará, adicionalmente, la pérdida de derechos políticos para participar en los procesos de nominación de veedores y liquidadores (artículos 37 y 55 LRLAEP); aceptar una prórroga de la protección financiera concursal (artículo 58 LRLAEP); votar en la junta de acreedores convocada para el conocimiento y deliberación de las propuestas de acuerdo de reorganización presentadas por el deudor, como también en las juntas que puedan celebrarse con posterioridad a la aprobación de dichos acuerdos, y en las juntas y audiencias que tengan lugar en los procedimientos concursales de liquidación y renegociación de deudas, según el caso (artículos 79, 83, 191, 258, 265, 266 y 267 LRLAEP); y suscribir acuerdos de reorganización extrajudicial (artículo 109 LRLAEP). Por su parte, tampoco podrán deducir como gastos necesarios para la producción de la renta, las cantidades que correspondan a la condonación o remisión de deudas, intereses, reajustes u otras cantidades que se hayan devengado en su favor (artículo 93 LRLAEP) ni obtendrán el régimen tributario especial en materia de impuesto al valor agregado para imputar el tributo pagado por facturas cuyos créditos han sido objeto de un acuerdo de reorganización (artículo 27 ter del decreto ley Nº 825, de 1974); se ampliará a dos años el periodo de sospecha en el ejercicio de las acciones revocatorias objetivas (artículos 287 y 290 LRLAEP); y no podrán obtener recompensas en razón del ejercicio de las acciones revocatorias concursales (artículo 293 LRLAEP).

149 Cannada-Bartoli, Eugenio, “Affievolimento”, en Enciclopedia del Diritto, Italia, Giuffrè, 1958, t. I, pp. 670 – 671.



Financiera Concursal” a efectos de ofrecer un espacio de tutela para la negociación del acuerdo de reorganización. También nos hemos referido a sus efectos y descrito la forma en la que se impide que, durante dicho periodo, se terminen anticipadamente los contratos, exijan anticipadamente las obligaciones o hagan efectivas las garantías invocando como causal el inicio de un procedimiento concursal de reorganización (artículo 57.1.c LRLAEP), todo ello con la finalidad de mantener vigentes los términos y condiciones de los contratos celebrados con el deudor y evitando cualquier obstaculización de la reestructuración de la empresa. Ahora debemos detenernos en el régimen sancionatorio, diferenciando los efectos jurídicos relativos a la incorporación de determinadas cláusulas en el texto contractual que transgredan la prohibición dispuesta en la norma, y aquellos que se despliegan respecto a los eventuales créditos que podría tener el tercero contratante en contra del deudor, en caso que éste contraviniese las prohibiciones legales antes referidas.

Sobre lo primero, la norma no es tan clara como la que se ofrece en su antecedente inmediato: el artículo 16 de la Ley N° 1.116, de insolvencia empresarial, colombiana. Este expresa la ineficacia de este tipo de cláusulas, incluso sin necesidad de declaración judicial. El ordenamiento concursal chileno no existe expresión sobre el efecto que tiene la incorporación de disposiciones contractuales que infrinjan las limitaciones antes indicadas, pero pueden llegarse a similares conclusiones si se atiende a la forma en la que operaría la tutela de la “Protección Financiera Concursal”. En primer término, si lo que pretende es la terminación unilateral del contrato, ocurrirá que la Empresa Deudora demandará igualmente el cumplimiento de las obligaciones de dicho tercero, basado en la ineficacia de la cláusula contractual al amparo de lo dispuesto en el artículo 57.1.c) LRLAEP, y sólo entonces procederá la declaración judicial que despreja el ordenamiento colombiano. Luego, si lo que se pretende es el cumplimiento anticipado de las obligaciones del deudor o la ejecución de las garantías contratadas, deberán oponerse las correspondientes excepciones, fundadas en que se trata de un crédito que no es actualmente exigible, nuevamente, producto de la ineficacia de la cláusula contractual que posibilitaba tal actuación. Ahora bien, dado que en estos dos últimos casos la norma debe conciliarse con lo dispuesto en el artículo 57.1.a) LRLAEP, no estaremos ante un procedimiento de ejecución ni de restitución de juicio de arrendamiento, sino sólo ante un proceso de carácter declarativo. Lo anterior, a menos que estemos frente a una garantía otorgada por un tercero, en que, no siendo aplicable la limitación recién indicada, la protección se producirá únicamente en razón del artículo 57.1.c) LRLAEP antes referido.

Ahora bien, respecto a las consecuencias jurídicas relativas a los eventuales créditos del contratante con el deudor, la normativa chilena replica un sistema de posposición legal conocido en el ordenamiento colombiano.<sup>150</sup>

---

150 En cualquier caso, la norma chilena indudablemente ha tomado como base el artículo 16 de la Ley de Insolvencia Empresarial colombiana, que dispone que “De verificarse la ocurrencia de la ineficiencia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso...”, con la diferencia que esta última regula como segunda medida sancionatoria la posibilidad que el juez ordene la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia. Otro ejemplo similar se encuentra en el artículo 92.7 de la Ley 22/2003, concursal (España), que concede la última posición en la escala de prelación a “7.º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso”. Pero la norma no se encontraba dispuesta en el texto original de la ley, sino que fue incorporado por el R.D.-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Para ello, se emplean las herramientas de la prelación de crédito a modo de sanción a la conducta del acreedor que ha buscado obstaculizar la pretensión reorganizativa, intentando hacer efectivos los derechos concedidos en un texto contractual, que, como hemos indicado, resulta ineficaz.

A este respecto, como señala Puga Vial, “la sanción no surge por el hecho de que exista una cláusula en tal sentido, que además es ineficaz, sino por el hecho de intentar ponerle término unilateralmente o intentar ejecutar el acto”.<sup>151</sup> Por ello, se trata de una sanción eventual, que se basa en un comportamiento desplegado por el contratante que, a la vez, es un acreedor dinerario de la empresa deudora, y que termina por desfavorecer sus posibilidades de cobro, mediante la técnica de la posposición legal. En este caso en particular, la minusvaloración del crédito en la escala de prelación surge a consecuencia de la conducta llevada a cabo por su titular, entendiendo que éste ha pretendido un fortalecimiento de su posición en el ámbito de la negociación de la reorganización empresarial. La posposición, en consecuencia, cumple con un objetivo funcional a los fines del concurso,<sup>152</sup> sirviendo como obstáculo (ojalá, preventivo) para poder llevar a cabo una negociación tutelada que permita que los acreedores determinen si es posible reestructurar los activos y pasivos de la empresa o si, al contrario, resulta económicamente favorable propiciar el inicio de una liquidación concursal.

En el aspecto que nos interesa, la posposición legal de los créditos resultantes de la relación contractual indebidamente terminada, que han pretendido ser acelerados o cuyas garantías han intentado ejecutarse, tiene tres elementos adicionales a considerar. Por una parte, se trata del caso de subordinación legal más profundo que ofrece el ordenamiento concursal chileno, por cuanto se dispone que el crédito quedará pospuesto hasta que se pague la totalidad de los acreedores a quienes les afecte el acuerdo de reorganización judicial, incluidos los acreedores que califican como personas relacionadas al deudor.<sup>153</sup> Luego, que la configuración del supuesto, basado en una conducta desplegada por el acreedor que infringe una disposición legal que requiere de la mantención de la vigencia y condiciones de pago del deudor, advierte una justificación penalizadora en el supuesto (no advertible en todos los casos de posposición reconocidos en la LRLAEP).<sup>154</sup> Finalmente, la posposición del crédito deberá ser declarada por el tribunal previo procedimiento incidental, dando cuenta de la posibilidad de debate entre las partes interesadas respecto a su ocurrencia, que se referirá, muy probablemente a si el hecho de la terminación, exigibilidad anticipada o ejecución de garantías ha considerado o no elementos funcionalmente diversos al solo inicio del procedimiento de reorganización. Así, aun en el caso en que el tribunal reconozca la ineficacia de la cláusula, la regla de la subordinación legal sólo se activará a requerimiento de parte, y no podrá declararse de oficio por aquél.

b) Créditos legalmente pospuestos de las Personas Relacionadas al deudor.

La posición de los créditos cuyos titulares son personas relacionadas al deudor constituye uno de los asuntos más complejos que han debido enfrentar los diversos ordenamientos jurídicos. Se posan sobre los mismos sendos mantos de sospecha, sea respecto a la propia existencia del crédito, sea porque en ciertos casos puede advertirse una dotación anómala de recursos a la

---

151 Puga Vial, Juan Esteban, op. cit., nota 15, p. 245.

152 Goldenberg Serrano, Juan Luis, “Los créditos legalmente pospuestos en la Ley N° 20.720”, Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile), Vol. XXVIII, núm. 2, 2015, p. 92.

153 Se logra así una sanción poderosa que hará que sólo muy excepcionalmente este crédito será realmente satisfecho, en concordancia con la magnitud de la sanción impuesta, por ejemplo, en el Derecho español.

154 Goldenberg Serrano, Juan Luis, op. cit., núm. 64, p. 105.

empresa, especialmente en aquellos casos en los que ésta se encuentra infracapitalizada.

El punto de partida se encuentra en el tratamiento de la participación de los denominados insiders del deudor en el contexto concursal, lo que en el Derecho norteamericano se reflejó en la aplicación práctica de la denominada doctrina del equitable subordination prevista en el artículo 510 (c) (1) USC. Luego, otros ordenamientos replicaron la técnica, pero desbordando el Derecho concursal, para recalificar esta clase de créditos como verdaderos aportes de capital, de manera de poder paliar la llamada “infracapitalización nominal” de las sociedades de responsabilidad limitada. Pero su mayor dificultad técnica se ha referido a la incorporación de criterios subjetivos basados en la idea del “comerciante ordenado” (§32 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada o GmbH, hoy derogada), o del “desequilibrio excesivo entre deuda y patrimonio neto o que la sociedad se hubiese encontrado en una situación en la que era necesaria una aportación de capital” (artículo 2.467 del Codice Civile italiano). Por último, surgió la idea de la subordinación automática, con una valoración que intentaba superar los problemas de los modelos europeos antes indicados, al tiempo de acercarse a la solución norteamericana, satisfaciéndose únicamente por el hecho de que el acreedor integrara un catálogo de personas relacionadas.<sup>155</sup> En todo caso, esta última orientación se ha replicado en varios ordenamientos comparados.<sup>156</sup>

No obstante, el legislador chileno ha tomado un rumbo distinto.<sup>157</sup> El crédito no resulta subordinado por el hecho de haberse ofrecido en el marco de un modelo de infracapitalización societaria o de evidente cercanía familiar, sino precisamente por el hecho de la ausencia de documentación en un término previo al inicio del procedimiento concursal. De este modo, el legislador chileno no ha obrado sobre una base estructural del tipo de crédito concedido, sino motivado por la sospecha de su inexistencia en atención a la ausencia de antecedentes escritos que den cuenta de su realidad. Si es de este modo, la solución legislativa presenta como especial curiosidad que, ante la referida sospecha, en lugar de arbitrar medidas para su confirmación, resuelve mediante la conservación de la posibilidad de pago, aun cuando establezca una sanción degradatoria mediante la subordinación legal del crédito.<sup>158</sup>

Así, en el contexto de la discusión legislativa, la redacción de la norma parece justificarse, en primer término, en una práctica habitual en el marco de los convenios judiciales, cuestión que hubiese implicado una tipificación de una solución disponible en el marco de las diversas

---

155 Goldenberg Serrano, Juan Luis, “Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 27, 2016, pp. 191 – 209.

156 Por ejemplo, los artículos 46.e) y 47 del Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, portugués; el artículo 83.VIII.b) de la Ley No. 11.101, brasileña; el artículo 69.1 de la Ley No. 1.116, colombiana; los artículos 111 y 112 de la Ley No. 18.387, uruguaya; y el artículo 222 bis.II de la Ley de Concursos Mercantiles, mexicana.

157 Para los efectos de la LRLAEP, se entiende por Persona Relacionada: “a) el cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive y las sociedades en que éstos participen, con excepción de aquellas inscritas en el Registro de Valores; y b) las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la ley N° 18045, de mercado de valores” (artículo 2.26 LRLAEP). Sobre este particular, puede consultarse a Alarcón Cañuta, Miguel, “La personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, núm. 2, 2014, *passim*

158 A este respecto, bien puede traerse en mente la crítica esbozada por Blasco Gascó, Francisco, El pago de los acreedores concursales, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, p. 327, en la órbita del Derecho español, en cuanto se “trata aquí de una postergación o subordinación basada en una oculta presunción de fraude, de manera extravagante y con poco sentido, pues si se presume el fraude o la falsedad del crédito, los mecanismos jurídicos deben ser otros que no la postergación en el cobro, pues parece que se quiere decir que hay fraude pero no mucho o que se presume el fraude pero poco o no lo bastante para declarar la nulidad del contrato”.

justificaciones a la subordinación voluntaria de créditos.<sup>159</sup> Por ello, la justificación que se tuvo en consideración para la mantención de la norma prevista en el artículo 63 LRLAEP se encontraba en evitar “el riesgo de la alteración del pasivo mediante la creación de créditos relacionados no justificados”.<sup>160</sup> Sobre la base de este criterio se avanzó hasta alcanzar la redacción final de la norma, particularmente a partir de la intervención del Senador Andrés Zaldívar, quien propuso distinguir entre “créditos de la cuenta corriente y los créditos documentarios”, puesto que, a su juicio, los primeros “podían ser objeto de manipulación, mientras que los segundos están dotados de una mayor seriedad”,<sup>161</sup> llevando a que se agregara a la norma un requisito para la operatividad de la subordinación de los créditos de las personas relacionadas, referido a la inexistencia de documentación dentro de un periodo de noventa días antes del inicio del procedimiento concursal de reorganización.<sup>162</sup>

Cabe advertir que este supuesto de subordinación del crédito resultará aplicable tanto en los procedimientos concursales de reorganización (artículo 63 LRLAEP) como de liquidación (artículo 241 LRLAEP), aunque con ciertos matices diferenciadores. Mientras en el escenario liquidatorio la posposición se presenta como consecuencia de la falta de documentación del crédito en un arco temporal de 90 días previos a la dictación de la resolución de liquidación, en el procedimiento concursal de reorganización este supuesto sólo se replica en el primero de los casos cubiertos por aquella norma. Adicionalmente, el artículo 63 LRLAEP advierte que el acuerdo también podrá hacer aplicable la posposición a los créditos que, aun cuando se encuentren documentados, provienen de personas relacionadas al deudor, previo informe fundado del veedor. Sin embargo, bien cabe cuestionarse si se trata de un modelo de subordinación legal, o si, proveniente de la deliberación y votación de los acreedores, se acerca a una fórmula de posposición voluntaria. El punto resulta particularmente complejo porque este último, al menos en la formulación propuesta por el artículo 2.489 del Código Civil, requiere ineludiblemente de la voluntad del acreedor subordinado, cuestión que aquí no podrá presentarse en tanto se tratará de una posposición impuesta por los demás acreedores en el contenido del acuerdo, considerando especialmente que las personas relacionadas al deudor carecen de derecho a voto (artículo 79 LRLAEP).

c) Créditos legalmente pospuestos en razón de la revocación de actos y contratos.

Una de las tantas novedades que se contienen en la LRLAEP se refiere a un nuevo sistema revocatorio concursal, contenido en su Capítulo VI. Si bien no es el momento para discutir su régimen jurídico,<sup>163</sup> debemos resumir algunos de sus aspectos a efectos de comprender cómo se articula en este caso el régimen de posposición. En primer término, y a diferencia del sistema

---

159 En este sentido, Contador Rosales, Nelson y Palacios Vergara, Cristián, op. cit., nota 7, p. 83.

160 Una de las justificaciones dadas al efecto por la señora Alejandra Anguita, Jefa del Departamento Jurídico de la Superintendencia de Quiebras. Punto que fue posteriormente tomado por el Senador Espina a efectos de indicar que “el riesgo práctico es que se constituyan falsamente acreencias y que ellas, relacionadas con la empresa, se paguen y recuperen dineros indebidamente” (Historia de la Ley, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, pp. 667 y 670, respectivamente).

161 Historia de la Ley, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, p. 669.

162 Créditos documentados que, conforme expresó el Senador Tuma, son “para la historia de la ley”, los que se encuentran emitidos y están registrados por el deudor” (Historia de la Ley, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, p. 674), y, que conforme a Contador Rosales, Nelson y Palacios Vergara, Cristián, op. cit., nota 7, p. 83, se refieren a un crédito que “debe constar en algún título válido donde se exprese inequívocamente el monto y características del crédito”.

163 Un mayor desarrollo puede encontrarse en Goldenberg Serrano, Juan Luis, “Apuntes sobre el tratamiento normativo de las acciones revocatorias concursales en la Ley N° 20.720”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (editor), Estudios de Derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de vigencia, Santiago, Thomson Reuters, 2016, passim.

previsto en el Libro IV del Código de Comercio, se expresa ahora que las acciones revocatorias pueden ser intentadas tanto en el marco de un procedimiento liquidatorio como reorganizativo de la empresa deudora, y que, en este caso, cabe hacer ciertas distinciones respecto a la revocación objetiva, tratada de manera excepcional para una cierta tipología de actos gratuitos y asimilados (artículo 287 LRLAEP) y la revocación subjetiva, basada esencialmente en la existencia de un perjuicio a la masa activa o pasiva del concurso y en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor por parte del tercero contratante (artículo 288 LRLAEP).<sup>164</sup>

A nuestro juicio, sólo en este último supuesto se activa la posposición crediticia prevista en el artículo 292 LRLAEP, justificada en el mencionado conocimiento que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2468 CC, se asimila a la mala fe. Se trata, en consecuencia, de una formulación que tiñe a esta clase de subordinación de un cariz sancionatorio,<sup>165</sup> y, acaso, preventivo de las conductas que puede tener un tercero contratante que perjudica las posibilidades de cobro de los terceros en conocimiento de la crisis patrimonial del deudor. La posposición se plantea en este caso bajo la lógica de que la resolución que acoge la revocación subjetiva tendrá por consecuencia la destrucción de todos los efectos jurídicos y materiales de los actos invocados, funcionando como un tipo de rescisión que pretende situar a las partes en el estado anterior a su perfeccionamiento. Siendo de este modo, el tercero deberá restituir material o jurídicamente aquellos bienes que hayan salido del patrimonio del deudor para ser reintegrados a la masa activa del concurso (y, en este caso, dirigirse a la reorganización de la empresa), pero obtendrá el derecho paralelo a obtener también el reintegro de los pagos efectuados con motivo del acto ahora revocado. Es aquí donde se articula el régimen degradatorio del crédito, dado que el acreedor deberá verificar su crédito en el concurso, pero no podrá ser pagado sino hasta que se hayan satisfechos los créditos de todos los demás acreedores valistas.

### **Conclusiones.**

En torno a la nueva formulación de la normativa concursal chilena, cabe destacar que ella se estructura sobre la base de una orientación privatista en la que son los particulares quienes podrán acordar una solución que se adecúe a sus pretensiones de satisfacción. Para tales efectos, no creemos efectivo que la ley chilena incline la balanza a favor de la reorganización de la empresa en desbalance a su eventual liquidación. Al contrario, sostenemos que el diseño de la negociación que pretendía el salvamento de la empresa en crisis en el modelo normativo anterior se presentaba de manera bastante ineficiente, de modo que la nueva ley ha venido a proponer soluciones que, a juicio del legislador, le han parecido más razonables y efectivas.

Un primer punto de preocupación se refiere a la continuidad de las actividades económicas durante el transcurso del procedimiento de negociación, lo que se articula, por una parte, en la limitación de los derechos de los acreedores (mediante la denominada “Protección Financiera Concursal”), y, por la otra, a través de un fomento a la obtención de liquidez por parte de la empresa y a la continuación de sus operaciones (bajo una lógica de protección del dinero fresco). En estos casos, los efectos legales se amplifican a todos los acreedores, con independencia a su

---

164 Adicionalmente, el artículo 289 LRLAEP ha incluido la posibilidad de revocación de reformas a los pactos o estatutos sociales que se realicen dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del Procedimiento Concursal respectivo, en la medida en que importaren la disminución del patrimonio del deudor.

165 El carácter sancionatorio que, creemos, fundamenta la norma permite eludir las críticas esbozadas por Puga Vial, Juan Esteban, Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2014, p. 493, que califica esta decisión legislativa como una “burla” o un “verdadero abuso”.

participación en el procedimiento o a una manifestación de voluntad conforme a tales consecuencias jurídicas. Ello se justifica en que se tratan éstos de elementos que el legislador ha considerado estructurales en la identidad del procedimiento de reorganización, de tal manera que se les estiman como herramientas destinadas al cumplimiento de las finalidades implícitas en el concurso. De tal suerte, no importará si se trata de acreedores disidentes o no concurrentes (del mismo modo que tampoco será relevante si acaso se trata de acreedores que no son llamados a participar en el procedimiento, como los acreedores preferentes no garantizados). En todo caso, sus derechos se verán limitados en la fase de negociación.

Ahora bien, cuando nos referimos al acuerdo de reorganización propiamente tal, resulta evidente que el sistema chileno ha conservado la lógica de un principio mayoritario, desplegado orgánicamente por medio del recurso a la junta de acreedores y dinámicamente en razón de la referencia al ejercicio del derecho a voto. Sin embargo, entendiendo que dicha formulación se presenta de manera antitética a los efectos relativos del contrato (artículo 1545 del Código Civil), creemos que el principio mayoritario sólo puede entenderse de modo que éste sea funcional al cumplimiento de las finalidades del concurso.

Todos estos aspectos reciben una especial atención por parte del nuevo ordenamiento concursal, ofreciendo una multitud de reglas orientadas a la conformación de una nómina de créditos reconocidos. El punto relevante aquí se encuentra en que, a diferencia de sistema anterior, tal determinación no se dirige a identificar a los créditos que resultarán afectados por los términos del acuerdo, sino a quiénes formarán parte de la junta de acreedores citada para deliberar sobre las propuestas presentadas por el deudor. Siendo así, la falta de concurrencia de un acreedor al concurso (en la medida que se trate de un crédito no reconocido previamente por el deudor al tiempo de presentar su estado de deudas), sólo tendrá por efecto el impedimento de formar parte de la voluntad colegial, sin incidir en los efectos de la reorganización acordada respecto a sus créditos. En tal sentido, la afectación del crédito como resultado del acuerdo aprobado se sujetará únicamente a un expediente temporal, como es aquél en razón del cual el crédito reconoce su origen en un momento anterior a la dictación de la correspondiente resolución de reorganización.

Por su parte, y ahora respecto a los acreedores disidentes, el ordenamiento chileno no destaca por contener normas particularmente protectoras de los acreedores minoritarios. Lo anterior puesto que la LRLAEP destaca por la libertad de contenidos del acuerdo, fundado en los expedientes de la autonomía de la voluntad. De ello resulta que las limitaciones se encuentren previstas de manera bastante excepcional, al tiempo en que no se atribuyen al tribunal (ni a otros órganos concursales) facultades para una ponderación vinculante del contenido económico del acuerdo y en que la revisión de su contenido jurídico no se presenta como una facultad que pueda ejercerse ex officio, sino sólo a solicitud de los acreedores.

Sin embargo, el principal punto a considerar se dará en torno a la regla de igualdad de los acreedores afectados, sin perjuicio de que tal regla admitirá ciertas excepciones. La primera es aquélla que permite la distinción de los acreedores en clases o categorías, pero que, a diferencia de otros modelos normativos, se encuentran tipificadas en aquellas que corresponde a los créditos garantizados y valistas (o quirografarios). La segunda es la que admite distinciones al interior de cada clase o categoría, pero sólo en la medida en la que la diferencia sea aprobada adicionalmente por dos tercios de los acreedores no beneficiados. Y, la última, aquella que permite que el ordenamiento reaccione frente a una cierta tipología de créditos a efectos de ser minusvalorados al interior del concurso, bajo la idea de la posposición legal de créditos.



**Bibliografía.**

ALARCÓN CAÑUTA, Miguel, "Las personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, núm. 2, 2014.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, "La subordinación en el concurso de los créditos de las personas especialmente relacionadas", en Sarcina, A. y García- Cruces, J.A. (directores), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Bari, Cacucci Editori, 2008.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, "El nuevo Derecho concursal español", *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, núm. 43, 2007.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002.

BLASCO GASCÓ, Francisco, *El pago de los acreedores concursales*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, Santiago, 2010.

CANNADA-BARTOLI, Eugenio, "Affievolimento", *Enciclopedia del Diritto*, Tomo I, Giuffrè, Italia, 1958.

CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián, *Procedimientos concursales*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Insolvencia y quiebra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

FERRÉ FALCÓN, Juan, *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, Thomson Civitas, Santiago, 2006.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales", *Ius et Praxis*, Año 18, núm. 1, 2012.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *La visión privatista del derecho concursal*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2015.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley N° 20.720", *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, Vol. XXVIII, núm. 2, 2015.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Apuntes sobre el tratamiento normativo de las acciones revocatorias concursales en la Ley N° 20.720", en Jequier Lehuedé, Eduardo (editor), *Estudios de Derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de vigencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 69 - 108.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 27, 2016.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, *El Derecho de quiebras*, segunda edición aumentada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

HERZOG, A.S. y ZWEIBEL, Joel B., "The equitable subordination of claims in bankruptcy", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 15, 1961.

LIRA SILVA, Diego y ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo, *Reforma al Derecho de quiebras. Nuevo estatuto de los síndicos*, Legal Publishing, Santiago, 2010.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Curso de Derecho de quiebras (tercera edición corregida y*



actualizada), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983.

PULGAR ESQUERRA, Juana, Preconcurso y acuerdos de refinanciación, La Ley, Madrid, 2012.

PUGA VIAL, Juan Esteban, Derecho concursal. El convenio de acreedores, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

PUGA VIAL, Juan Esteban, Derecho concursal. El acuerdo de reorganización, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

PUGA VIAL, Juan Esteban, Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

PUGA VIAL, Juan Esteban, “Mirada crítica de la Ley N° 20720”, en JEQUIER LEHUJEDÉ, Eduardo (editor), Estudios de Derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de vigencia, Thomson Reuters, Santiago, 2016.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

SCHMIDT, Karsten, “Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán”, en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A.; y Pulgar Ezquerra, J. (directores), Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2011, Dilex, Madrid, 2002.

VATTERMOLI, Daniele, Crediti subordinati e concorso tra creditori, Giuffrè Editori, Milán, 2012.

**CAPITULO CUATRO****LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACREEDORES NO FIRMANTES DEL CONVENIO JUDICIAL O DE LOS ACUERDOS, EN VÍA EXTRAJUDICIAL, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**

*Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA. España.*

**La configuración de la masa pasiva del concurso en vía judicial.**

La Ley concursal española del 2003 responde al principio de concursalidad, determinando que los acreedores, con carácter general, para poder acceder al concurso deben insinuar sus créditos, es decir, comunicar, y ver reconocidos sus créditos, porque, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes (art. 49 LC). El auto de declaración del deudor en situación concursal, determina, formal y materialmente, el punto de partida para la configuración de la masa pasiva, generando una serie de efectos sobre el propio deudor, y, en lo que aquí nos interesa, sobre el patrimonio y los acreedores. En su consecuencia, todos los acreedores, con independencia de su condición, quedan, de derecho, integrados en la masa pasiva.

Se puede considerar, profundizando en este postulado inicial, que existe una obligación legal de insinuar (artículo 85 LC), de comunicar el crédito indicando en qué cuantía y con qué clasificación pretende el acreedor que su derecho aparezca en la lista de acreedores, constituyendo la masa pasiva. En todo caso, en la Ley concursal, además de dicha comunicación, se habla de una segunda fase de reconocimiento y clasificación del crédito (artículo 86 LC), verificada por la administración concursal en el informe provisional (artículo 75 LC) cuya lista de acreedores debe ser elaborada en los términos previstos en el artículo 94 de la señalada Ley. Una lista de acreedores que incluirá los datos de identificación y la cuantía de cada crédito, procediendo a su clasificación en (i) laborales, (ii) públicos, (iii) financieros, (iv) y el denominado “resto de acreedores”. El protagonismo de la administración concursal en la identificación, verificación y determinación del pasivo real de la entidad concursada resulta incuestionable.

En definitiva, el objetivo del procedimiento de insinuación es que el crédito llegue a conocimiento de la administración concursal para que se proceda a su clasificación; porque el objetivo, en esta fase inicial, del proceso concursal<sup>166</sup> no puede ser otro que el de establecer con claridad y precisión el pasivo real del deudor, gozando la lista definitiva de acreedores de fuerza de cosa juzgada. Por esta razón, la norma concursal supera el marco de proactividad del acreedor que debe velar por su crédito y aporta al esquema de búsqueda y clasificación del pasivo una segunda vía que la doctrina ha denominado “cuasioficio”,<sup>167</sup> porque se complementa el sistema del artículo

---

166 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Capítulo I. La Naturaleza jurídica de la Declaración judicial de Concurso”, en VV.AA.: “Tratado de Derecho mercantil”, Dir. M. Olivencia Ruiz, C. Fernández-Nóvoa y R. Jiménez de Parga, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ GRANDA, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., ARIZA COLMENAREJO, M<sup>a</sup> J. y REVILLA GONZÁLEZ, J. A., t. XLVIII, “Derecho Concursal”, vol. 7<sup>o</sup>, “Derecho Procesal concursal”, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/Barcelona, 2008, p. 20, quien se expresa en términos tan concluyentes como éstos: “el Concurso es un proceso jurisdiccional”. En el Ordenamiento Jurídico Español, el concurso es un proceso, un proceso judicial, que pretende una determinada tutela judicial efectiva, articulada en sus distintas fases.

167 VEIGA COPO, A. “El reconocimiento de créditos sin comunicación previa”. ADC 16/2009. CIVITAS, 2009. Este autor, además en su monografía LA MASA PASIVA DEL CONCURSO DE ACREEDORES (CIVITAS, 2012) que tomamos como referencia en muchos extremos de este trabajo, incorpora una relevante cita de doctrina italiana que fundamenta la

85 permitiendo a la administración concursal, incluso obligándole en algunos supuestos, al reconocimiento de determinados créditos, aún en caso de inexistencia de comunicación por parte del acreedor. Una realidad tuitiva que resulta posible en la medida en que la administración concursal, configurada por profesionales, en principio, que disponen -o deberían disponer- de una elevada capacitación técnica, están -o deberían estarlo- capacitados para identificar y determinar la realidad del pasivo, más allá de la necesaria proactividad de los acreedores concurrentes en la defensa de la integridad de su crédito.<sup>168</sup>

Esto es así o puede ser así, porque el concurso es un proceso y como tal, sometido al artículo 24 de la Constitución española y al artículo 117 y 118 del mismo texto fundamental, y porque el administrador concursal es un órgano judicial y el ejercicio de la administración concursal es actividad judicial, ejercicio de la tutela judicial efectiva judicial, a través de un sistema de colaboración orgánica de los particulares, que configuran un órgano institucional judicial<sup>169</sup> en el

---

relevancia del reconocimiento, que por su interés reproducimos: PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare* (BOCCHIOLA/PALUCHOWSK [a cura di]), 5ª ed., Milano, 1998, pg. 401 quien asevera, no sin acierto, como naturaleza y estructura del procedimiento son realidades bien distintas, si bien del todo coherentes. Como bien señala BONSIGNORI, *Il Fallimento*, Milano, 1986, pg. 579 debe subrayarse que la verificación del pasivo tiene una doble finalidad, de un lado lograr la individualización de los acreedores y, de otro, la verificación de la medida de sus poderes de agresión sobre los bienes del deudor común. No pierden actualidad las palabras de PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de Quiebra*, II, Barcelona, 1958 (RAMÍREZ (traducción de), pg. 439 cuando asevera que la síntesis de esta comprobación legítima también la apertura y el progreso de la ejecución colectiva, de lo que es buena prueba que, si no resulta pluralidad de acreedores, el procedimiento se cierra por haberse comprobado que no es legítimo.

168 CARRASCO PERERA. A. *Los Derechos de Garantía en la Ley concursal*, CIVITAS-THOMSON. Tercera Edición. 2009. Una visión muy relevante de la problemática concursal en España nos la otorga el profesor Carrasco Perera en el Prólogo a la primera edición de este celebrado libro, referencia esencial en materia de garantías, concluyendo: "En ningún otro espacio del Ordenamiento Jurídico como el concursal se aprecia la general y pavorosa inoperancia del Derecho. Es inexplicable el optimismo de nuestros legisladores, y de quienes les jalean, cuando se creen que el Derecho concursal constituye una poderosa contribución a la justicia y a determinados fines de naturaleza social y económica. Es asombroso como maduros juristas y operadores económicos prudentes afirman que la modificación de nuestro Ordenamiento concursal es un acontecimiento de gran importancia, y enormemente esperado. Y la mayoría de ellos no lo espetan por cinismo. Cuando la ley concursal se pone al servicio de fines de política legislativa ajena a los acreedores, se ignora gravemente cuál es la condición humana, los motores del animal racional -un ser puramente egoísta-, la existencia de intereses no cooperativos en la quiebra, la creación de incentivos perversos, la catadura, la ralea de los sujetos que hacen quebrar las empresas, que en la mayoría de los casos son unos tramposos, la poca importancia social que tiene el que un empresario, unos propietarios, unos managers, continúen mangoneando la empresa que ha podido llevar a la ruina a muchos pequeños acreedores, la futilidad de mantener temporalmente con vida a una unidad económica por la que, si se subasta ahora, no daría un duro el que a grandes voces propugna que se mantenga, la risible creencia de que un abogado y un auditor o economista pueden estar dotados de una sagacidad empresarial más aguda que la de quienes han arruinado o vaciado la empresa; se ignora la facilidad con la que se hacen planes de viabilidad y su contenido. Y si rebajando el alcance de nuestras pretensiones, quisiéramos limitar los efectos de la Ley concursal a los de una simple técnica liquidatoria justa, se ignorarían igualmente los enormes costes de transacción de cualquier paso, de cualquier movimiento, de cualquier impulso, que pretenda realizarse dentro del procedimiento concursal; se ignora la resistencia que opone el medio opaco de los intereses donde se mueve el concurso; se ignora que en estos menesteres la sustancia de la regla es nada, y el espabilarse lo es todo, que da igual que regla de Derecho utilicemos, cuando tienen que manejarla un acreedor, su procurador, su abogado, tres administradores concursales (normalmente muy ocupados en otros menesteres), el procurador del concurso, el abogado del concurso, el juez del concurso (acaso en régimen de suplencia), el secretario del juzgado. Y mientras incidentes van y vienen y los costes terciarios se disparan, los bienes han desaparecido, o nadie se molesta en averiguar dónde están. El Derecho, como la religión escrita, puede llegar a ser una obra de arte, aunque pueda estar condenado a no ser otra cosa que eso. Consolémonos pensando que el inconmesurable producto del ingenio humano que es el Corpus Iuris de Justiniano vio la luz cuando ya apenas había territorio en el que aplicarse ni hombres sobre los que regir".

169 GARCÍA PITA Y LASTRES, JL. "La separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación". En la obra colectiva, *La liquidación de la masa activa*, VI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia "In

marco de un sistema de colaboración público- privada.

### **El protagonismo de la administración concursal.**

Ergo, constitutivamente, y, sin duda alguna, complementariamente al camino de insinuación del crédito, corresponderá a la administración concursal configurar la masa pasiva, determinar su realidad y decidir la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto, sin perjuicio de la facultad de impugnación de la lista de acreedores, que a los interesados en el proceso corresponda en vía jurisdiccional. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o que, por cualquier otra razón, constaren en el concurso y llegaran al conocimiento de la administración concursal.

Es decir, en el sistema español, la administración concursal asume la obligación de configurar la masa pasiva real, regulando, de forma concreta, determinados supuestos de obligatorio reconocimiento para determinados créditos que, con el soporte correspondiente, llegan a su juicio (artículo 86 LC), por cualquier medio, y, especialmente, por los registros públicos, o, en los concursos de sociedades, por la evidencia de la contabilidad social. Así se puede decir que se impone por la Ley, una labor, ciertamente, inquisitiva en esta fase del proceso, que encuentra su fundamento material en el objetivo de alcanzar un sistema financiero sano, en un marco de confianza sustancial en el funcionamiento de la economía real, que solo puede otorgar la seguridad jurídica, en este caso, liderada por un órgano judicial proactivo que asume la responsabilidad de indicar lo que se debe y a quién se debe. El sistema así configurado funciona, puesto que evita que las corruptelas estratégicas o el juego de las eventualidades procesales, determine o establezca marcos de beneficio de unos acreedores en detrimento de otros. De los que ostentan poder o relación con el acreedor, en perjuicio de los que, incluso, pueden tener dificultad para conocer el proceso concursal.

Ergo podemos explicar la regulación legal, que establece un marco de reconocimiento necesario, más intenso, indicando que se incluirán necesariamente, es decir, que la administración concursal, bajo su responsabilidad, no puede dejar de incluir dentro de la masa pasiva, en la lista de acreedores, aquellos créditos que (i) hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, (ii) los que consten en documento con fuerza ejecutiva, (iii) los reconocidos por certificación administrativa, (iv) los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y (v) los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

En su consecuencia, si el crédito consta en los libros y en los documentos, en la contabilidad de la concursada, en los registros; si concurren evidencias razonables de su existencia que lleguen al conocimiento de la administración concursal, el hecho de que la comunicación hubiese sido realizada de forma tardía, o que no fuera realizada, no determinará la exclusión o la subordinación forzosa inherente a la insinuación extemporánea. La comunicación fuera de plazo, o la no comunicación, puede ceder ante la constancia del crédito en cualquier forma que pueda ser detectada por la administración concursal, y ostente un soporte razonable, y hubiera sido recogida de oficio, por la administración concursal, en la lista de acreedores.

La norma vincula la gestión de la administración concursal con un evidente marco de protección del acreedor, en el seno del proceso, con la finalidad de identificar con plenitud la masa pasiva. El objetivo del proceso concursal y preconcursal, es la solución de la insolvencia; objetivo imposible de alcanzar si el procedimiento previsto legalmente en el seno del proceso, para identificar y concretar la masa pasiva no es exhaustivo y permite que queden o resulten créditos extraconcurrales que puedan, eventualmente, pretender su existencia y vinculación, una vez finalizado el concurso o de forma alternativa al mismo.

Dice la norma (art 92.1º LC), que son créditos subordinados los que hayan sido insinuados con posterioridad al plazo legal para esa comunicación. Pero exceptúa (i) a determinados créditos públicos y laborales según prevé el artículo 86.3 LC;<sup>170</sup> (ii) los que resultare su existencia de la documentación del deudor; (iii) los que consten en documento con fuerza ejecutiva; (iv) los asegurados con garantía real inscrita en registro público; (v) los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial; y (vi) aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las administraciones públicas.

Evidenciamos, por lo tanto, un intenso protagonismo de la administración concursal. El denominado reconocimiento forzoso<sup>171</sup> opera por la cualidad y calidad de esos créditos, ya que son créditos que constan documentados o, en su caso, creados constitutivamente bajo el amparo de ciertos institutos, documentos, resoluciones o registros que acreditan fehacientemente la existencia y veracidad de tales créditos, y no resulta razonable a la administración concursal dudar de su veracidad y cuantía. Constituyen el pasivo y, aunque no fueran insinuados, no pueden dejar de constituirlo, porque su realidad es incuestionable, razón por la que la administración concursal no debe cuestionar su existencia, y debe, en todo caso, reconocerlos y calificarlos conforme a lo establecido por la Ley. Que podamos hablar de un reconocimiento forzoso nos pone en la pista del grado de intervención y del relevante papel de la administración concursal en la protección del crédito y de los acreedores. En definitiva, en la configuración del pasivo real de la concursada. Intervención que se extiende a la actuación judicial, dado que la lista de acreedores es susceptible de ser objeto de impugnación a través del correspondiente incidente que concluye con una Sentencia que tiene por objeto determinar la cuantía y la calificación del crédito, abundando en el concurso como proceso y en los efectos de cosa juzgada.

### **La regulación del denominado reconocimiento forzoso.**

En esta línea de reconocimiento forzoso, quizás mejor definida, ahora, como de oficio o cuasioficio, aparece el artículo 87 de la Ley concursal, con una serie de supuestos que se denominan especiales de reconocimiento que vienen a ratificar las consideraciones realizadas que se pueden resumir en un postulado que es el que defendemos en este trabajo: lo que se pretende por la Ley, con fuerza de cosa juzgada, es la determinación real del pasivo concursal; resultando

---

170 Artículo 86.3 LC: "Cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de Derecho Público o de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición. Para el caso que, por ausencia de datos, no fuera posible la determinación de su cuantía deberá reconocerse como crédito contingente"

171 BERMEJO, N. «Art. 86. Reconocimiento de créditos», Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. Dir. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008, pg. 1545 quién recuerda que el fundamento lo debemos encontrar en que quien tenga acreditada a su favor la existencia de un derecho no debe soportar que su pretensión sea puesta en entredicho por la administración concursal.

que lo que no esté en la lista de acreedores que resulte firme en el proceso concursal, no estará, ya, en el mundo. Este reconocimiento de oficio opera por la cualidad y calidad de unos créditos debidamente documentados conforme a su régimen legal específico y que acreditan fehacientemente la existencia y veracidad de los mismos. El estudio de esta norma nos pone en el elevado nivel de protección que la Ley concursal busca o pretende, en favor de los acreedores y del sistema financiero en general. Si sobre los acreedores recae una obligación de alegar e insinuar, resulta evidente que existen otras vías, igualmente obligatorias, para configurar el pasivo real determinado por los créditos contra el deudor común (art. 84 LC), con la única excepción de aquellos que tengan la consideración de créditos contra la masa, que recaen en el órgano judicial administración concursal.

Se establece y regula en el indicado artículo 87 de la Ley concursal<sup>172</sup> el régimen obligatorio aplicable, (i) en primer lugar, a los créditos sometidos a condición resolutoria que se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición; (ii) también se regulan los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, que son constituidos por los créditos comunicados por las administraciones públicas por medio de sus certificaciones administrativas que gozan de presunción de veracidad, que deben ser reconocidas literalmente por el administrador concursal, sin perjuicio de la facultad de impugnación en vía económico-administrativa<sup>173</sup>; (iii) igualmente se hace referencia a los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos que deberán ser reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda; (iv) a los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal que se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión; (v) o los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero que se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, tiene pleno sentido lo que establece el artículo 49 de nuestra Ley concursal:<sup>174</sup> declarado el concurso, todos los acreedores del deudor,

---

172 VEIGA COPO, A. "El reconocimiento de créditos sin comunicación previa". Anuario de Derecho Concursal 16/2009. CIVITAS. PAMPLONA. 2009. "Esta situación no empece, sin embargo, para que el acreedor o potencial acreedor no adopte una postura proactiva, lejos precisamente de la más que aparente pasividad que en estos supuestos recoge o induce el propio legislador. Sabido es que la norma concursal establece la integración universal de todos los acreedores en la masa pasiva, integración o sumisión al proceso ope legis, sin que sea preciso actuar o enervar nada,... Estrechamente unido al principio de concursalidad está la obligatoriedad del procedimiento de verificación para cuantos traten de hacer valer sus pretensiones crediticias y patrimoniales en el concurso. Y ese tratar de hacer valer sus pretensiones se traduce en la obtención de un título suficiente y habilitante para poder participar en el concurso.."

173 No tenemos margen para analizar en este trabajo la problemática del crédito tributario en sede concursal y su peculiar o especial régimen. Por todos, FRAILE FERNÁNDEZ, R. "La posición del Crédito Tributario en el Concurso de Acreedores". Primera Edición. ARANZADI. 2014. HERRERO CANO, M. "El Crédito Público Tributario en el Concurso de Acreedores". TIRANT. VALENCIA. 2014. GARCÍA GÓMEZ, A. "La posición de las Administraciones Tributarias en el concurso a propósito de la reforma de la Ley 38/2011". Revista Quincena Fiscal num. 14/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012. En todo caso, se puede considerar que la radicalidad del sistema de reconocimiento establecido, ratifica la consideración de que la Ley concursal busca determinar y, en su caso, hacerlo constitutivamente, la totalidad del pasivo del deudor.

174 BELTRÁN SÁNCHEZ, E. "De los efectos sobre los acreedores". Comentario al artículo 49 de la Ley concursal. Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008. El Profesor BELTRÁN, nos ilustra con su habitual claridad explicando la universalidad del concurso, considerando que se incluyen en la masa todas las clases

ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. Por lo tanto, para concluir que a un disidente, no le afecte el proceso concursal, y pueda mantener algún derecho futuro, alguna expectativa, habrá que buscar un régimen legal concreto que lo exceptúe del postulado nuclear que establece el artículo 49. La conclusión a que nos debe llevar todo el sistema legal establecido es que si no existe esa norma de rango legal que lo establezca, el crédito del disidente no reconocido, se extingue; puesto que superados los plazos y las oportunidades establecidas en el procedimiento concursal, carecerá de acción para su reconocimiento y, en su caso, ejecución.

### **La clasificación de créditos y el sistema de privilegios.**

Que el sistema concursal irrumpe con radicalidad y especialidad en el pasivo del deudor, resulta evidente si nos adentramos en el análisis de la clasificación de los créditos. Después del auto de declaración del concurso, nada, nunca, volverá a ser igual. El efecto, determinado por la Ley, es intenso. Consideramos necesaria una breve exposición, para comprender que no es posible introducir nuevas categorías; y que no pueden ostentar tal condición, en ningún caso, los denominados créditos no concurrentes. Debemos, con la finalidad de respetar los límites preestablecidos de extensión, omitir el análisis de créditos y acreedores -masa, acreedores necesarios, etc- cuya estructura y existencia vienen a ratificar que su origen está, siempre, establecido por la Ley, en la dinámica de exhaustividad en del pasivo.

Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasifican en créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. Clasificar créditos, en la Ley, implica una opción por parte del legislador, que, esencialmente, cuestiona la par conditio creditorum, en beneficio de la vigencia de principios de proporcionalidad y preferencia, que postergan a determinados acreedores concursales frente a otros. Si con el concurso se pretende maximizar las posibilidades de cobro de todos los acreedores,<sup>175</sup> los criterios de degradación o sobrevaloración de determinados créditos, deben ir orientados a respetar dicho propósito. Por ello la intervención del Estado, del legislador, en este punto, debe ser valorada en función de si sus decisiones mejoran o no las posibilidades de que todos los acreedores recuperen sus créditos, total o parcialmente. Algunos relevantes autores<sup>176</sup> se plantean que probablemente la clave de un correcto sistema concursal pase por una drástica reducción y a la vez racionalización de los privilegios, que han generado un verdadero bosque intransitable.

A la ley concursal española del 2003, le ha tocado enfrentarse, en su tierna juventud, a una de las mayores crisis del siglo XX, en clave española, pero vinculada a la gran recesión mundial, que comenzó a finales del año 2007 con la quiebra de algunos bancos de inversión estadounidenses y la crisis de las hipotecas subprime, en cuyo período destaca la impactante quiebra de Lehman Brothers. Una crisis esencialmente financiera, en cuyo núcleo se puede hablar de crisis en el funcionamiento de los créditos y de los privilegios. Por ello, la ley concursal hispana, a pesar de ser un buen texto legal, con aspiración de permanencia, superador de una previa situación de grave

---

de acreedores, es decir, los privilegiados, los ordinarios y los subordinados; y exponiendo las excepciones a este principio de universalidad, que, únicamente serán las establecidas a nivel legal.

175 JACKSON, Logic and limits of Bankruptcy Law. Cambridge, Mass, 1986. VANESA FINCH, Corporate Insolvency Law. 2º Ed. Cambridge 2009.

176 VEIGA COPO. A "La Masa Pasiva del Concurso de Acreedores". Pags 646 y 647. CIVITAS. 2º ed. 2012.



dispersión normativa que dificultaba en extremo la gestión de la insolvencia, ha sido vista y utilizada por el Legislador como un elemento central en las políticas económicas diseñadas para salir de la crisis, sometiéndola a sucesivas reformas que han olvidado, y perturbado, en muchos casos, el funcionamiento institucional de la norma, desequilibrándola, para articular la defensa de determinados intereses concretos, directamente enfrentados con la finalidad esencial de que todos los acreedores cobren sus créditos o que el sistema se convierta en un cauce real que les permita cobrarlos, total o parcialmente, en un ámbito institucional de equidad y de mutua colaboración para tal fin.

Los privilegios, en clave preferencia convencional, en principio, son necesarios para tutelar, fundamentalmente, el sistema crediticio y su relación con el riesgo, estableciéndolo legalmente por su objeto y por sus elementos subjetivos. Ciertamente se enfrenta a la vigencia de un principio de igualdad, la *par conditio*, pero encuentra su razón de ser en un funcionamiento institucional en cuanto parte de fuentes legales, típicas, que determinan la imposibilidad de crear nuevas prelación al margen de la Ley, otorgando seguridad jurídica en su reconocimiento, su calificación y su ejecución. Se trata del establecimiento de un régimen de prelación derivado de una concepción económica capitalista, inherente a economías bancarizadas, en las que las estructuras hipotecarias suelen permitir escenarios de financiación a bajos costes financieros, y, sin embargo, eficientes en sede de ejecución crediticia.

Sin embargo su utilización por el Estado, como herramienta de política económica puntual, implica, o puede implicar, una desnaturalización del sistema institucional regulador de la insolvencia, una perturbación radical del equilibrio intrínseco del procedimiento, judicial o extrajudicial, generando, sobre la base de la legislación del caso concreto, un problema grave de seguridad jurídica directamente vinculada con la lamentable tendencia a la motorización legislativa.

Vamos a analizar el escenario legal español para profundizar en estas consideraciones.

### **Créditos con privilegio especial y general.**

En el Derecho de la tutela del crédito existe una distinción básica entre derechos de preferencia de origen legal y derechos de preferencia de origen convencional. Aún con ciertos matices, se puede decir que la Ley concursal responde, básicamente, a dicho esquema.<sup>177</sup> Son créditos con privilegio especial (art 90 LC), fundamentalmente de origen convencional, los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados; también los garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado; los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. Otorga la Ley concursal privilegio a los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de

---

177 GARRIDO, JOSE M<sup>a</sup>. "De la clasificación de los créditos". Comentario al artículo 89 de la Ley concursal. Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008. Este autor dice que según la teoría más ortodoxa, los privilegios solo son los derechos de preferencia atribuidos por la Ley, en razón de las especialidades del crédito y sin intervención de las partes. Sin embargo, destaca que la Ley concursal a lo largo de todo el articulado ha prescindido de esa distinción fundamental entre causas de preferencia de origen legal, puesto que la Ley agrupa los créditos con derecho de preferencia bajo la común rúbrica de créditos privilegiados, con lo que se emplea el término "privilegio" en un sentido atécnico, como sinónimo de preferencia.

bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. Por último, se concede privilegio denominado especial, a los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados y a los garantizados con prenda, incluso sobre créditos futuros, constituida en documento público.

Evidentemente, la norma vela por el cumplimiento de la forma en la constitución del respectivo crédito, puesto que para acceder a la calificación privilegiada, es necesario que el crédito y su estructura de garantía se encuentre constituido con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros.

Una relevante novedad introducida por la Ley 9/2015,<sup>178</sup> es la limitación cuantitativa de los efectos jurídicos del privilegio, estableciendo que solo alcanzará el noventa por ciento del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94 de la Ley concursal. Esto implica que la parte del crédito que no cubra la garantía, será reconocida según su naturaleza, es decir, como ordinario o subordinado. Una relevante novedad superadora de un régimen legal que permitía un reconocimiento teórico de privilegios basados en la mera constitución de segundas y sucesivas garantías reales desvinculadas del valor, sobre la constancia de la garantía en forma. Ergo vinculando la calificación privilegiada al valor de la garantía, y limitándolo al 90% de su valoración por tasación oficial, se pretende cumplir con la finalidad del privilegio sobre la cosa, e, igualmente, se pretende no desvirtuar la ejecución sobre el resto del patrimonio, o la posición relativa del resto de los acreedores.

Una segunda categoría viene establecida por la denominada, créditos con privilegio general (art. 91 LC). Son constituidos por la Ley, quizás, se puede considerar, como todos los que disfrutan de preferencia. En todo caso, al no estar puestos en relación con el valor de un bien o un derecho, se puede decir, se debe concluir, que es el voluntarismo del legislador, sin control, el que establece qué créditos van a gozar de esta preferencia.<sup>179</sup> Su peculiaridad estructural consiste en que estos créditos se hacen efectivos y afectan a todo el patrimonio del deudor, con excepción de los créditos concursales privilegiados especiales y aquellos que tengan la condición de créditos contra la masa (art. 84 LC). La enumeración de los privilegios recogidos en el artículo 91 de la Ley concursal, que mantenemos para facilitar el seguimiento por parte del lector no familiarizado con el Derecho español, establece un orden de gradación y preferencia,<sup>180</sup> como veremos. En términos

---

178 Probablemente, siendo consciente en legislador del uso abusivo que los operadores financieros protagonizaron durante la crisis, utilizando los mismos como una vía para eludir los efectos concursales sobre sus créditos y sobre sus posiciones acreedoras en general. En este sentido podemos recordar que se ha llegado a proponer en el caso de security interest priority de limitar su derecho de ejecución a solo una fracción de la colateral. Así, SCHWARTZ, "Priority contracts and priority in Bankruptcy", Cornell L.R., (1997), pag. 1396; BEBCHUK/FRIED, "The Unesay Case for the priority of secured claims in Bankruptcy". Yale L.J. (1996). Pag.857. Propone una fixed fraction del 75%. HUDSON, "The Case against secured lending", IRLE, 1995. Pag. 45. Quien propone que si se discute la fracción se decanta por situarla alrededor del 80%.

179 GARRIDO, J. M<sup>a</sup>, Comentario al artículo 91", pg. 1638, Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. Dir. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008 advierte que «En los privilegios generales se ha manifestado más claramente la voluntad legislativa de revisar todas las situaciones que el Derecho contemplaba como merecedoras de una preferencia, pero, en realidad, más que una reducción de los privilegios se ha producido un reajuste, ya que algunos privilegios han sido eliminados o privados de efectos en el concurso, mientras que nuevos privilegios generales han sido incorporados»

180 TOBÍO RIVAS, A. "Los privilegios en la Ley concursal. ¿Reducción o reordenación?". BIB 2010\202. ADC num. 20/2010. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010. Quien concluye que con su estudio se ha querido poner de manifiesto

generales, la doctrina destaca que, de un primer examen de este privilegio general, se puede deducir que la causa por la que a determinados acreedores se les concede alguna preferencia radica en la situación de cierta dependencia o subordinación en la que se encuentran respecto del deudor concursado. Una posición especial que justifica un trato diferenciado. En su causa, se encuentran los valores que se han querido proteger mediante la concesión del privilegio, en función de condiciones subjetivas del acreedor o elementos objetivos que se pueden identificar diferenciadamente en la estructura crediticia. En todo caso, intereses concurrentes que no responden al funcionamiento de las instituciones concursales, han permitido la entrada de privilegios no fácilmente justificables, cuestión que, en este trabajo, necesariamente descriptivo en este extremo, dejaremos a la consideración del lector especializado.

La Ley concursal establece como créditos con privilegio general: (i) los créditos por salarios y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, estableciendo un límite cuantitativo en función del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento; (ii) las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso, y los capitales coste de Seguridad Social y los recargos de prestaciones a pesar de su naturaleza sancionadora. Se pone de manifiesto aquí la condición de España como Estado Social, extendiendo al ámbito concursal la tradicional discriminación positiva a favor del trabajador, propia del Derecho del Trabajo.<sup>181</sup> También regula como privilegiadas con carácter general, las (i) las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, es decir cuantías retenidas por la concursada en sus funciones de gestión de crédito público y que deben ser ingresadas por haber sido previamente retenidas; (ii) Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente<sup>182</sup> y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso; (iii) los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial ni del privilegio

---

que la pretendida reducción y simplificación de los créditos privilegiados en la Ley concursal no ha sido una realidad, evidenciando una regulación con muchos puntos débiles.

GARCÍA PÉREZ, C. L. / LECIÑENA IBARRA, A. / MESTRE RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> L., Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico, Reus, Madrid, 2009.

181 En un hermoso texto que no me canso de leer, el artículo 1 de la Constitución española dice que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por ello esta descripción conceptual que responde a la definición del Estado liberal de Derecho, democrático, recibe el enriquecimiento propio del Estado Social, que obliga a los poderes públicos a articular políticas de defensa de los trabajadores, en el marco de la economía de mercado

182 PÉREZ TROYA, A. "Privilegio del Trabajo no Dependiente y del Derecho de Autor". ENCICLOPEDIA DE DERECHO CONCURSAL. T II. Obra Colectiva. Dir. BELTRÁN-GARCÍA CRUCES. Destaca esta autora que se aúnan bajo este privilegio de neto carácter subjetivo, dos distintos tipos de créditos (privilegio del trabajo no dependiente y privilegio del derecho de autor) sobre la base de entender "... que los acreedores por uno y otro concepto, ... tienen una posición merecedora de tutela preferencial. Este merecimiento se debe a razones análogas a las del privilegio general de los créditos laborales que ocupa el primer rango en el orden de graduación de los créditos con privilegio general, por lo que su fundamento según suele destacar la doctrina, reside en la consideración de la debilidad sustancial de los sujetos titulares de los créditos frente a la contraparte devenida insolvente, al mismo tiempo que, además, como se puntualiza por un sector, se tutela el valor del trabajo personal y creativo en tanto que medios generadores de dignidad personal y de sustento para las personas que lo realizan ... Pese a lo anterior, también hay que advertir que la justificación del privilegio viene siendo cuestionada desde determinados sectores, tanto respecto del autor, considerando que no siempre el creador será un contratante débil, como, sobre todo, en relación a los créditos derivados del trabajo personal no dependiente, en la medida que la frontera entre quienes gozan de privilegio o quedan excluidos del mismo puede resultar difícil de trazar en algunos casos, con el consiguiente peligro de interpretaciones extensivas contradictorias con el principio de par conditio creditorum e incluso con el propio fundamento del privilegio."

general del número 2.º del artículo 91, con el límite del cincuenta por ciento de su importe. Obsérvese, en el marco de las potestades del legislador, la sistemática de sobreprotección del crédito público, ciertamente discutible, en cuanto implica que el Estado da la espalda a la crisis de sus ciudadanos, tanto frente al deudor, al que somete al privilegio, como frente a los restantes acreedores, a los que desplaza, sin un fundamento claro. Las crisis, en los Estados con economía de mercado, son cíclicas, inherentes al sistema; y, lamentablemente agravadas, en muchos supuestos, por la intervención del Estado. Pues bien, ese mismo Estado que ostenta una organización que somete a sus ciudadanos a crisis cíclicas y que balbucea en las medidas a adoptar cada vez que aparece una, aprovecha su capacidad normativa y se arroga de una posición que perjudica el patrimonio del deudor y, especialmente, al resto de acreedores, habitualmente ordinarios, que sin tener responsabilidad macroeconómica causal, en la crisis, terminan soportándola y financiándola. El privilegio del crédito público, en mi opinión, carece de fundamento institucional, puesto que su causa material la encontramos en las necesidades meramente financieras del propio Estado. Una administración pública democrática no puede, no debería, inhibirse ante las crisis y abstenerse en el juego del riesgo financiero de sus ciudadanos. Debería participar activamente, como uno más de los acreedores, aportando, desde la lícita defensa de sus créditos, liderazgo y compromiso, a través de funcionarios representantes con elevada formación técnica, capaces de incorporar y aportar al conflicto de la insolvencia, criterios objetivos, independientes y transparentes.

En el número cinco del artículo 91, también como crédito con privilegio general, se regula y se concede a (i) los créditos por responsabilidad civil extracontractual y los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; (ii) a los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería en el marco de un acuerdo de refinanciación que responda a una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, y respondan a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad empresarial o profesional a corto y a medio plazo; una importante novedad que se coordina con la regulación del artículo 84.2.11 de la Ley concursal que concede la condición de créditos contra la masa al cincuenta por ciento de los nuevos ingresos de tesorería que respondan al concepto de refinanciación; y (iii) por último concede la Ley preferencia a los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso - concurso necesario- y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

### **Créditos ordinarios.**

Son, según el tenor del artículo 89 de la Ley concursal, todos aquellos créditos que no ostentan la condición de privilegiados ni subordinados. Como ha destacado la doctrina, son definidos en sentido negativo, constituyendo la denominada clase residual de acreedores. Por lo tanto, siempre que no pueda establecerse con claridad un privilegio, salvo que proceda su subordinación, los créditos serán ordinarios.<sup>183</sup> Como lo serán si exceden los límites establecidos por la Ley en la determinación y descripción de las preferencias especiales o generales. Por ello se puede hablar

---

183 Sin perjuicio de esta consideración, en algunos casos la Ley concursal califica el crédito como ordinario: Así para el supuesto previsto en el artículo 81.2 LC, o lo dispuesto en el artículo 47.2 para el derecho de alimentos. Asimismo lo dispuesto en el artículo 217 LC que al amparo del principio de reciprocidad en materia de reconocimiento internacional de créditos, incluye a los créditos tributarios y de la Seguridad social de otros Estados como ordinarios.

en la concepción del sistema de una presunción de ordinariedad,<sup>184</sup> que es necesario vencer, en un sentido o en otro, para llegar a la clasificación de un crédito como privilegiado o subordinado. Esta presunción es una consecuencia lógica del principio de tipicidad y legalidad de todo el sistema, e inherente al principio de proporcionalidad en el pago, a la par *conditio creditorum*. Constituyen, en definitiva, el grupo que va a sufrir con mayor intensidad el desequilibrio patrimonial constitutivo de la insolvencia que se ponga de manifiesto en la fase de liquidación, porque carecen de cualquier derecho de preferencia. De hecho, son los que han financiado la crisis de las empresas españolas, que se ha sufrido desde el año 2008 hasta el 2012. Y continúan haciéndolo, siempre, en caso de insolvencia. Este grupo, más que ninguno, ha cargado con las consecuencias cíclicas del sistema, intentando sobrellevar en cadena, las derivadas vinculadas de las insolvencias de unos y de otros, ante la obscenamente neutral mirada del Estado en un ámbito en el que destaca su política de acumulación de privilegios, determinados, únicamente, por sus propias necesidades financieras. No podemos menos que recordar aquí a los acreedores proveedores de las empresas, que han soportado estoicamente la insolvencia de sus clientes, generando cadenas de concursos, causalmente vinculados. Porque ninguno de ellos ostentaba, ni ostenta, la capacidad negociadora, ni de presión, para generar algún tipo de preferencia, como sí ostentaban -y ostentan- acreedores financieros, trabajadores, o el propio Estado que suele hacer gala de un afán recaudatorio absolutamente desmedido. Acreedores no casualmente denominados ordinarios, claramente residuales en la concepción de la Ley y en la realidad económica de sus transacciones comerciales. Son los financiadores de hecho de las crisis microeconómicas.

Estos acreedores son los que esencialmente deben concurrir, insinuar sus créditos para que los mismos sean reconocidos, recayendo sobre ellos esta carga, so pena de quedar sometidos a la información que la contabilidad del deudor concede a la administración concursal, o a los indicios que pueda encontrar, o a los efectos de una comunicación extemporánea que determina su subordinación. Y son, en definitiva, sobre los que recae el peso de la aprobación del convenio, poseyendo derecho de voto, pero quedando sometido, íntegramente, a su contenido. En todo caso, dentro de este sombrío panorama, debemos poner de manifiesto que tienen derecho a votar a favor o en contra, a asistir a la Junta y también tienen derecho de información (art. 120 LC), pudiendo solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos. Además, estarán legitimados activamente para articular judicialmente su oposición al Convenio, cuando no hubieran asistido a la junta, o hubieran sido ilegítimamente privados del voto, o votado en contra. En definitiva, debido a la eficacia novatoria del convenio, sus créditos quedarán extinguidos en la parte que alcance la quita, aplazamiento en su exigibilidad por la espera, y modificados por el contenido (art. 136 LC). En fase de liquidación, el punto fundamental, a destacar es el pago, que será efectuado una vez que hayan sido pagados los privilegiados y los créditos contra la masa (art. 157 LC), y a prorrata, manifestación máxima del principio proporcional o de comunidad de pérdidas inherente a todo concurso. En la prorrata se incorpora la parte de los créditos privilegiados no satisfechos con cargo a los bienes o derechos afectos.

---

184 GARRIDO, J. M<sup>a</sup>, Comentario al artículo 89”, pg. 1638, Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. Dir. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008

### **Créditos subordinados.**

El artículo 92 de la Ley concursal regula lo que denomina créditos subordinados,<sup>185</sup> que constituyen una de las novedades que aportó al ordenamiento jurídico español la Ley concursal, sobre la base, también, de un principio de tipicidad y legalidad, por el que se postergan determinados créditos en relación con los restantes. Sus causas son diversas, como veremos, pero sometidas todas ellas a un principio de legalidad, a excepción, quizás de los créditos subordinados por pacto contractual. Estos créditos que sufren íntegramente los efectos novatorios del convenio, únicamente reciben el pago correspondiente al cumplimiento del convenio, una vez hayan sido íntegramente satisfechos los créditos privilegiados y los ordinarios, por lo que la espera en su caso aplicable, comenzará a computarse una vez concluya el cumplimiento de convenio para los señalados créditos. Además, no pueden votar (art 122 LC). En definitiva, la subordinación de origen legal, o, en su caso, por adhesión convencional, implica la atribución de un desvalor a la relación jurídica origen del crédito, por lo que se puede decir que los créditos subordinados constituyen la antítesis de los créditos con privilegio general, que responde, dentro del esquema jerarquizado de la clasificación de créditos a un mayor valor atribuido por la Ley.

El legislador subordina: (i) los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta; (ii) los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor; (iii), los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; (iv) los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; (v) los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93 de la Ley concursal; (vi) los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado; (vii) los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

### **Comunicaciones tardías o alternativas en sede procesal.**

Debemos insistir, en la aparente rigidez del sistema y en que el art. 85 de la Ley concursal disciplina la forma en que ha de procederse a insinuar un crédito concursal en el concurso, en los plazos establecidos. Los Juzgados de lo mercantil y Audiencias Provinciales aplicaban este sistema determinando que la comunicación extemporánea implicaba la sanción de subordinación, o la exclusión del crédito del concurso, si la comunicación tenía lugar una vez presentado el informe del art. 75 LC por la administración concursal. Pero, el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 2011, permite la utilización de la vía incidental del art. 96 de la Ley concursal, como vía de insinuación de créditos al señalar que "es evidente que la regla primera del artículo 92, además de referirse a los créditos "comunicados tardíamente [...] incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores", se refiere a los que, "no habiendo sido comunicados oportunamente",

---

185 ÁVILA DE LA TORRE, A. "Crédito Subordinado". Enciclopedia de derecho concursal. Tomo II. Obra colectiva. Dir. Beltrán-García Cruces, Thomsom-Aranzadi, 2012.



puede incorporar a dicha lista "el Juez al resolver sobre la impugnación" de la misma. Con lo que abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes – y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo—. Se abre así una nueva vía de protección al crédito no comunicado puesto que el artículo 92.1 de la Ley concursal evidencia la posibilidad de distinguir entre créditos comunicados a la administración concursal, tardíamente, y créditos no comunicados a la misma, admitiendo el alto tribunal que se use el incidente de impugnación de la lista de acreedores para comunicar y reconocer un nuevo crédito que en este caso resultaría de la Sentencia resolutoria del incidente planteado. Por lo tanto, vemos que el efecto de la subordinación automática a la comunicación tardía, no es automático.

En este marco debemos destacar una de las principales novedades de la Ley 38/2011 que es la aceptación de comunicaciones de créditos fuera del plazo inicial del art. 21.1.5º de la Ley concursal. Se puede considerar que el art. 96 bis de la Ley concursal, junto a la comunicación temporánea y el incidente del art. 96 en los términos que resultan de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, consagra una tercera vía de insinuación del crédito en el concurso: las comunicaciones posteriores de créditos. Una muestra más de la finalidad de acceder al pasivo real y de que ningún crédito pueda quedar fuera del ámbito concursal. Estas comunicaciones tienen un límite temporal, dado que únicamente pueden tener lugar en el período temporal que transcurre entre la conclusión del plazo de impugnación del Informe provisional y el momento de presentación de los textos definitivos, en los que la administración concursal resolverá sobre tales insinuaciones. La delimitación de este período de tiempo presenta relevantes dificultades.

Hemos dicho que dentro de la aparente rigidez del sistema, el efecto de la comunicación no temporánea es la subordinación crediticia, pero en su ya evidente afán de no dejar a nadie fuera del proceso concursal, la Ley establece, como criterio general la subordinación "salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza" (art. 96 bis .1). Se convierte así en una norma que regula supuestos muy residuales, dado que es muy difícil imaginar, en la práctica, casos en los que un acreedor no conozca o no tenga noticia de su crédito, y pueda acreditarlo; sobre todo teniendo en cuenta el juego del artículo 87, ya analizado.

Por lo tanto, se puede concluir que la posibilidad de no concurrentes en el Ordenamiento Jurídico español resulta casi imposible, en la práctica; y en la regulación legal, como veremos, en nuestra opinión. La obligación de insinuación, junto con las relevantes facultades inquisitivas de la administración concursal, en el marco de un sistema que concede vías sucesivas e, incluso, alternativas de comunicación, sobre la base de un juego de obligaciones de carácter legal, permiten determinar con precisión el pasivo real, pudiéndose considerar que los créditos que no están en el proceso, ya no tendrán acción, excepto que una norma con rango legal y especial al concurso, así lo establezca.

### **Crédito y fase de convenio en el proceso concursal. Algunas referencias a la fase de liquidación.**

La exposición de motivos de nuestra norma califica al convenio como la solución normal, debiéndose entender por tal calificación una mera consideración de preferencia frente a la fase de



liquidación, respetando, siempre la finalidad de maximizar el cobro de los créditos por parte de los acreedores; y no cuestionando la realidad de que las dos soluciones previstas por la Ley concursal para la insolvencia, la fase de liquidación y la fase de convenio, se encuentran en igualdad estructural. El convenio, en todo caso, se ha convertido en una referencia tópica del Legislador, en cuanto acuerdo de voluntades, tramitado por el cauce legal, y aprobado judicialmente, que busca la supervivencia de la sociedad -o de la persona física-, como mejor vía para cumplir con los acreedores, a través de los pactos novatorios articulados por el propio convenio. Vamos a analizar la problemática de los acreedores disidentes o no concurrentes, ahora, tomando como referencia la fase de convenio, porque consideramos que en dicha fase, se observan determinadas peculiaridades que se extienden claramente a la propia fase de liquidación, es decir, a la posición de los acreedores no concurrentes en dicha fase.

### **La eficacia y el cumplimiento del convenio. La extensión subjetiva.**

El artículo 134 de la LC establece que el convenio vinculará al deudor, a los acreedores ordinarios, a los subordinados, por los créditos anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa, no hubieren sido reconocidos. El convenio vincula al concursado, a todo su contenido, que no solamente puede suponer la concurrencia de quitas y esperas; también puede establecer efectos obligacionales alternativos, muy diversos, siempre dentro del límite legal establecido (art. 100 LC). También vincula a los acreedores, porque es un convenio de masa que afecta a todos los créditos devengados con anterioridad al auto de declaración del concurso. Por ello se habla de su naturaleza universal, con plenos efectos a todos los acreedores, hayan comunicado o no sus créditos, hayan sido reconocidos o no; como presupuesto de seguridad jurídica en la determinación del pasivo y en sus efectos concursales. En su consecuencia, a ningún acreedor le interesará no personarse procesalmente, en su caso, o no insinuar su crédito, puesto que la solución final que el proceso concursal alcance, le afectará indefectiblemente, por imperativo legal. Porque el artículo 97 de la Ley concursal establece con claridad que fuera de los supuestos tasados de modificación de la lista definitiva elaborada por la administración concursal, quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario y/o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos. Y la regulación del artículo 97 ter resulta especial, para los supuestos estrictamente contenidos en la norma, y no cuestiona la plena vigencia de dicho principio general, como hemos visto. A pesar de la opinión de algunos autores, la consecuencia de esta regulación es que la lista de acreedores, una vez pasados los plazos de impugnación, o resueltas por Sentencia los incidentes judiciales tramitados, deviene firme, pétrea,<sup>186</sup> sin que se pueda pretender la existencia de ningún crédito anterior al concurso no incluido en dicha lista. La dicción literal del artículo 97<sup>187</sup> no deja lugar a dudas, con la única

---

186 MUÑOZ PAREDEZ. A. "Impugnación del Inventario y de la Lista de Acreedores". Grandes Tratados. Protocolo concursal. Editorial Aranzadi, S.A.U.2013.

187 Artículo 97 Consecuencias de la falta de impugnación y modificaciones posteriores.

1. Fuera de los supuestos de los apartados 3 y 4 de este artículo, quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. 2. Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Quedan exceptuados de este supuesto los créditos comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural.

excepción de lo previsto en los apartados 3 y 4. En coherencia con estas determinaciones, el artículo 136 de la Ley concursal,<sup>188</sup> con ciertas aspiraciones dogmáticas, habla de eficacia novatoria, indicando la afectación sobre los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, y sobre los ordinarios y subordinados que, como consecuencia del convenio, quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

La extensión subjetiva se produce con limitación en el caso de los acreedores privilegiados que únicamente quedarán vinculados si hubieren votado a favor del mismo, o se vinculan con posterioridad.

Destacamos aquí un efecto de extensión o arrastre<sup>189</sup> que regula el artículo 134 de la Ley concursal, estableciendo que quedarán vinculados cuando concurren determinadas mayorías computadas entre acreedores de su misma clase determinada en función de la clasificación que establece el artículo 94.2 de la Ley concursal, resultando necesario alcanzar: (i) el 60 por ciento en su aceptación en los casos en que se trate de convenios no especialmente gravosos por establecer quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito y/o esperas con un plazo superior a

---

3. El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los casos siguientes:

1º Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis.

2º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos.

3º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.

4º Cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1.º

4. Cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito:

1º Respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, únicamente se tendrá en cuenta la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

2º Respecto de los créditos previstos en el artículo 91.2.º y 4.º, únicamente mantendrán su carácter privilegiado cuando el acreedor posterior sea un organismo público.

1º En caso de pago por pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el artículo 87.6.

2º En el supuesto en que el acreedor posterior sea una persona especialmente relacionada con el concursado en los términos del artículo 93, en la clasificación del crédito se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor inicial y al posterior.

3º Fuera de los casos anteriores, se mantendrá la clasificación correspondiente al acreedor inicial.

188 Muy críticos con la estructura de este artículo se muestra ANGEL CARRASCO PERERA, en "Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria". Actualidad Jurídica Aranzadi num. 614. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004. Al considerar que "...predicar del convenio una eficacia novatoria es una declaración legal inconsecuente. No produce resultado típico alguno, y se limita a describir, redundante e innecesariamente, que, con el convenio, acreedores y deudor concursales han modificado de alguna forma sus créditos preexistentes. Lo que es obvio."

189 Que da continuidad a lo regulado por la Ley 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Esta norma modifica el apartado 4 de la Disposición Adicional 4ª LC, en materia de homologación de acuerdos de refinanciación, posibilitando la extensión de sus efectos a acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación, o que hubieran mostrado su disconformidad. Aunque estas previsiones no afecten al convenio, sino a acuerdos de refinanciación, abren una vía por la que avanzarán tanto el RDL 11/2014 como la consecutiva Ley 9/2015.

cinco años; (ii) y el 75 por ciento cuando se trate de un convenio que supere los anteriores umbrales, dentro de los límites establecidos en el artículo 124.1.b) de la Ley concursal. Se trata de una relevante novedad que permite el arrastre de los denominados acreedores disidentes, aunque tengan créditos privilegiados.<sup>190</sup>

### Los acreedores no reconocidos frente al convenio.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto algunos autores consideran que para el caso de no aprobación del convenio, las conclusiones anteriores se complicarían sustancialmente,<sup>191</sup> hablando de una categoría de acreedores no reconocidos, ausentes del concurso o alternativos al mismo, porque en cuanto no concurrentes, no reconocidos, el Convenio les afecta, pero no toman parte en el mismo. Porque, dicen estos autores, es esencial en el proceso concursal que los acreedores comparezcan mediante la insinuación de sus créditos, puesto que el eventual ejercicio -una vez expirado el plazo para comunicar y todos los supuestos para ser reconocido- de acciones que únicamente podrían ser, al menos en teoría, meramente declarativas, pero ante el Juez del Concurso (art 8 LC), dada la imposibilidad de ejecutar fuera del concurso y en su vigencia (art 56 LC) que podría llevar a la declaración de la existencia de un derecho que, eventualmente, podría obtener satisfacción una vez concluido el proceso concursal, porque, se dice, que no se extinguirían al no haber sido reconocidos en ninguna de las categorías que establece el artículo 136 LC, por lo que no le alcanzarían los efectos novatorios, o alcanzándoles -como veremos- únicamente en cuanto a las quitas y esperas, que podría pretender finalizado el concurso por cumplimiento del convenio o finalizada la fase de liquidación. Frente a esta posición no deja de sorprender la dicción literal del artículo 49 de la Ley concursal cuando dice que todos los acreedores del deudor, evidentemente, al momento de la declaración del concurso, quedarán, todos, de derecho, integrados en la masa pasiva. ¿Por qué excluir algunos?

Se dice por estos autores que si el crédito queda al margen del procedimiento concursal, el acreedor no podrá ostentar ningún derecho frente a la masa activa, derivando su hipotético

---

190 RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E. "La extensión subjetiva del convenio: el arrastre de los acreedores privilegiados". Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016 "Es el preámbulo quien utiliza la ilustrativa expresión «arrastre», que el art. 134.3 LC no emplea. Debe reconocerse que resulta muy gráfica como descripción del fenómeno de vinculación de la minoría de los acreedores de una determinada clase y privilegio, cuando la mayoría de sus pares deciden someterse al convenio, puesto que literalmente se ven arrastrados al mismo, lo que hasta la reforma que se comenta resultaba impensable para los acreedores titulares de esta clase de créditos.

Como ya se ha indicado, hasta entonces este apoyo era posible participando en la votación también con el crédito privilegiado. Pero esa decisión voluntaria suponía el sacrificio de la pérdida de beneficios específicos de esa clase de créditos, sin que los demás acreedores de la misma clase padecieran costes semejantes. De este modo se dificultaba que los acreedores privilegiados pudieran participar de forma activa en la adopción de un convenio, pues una minoría podía perjudicar el parecer mayoritario de los de su misma condición. Claramente lo expresa el tan citado apartado III del preámbulo al explicar: «piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores, según los casos, acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor parte posible del crédito pendiente, dichas medidas habrán de ser tanto más duras si el 40 o 25 por ciento restante de los acreedores, no resultan vinculados por el acuerdo mayoritario». Para concluir con las menciones al preámbulo, hay que señalar que la que denomina «previsión novedosa» se explica de forma harto gráfica como «la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias». En definitiva, la mayoría de acreedores con privilegio general o especial de una misma clase pueden conducir a la minoría a pasar por las previsiones del convenio.

191 DÍAZ MORENO, A. "Efectos del Convenio". ENCICLOPEDIA DE DERECHO CONCURSAL. T II. Obra Colectiva. Dir. BELTRÁN-GARCÍA CRUCES.

derecho, al momento de la conclusión del procedimiento. En todo caso, de alguna manera el Convenio les vincula, y el procedimiento también, puesto que deben esperar a la conclusión del concurso; y también tendrán que esperar a finalizar la fase de liquidación, en su caso, sin que puedan beneficiarse de los activos constitutivos de la masa activa para pretender cobrar su eventual crédito no concurrente. En definitiva, los acreedores no reconocidos, se dice, quedan al margen de cualquier mecanismo concursal de satisfacción total o parcial de los créditos contra la masa activa, pero, en alguna medida, resultan afectados por el concurso, según veremos.

En estos autores parece que subyace la idea de configuración de la masa pasiva y la masa activa con una cierta “personalidad jurídica”, propia de un patrimonio separado constituido por la Ley. Pero como dice el Profesor Beltrán<sup>192</sup>, la masa no constituye una persona jurídica ni un sujeto de derecho distinto de los acreedores que la integran, porque entre los acreedores concursales no existe ninguna relación jurídica de naturaleza sustancial, dado que su unión es un hecho procesal. Consideramos que para sustentar esta posición, es decir, excepcionar el alcance del artículo 49 de la Ley concursal, es necesario hacerlo indicando una Ley que lo establezca, porque es la única vía de excepción que concede el artículo 49 LC.

No podemos olvidar que la lista de acreedores, firme, definitiva, pétrea, otorga un momento preclusivo para el reconocimiento de los créditos, determinando que los acreedores que no consten reconocidos en dicha lista, no podrán tomar parte en el procedimiento concursal ni en ninguno de sus efectos. Por ello no son acreedores subordinados, que solo lo serán los que hayan comunicado tardíamente su crédito (art. 92.1º LC), ni tampoco estarán en ninguno de los supuestos analizados sobre modificación de esa lista definitiva, que deben ser analizados y aplicados restrictivamente. Podríamos considerar que no tiene sentido alguno equiparar -no concurre identidad de razón para un tratamiento analógico- al acreedor que insinúa su crédito, aún de forma extemporánea, con el que ni siquiera aparece en el proceso, pudiendo generar una situación de desequilibrio en la propia fase de cumplimiento de convenio, prevista para un plan de pagos con un pasivo determinado en función de la lista definitiva, con la irrupción de créditos no contemplados en el plan de pagos y en el plan de viabilidad. La seguridad jurídica, en base a una interpretación literal de la Ley concursal, creemos que nos obliga, por lo menos, a plantearnos como alternativa considerar que los créditos anteriores al auto de declaración del concurso, no insinuados ni reconocidos, en ninguna de las oportunidades procesales que concede la Ley concursal, se verán extinguidos, excepto que alguna Ley de forma expresa establezca una excepción (artículo 49 de la Ley concursal).

### **Las posturas del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión, muy reciente, de enfrentarse a esta cuestión en Sentencia número 655/2016 de fecha 4 de noviembre, recaída en el Recurso de Casación 707/2014. El alto Tribunal parte de una consideración vinculada a la admisión del cauce del incidente concursal que impugna la lista de acreedores para el reconocimiento de créditos, que consiste en reconocer que un acreedor puede tener algún interés legítimo en obtener un pronunciamiento judicial, más allá de la esencial, inherente al proceso, pretensión de ser reconocido en la lista de acreedores. Es decir, para un acreedor no concurrente, dice que “el interés del acreedor persiste porque el crédito no se ha extinguido, y el acreedor en cuestión

---

192 BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “De los efectos sobre los acreedores”. Comentario al artículo 49 de la Ley concursal. Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. ROJO-BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008.

podría reclamar el pago de su crédito con posterioridad a la conclusión del concurso, tanto en el caso de liquidación (art 178 de la Ley concursal) como en el caso de convenio, tras el cumplimiento del mismo, pues el titular de un crédito anterior al concurso que no haya sido reconocido en el mismo, puede reclamar el pago de su crédito tras el cumplimiento del convenio, con las quitas establecidas en el convenio”<sup>193</sup> Aunque no se entiende muy bien, y la Sentencia no lo aclara, no entendemos que se diga, por un lado, que un crédito concurrente mantiene su existencia fuera del concurso, que no se ve extinguido por no haber sido reconocido en su seno, y, por otro lado, se diga que ese mismo crédito, no concurrente, es afectado por el concurso en el efecto novatorio del convenio, únicamente con la finalidad de no configurarlo como de mejor condición. Nada de esto está previsto en la norma, que simplemente, en el artículo 134 LC se limita a indicar que el convenio vinculará a los acreedores ordinarios y subordinados, aunque por cualquier causa no fueren reconocidos. En primer lugar, esto significa: (i) que únicamente pueden no ser reconocidos créditos que pudieran ser ordinarios y subordinados, porque los privilegiados son responsabilidad de la administración concursal y deben, necesariamente, estar en el concurso; (ii) que el efecto novatorio se extiende literalmente, a los ordinarios, subordinados y no reconocidos; (iii) que no es posible, ni lo prevé la Ley, una extensión temporal y patrimonial de los efectos del Convenio, que, de prosperar esta interpretación implicaría un tercer momento de cumplimiento, posterior al previsto para cumplir con los créditos subordinados, en el que se procedería a cumplir con los no concurrentes, en los términos previstos en el Convenio. La Ley concursal no establece nada de esto.

Nos parece una interpretación acorde con el sistema que analizamos y con la literalidad de la norma que es clara, indicar que el artículo 134 LC. implica que el Convenio afecta radicalmente a los créditos ordinarios y subordinados, a los privilegiados adheridos; y frente a los no concurrentes en cuanto, no previstos, o contemplados en el Convenio, aprobado por Sentencia firme, consagrar un efecto definitivamente extintivo, al no haber cumplido con el cauce de reclamación/insinuación previsto en la Ley concursal, legislación especial para casos de insolvencia, en base al carácter especial de la Ley concursal y a la dinámica de obligaciones de constancia y reconocimiento que el sistema establece, y cuyo incumplimiento, por cualquiera de los actores, acreedores y/o administración concursal, determinará la extinción. Y la misma conclusión se alcanza para el caso de liquidación, en el que el efecto de cosa juzgada se ampara en la firmeza de la lista de acreedores, que únicamente puede ser modificada en los supuestos contemplados por la Ley; porque es firme: si no hay impugnaciones, por la superación del plazo previsto para su impugnación; si se impugna, la firmeza deviene de la sentencia o sentencias que resuelvan las impugnaciones.

Dice el Tribunal Supremo que un crédito que no aparezca reconocido en la lista de acreedores no puede ser reclamado durante la fase de cumplimiento del Convenio, pero considera que el crédito permanece vivo y puede ser reclamado, pero afectado por las quitas y esperas establecida en el Convenio. Así, el Tribunal Supremo califica a estos créditos como concursales no concurrentes puesto que no serán satisfechos en el concurso, ni sus titulares pueden tener en el concurso la intervención que la Ley concursal atribuye a los titulares de créditos concursales reconocidos.

En la fundamentación de esta sentencia, parece que el alto tribunal infravalora las analizadas

---

193 En el mismo sentido la Sentencia número 608 del Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre del 2016, recaída en el Recurso de Casación 503/2014.

obligaciones de insinuación de créditos,<sup>194</sup> configurándolas como un apoyo a la labor de la administración concursal, y a los efectos de garantizar la integridad del crédito y el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de acreedor concursal, pero no analiza las consecuencias de la no insinuación, que, literalmente, constituyen un supuesto de incumplimiento de una obligación legal, que es lo que determina -el incumplimiento de la obligación legal- la no concurrencia y sus efectos.

Se adentra también el Tribunal Supremo en esta sentencia número 655 del año 2016, abundando en su fundamentación, indicando en el extremo séptimo del fundamento sexto<sup>195</sup> en relación a los créditos de necesario reconocimiento, que, si eventualmente no son reconocidos por no estar, finalmente, incluidos en la lista de acreedores, serán concursales pero no concurrentes, no pudiendo participar en el procedimiento concursal, ni ostentar ningún derecho frente al concursado.<sup>196</sup> Nos parece esta conclusión un expediente abierto a la inseguridad jurídica, un camino franco creado sobre la base de una *contradictio in terminis*; porque, realmente, hablar de un crédito concursal no concurrente, además de carecer de cualquier amparo legal, supone una evidente contradicción, porque no puede merecer la calificación de concursal, un crédito que no está en la lista de acreedores; que no está en el proceso concursal. Se abre así la vía a un limbo jurídico impropio del sistema. Nos preguntamos -el Tribunal Supremo no lo aclara- por el juego del artículo 139 de la Ley concursal frente a la existencia de estos créditos concursales no

---

194 Considera en el apartado 4 del Fundamento Sexto: “La comunicación de los créditos que, según la ley, tienen la consideración de concursales, por parte de sus titulares, va encaminada a que la administración concursal incluya tales créditos en la lista de acreedores y queden de este modo reconocidos en el concurso, permitiendo a sus titulares tener la intervención que la Ley concursal reconoce a los acreedores concursales, y que los créditos sean satisfechos, en lo que sea posible, en el concurso. Para que la comunicación de créditos pueda considerarse hecha en tiempo y forma, debe realizarse en el plazo previsto en el art. 21.1.5º, del modo previsto en el art. 85, ambos de la Ley concursal, en cuyo caso deberán ser clasificados conforme a su naturaleza.

La comunicación de créditos que se realice por el acreedor una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 85.1 de la Ley concursal pero antes de la presentación por los administradores concursales de los textos provisionales de su informe, de la lista de acreedores y del inventario, ha de considerarse tardía. Otro tanto ocurre cuando se formula la impugnación de la lista de acreedores en el trámite previsto en el art. 96 de la Ley concursal, y en la demanda incidental se solicita el reconocimiento de un crédito que no había sido previamente comunicado a la administración concursal. La duda sobre si la posibilidad de reconocimiento por esta última vía se circunscribe a los créditos comunicados entre la finalización del plazo del art. 21.1.5º y la presentación de los textos provisionales por la administración concursal o se extendía también a aquellos créditos cuya primera comunicación al concurso se hubiera realizado impugnando directamente la lista de acreedores en el trámite del art. 96 de la Ley concursal, fue resuelta, a favor de la segunda opción en la sentencia 316/2011, de 13 de mayo (RJ 2011, 3859)”

195 Extremo 7 del Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia número 655/2016: La previsión de reconocimiento forzoso contenida en el art. 86.2 de la Ley concursal releva a la administración concursal del juicio de hecho sobre la existencia del crédito. Se justifica por el modo reforzado en que se considera acreditada la existencia del crédito, de forma que quien tenga acreditada en alguna de estas formas su crédito no debe soportar que su pretensión sea puesta en entredicho por la administración concursal, ni que, caso de no reconocerse por esta su crédito y verse obligado a impugnar la lista de acreedores, ello suponga la degradación de su crédito a la categoría de crédito subordinado.

Pero si estos créditos no son incluidos en la lista de acreedores, inclusión que puede producirse bien inicialmente porque sean comunicados por los acreedores a la administración concursal o incluidos por esta de oficio, bien mediante la oportuna impugnación de la lista de acreedores por la no inclusión de los mismos en la lista de acreedores, no pueden ser satisfechos en el concurso. Serán créditos concursales pero no concurrentes. Solo los créditos concursales reconocidos en la lista de acreedores son créditos concurrentes en el concurso, que otorgan un derecho efectivo a participar en el procedimiento concursal y a verse satisfecho con la masa activa.

196 Frente a esta consideración se podría reflexionar si pudiéramos estar ante un supuesto de responsabilidad de la administración concursal que deberá responder por el daño causado al acreedor que ha devenido no concurrente como consecuencia de la infracción de los artículos 86 y 87, es decir, por incumplir la Ley por una omisión realizada sin la debida diligencia, ante el incumplimiento de los supuestos de reconocimiento de cuasioficio.



concurrentes. Porque, una vez finalizado el cumplimiento del convenio con el pago de los créditos subordinados, es decir, cumplido el convenio, el deudor solicitará al juez la declaración de cumplimiento; y el juez dictará el correspondiente auto (art. 141 LC) que determina el cese de todos los efectos. Si esto es así, no es posible hablar de la existencia de un grupo de créditos concursales, que por no haber concurrido, existen, y pueden pretender su cumplimiento pero con sometimiento al convenio; porque el convenio ya se ha extinguido por cumplimiento, y así se declara por el juez del concurso.

En definitiva, el Tribunal Supremo sigue lo que podríamos denominar la posición mayoritaria de la doctrina que habla de la supervivencia del crédito de los no concurrentes. Una vez presentado el informe provisional del artículo 75 de la Ley concursal, no caben ulteriores modificaciones, excepto el estricto marco que configuran los artículos 97, 97 bis y 97 ter de la Ley concursal. Sin perjuicio de esta consideración, un acreedor que no haya comunicado y que no hubiera visto reconocido su crédito en la lista provisional, podrá incidentar y conseguir tal reconocimiento, resultando que el mismo, en cuanto comunicación tardía, deberá ser considerado subordinado, tal como hemos visto, excepto que pudiera articular su pretensión judicial justificando que la administración concursal estaba obligada o tenía o debía tener conocimiento por soportes racionales de la existencia del crédito, es decir, que se encuentra en alguno de los supuestos legalmente obligatorios de reconocimiento.

El problema que se plantea, también, viene determinado por la interpretación que sobre el artículo 92.1º concurra, cuando indica que (i) serán subordinados los créditos comunicados tardíamente que no hayan sido incluidos en la lista de acreedores por la administración concursal, (ii) los que no habiendo sido comunicados o habiéndolo sido de forma tardía sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de esta. Algunas resoluciones judiciales han estimado que este supuesto de hecho es el mismo que el anterior y que en todo caso se refiere a supuestos de comunicación efectiva de créditos, considerándose que la impugnación de la lista de acreedores no es un cauce apto para conseguir la comunicación de un crédito;<sup>197</sup> sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia número 316/2011 de 13 de mayo, admite la impugnación de la lista como una forma de comunicación de créditos y resuelve la polémica judicial expuesta por algunos autores.<sup>198</sup> Pero esta conclusión

---

197 Por ejemplo, SSJM Madrid de 25 de mayo de 2005 ( AC 2005, 976 ) , 30 de abril de 2008 con comentario de VEIGA COPO [ ADCon, núm.15, 2008, pgs. 395 y ss.] también las de 17 de diciembre de 2008 ( AC 2009, 261) y 23 de enero de 2009 ( PROV 2009, 129238).

198 DÍAZ MORENO, A. "El tiempo en la comunicación y clasificación de los créditos". ADC 20/2010. CIVITAS. Comenta que un buen (y temprano) ejemplo de la formulación de esta tesis se encuentra en la SJM de Madrid de 25 de mayo de 2005 ( AC 2005, 976 ) , antes citada: «Dentro de los créditos comunicados expresamente, se discrimina a aquellos que lo han sido después de vencido el plazo para la insinuación. A éstos, de comunicación tardía, se les atribuye la calificación de subordinados (artículo 92.1º LC). Sin embargo, el artículo 92.1 LC también prevé la calificación como créditos subordinados de aquellos que «no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta». Pudiera parecer que esta mención abre la vía para que aquellos créditos que no han sido en absoluto comunicados pudieran llegar a formar parte de la lista de acreedores por el trámite de la impugnación de la lista de acreedores. Entendemos que sostener esta tesis supone atribuir al cauce de impugnación de la lista de acreedores una virtualidad distinta a la que la Ley establece. En efecto, impugnar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «combatir, contradecir, refutar». Esta contradicción precisa necesariamente de dos opiniones que previamente han sido contrapuestas. Y no hay contraposición de posturas relacionadas con la confección de la lista de acreedores –que se impugna– si el acreedor no ha insinuado previamente su crédito en el concurso. De ahí que el artículo 96.3 LC deba ser interpretado en el sentido de que la impugnación de la lista de acreedores podrá consistir en la inclusión de créditos, refiriéndose a aquellos que han sido previamente excluidos; o a la exclusión de créditos, respecto de los que han sido incluidos en la lista de acreedores, pero no podrá consistir en otra cosa. No puede mantenerse la tesis de que el artículo 92.1 LC abre una nueva vía –en este caso judicial– para el reconocimiento de



coherente con el sistema y con la pretensión de exhaustividad en la determinación del pasivo, no nos parece coherente con la posibilidad de dejar abierta la supervivencia de créditos ultraconcursoales. Porque, ciertamente -y en esto acierta el Tribunal Supremo- carece de sentido una interpretación restrictiva, especialmente si acudimos al tenor literal del artículo 96.1 de la Ley concursal<sup>199</sup> que otorga legitimación a los acreedores personados y a los no personados que sean interesados. Siendo esto así, no consta en ninguna norma limitación de cognición al juez del concurso, por lo que en su Sentencia podrá decidir lo que proceda sobre la incorporación de un crédito y su clasificación, y esto aunque no se haya insinuado el crédito.<sup>200</sup> De hecho el apartado 3

---

créditos porque dicho precepto hace referencia a los créditos que no han sido comunicados «oportunamente». La «comunicación oportuna» no puede referirse a otra comunicación que no sea la prevista en el artículo 85.1 LC. Cualquier otra comunicación no podría verse calificada legalmente como oportuna.

Hemos dicho que el artículo 92.1 LC no tiene como finalidad abrir un nuevo cauce para el reconocimiento de créditos, porque su fin es establecer reglas para la calificación de determinados créditos como subordinados. Entendemos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente –dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal– pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si como consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos. De ahí que, para los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe (...) excluida la posibilidad de su calificación como de subordinados, no pueda ser otra la consecuencia que la de su exclusión definitiva del concurso». En el bien entendido de que, naturalmente, la irrelevancia del crédito en el concurso propugnada por quienes defienden esta tesis no se traduciría en su extinción. Como explica la SJM de Madrid 23 de enero de 2009 ( PROV 2009, 129238 ), «no es posible concluir que la extinción del crédito se produzca por la falta de reconocimiento, ya que ésta no es ninguna de las causas de extinción de las obligaciones prevista en el art. 1156 del CC. Además si la Ley concursal no ha previsto expresamente esta consecuencia no es posible atribuirle al no reconocimiento la extinción del crédito. Por otro lado si acudimos a los antecedentes legislativos, observamos que en el Anteproyecto de Ley concursal de 1995 se establecía la extinción si no se comunicaba en tiempo, salvo que se tratara de créditos privilegiados y ordinarios para los que solo se establecía la pérdida de rango en su clasificación. El legislador no ha asumido esta opción, lo que nos permite entender que su intención no es la extinción del crédito por no comunicación, sino la imposibilidad de participar en el concurso». A lo cual añade que, como el acreedor quedará privado de los derechos concedidos a los acreedores concursoales, «la única posibilidad que tiene el acreedor no reconocido será esperar a la terminación del concurso e intentar cobrar sobre el eventual remanente que quede»

199 YANES (en Comentarios a la legislación concursal [dirs. ALCOVER, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y PULGAR], I, Madrid, 2004, pg. 873) vinculan la legitimación reconocida en el artículo 96 LC con la posibilidad de obtener el reconocimiento mediante impugnación de la lista de acreedores.

200 En esta línea se orientan un buen número de resoluciones judiciales. Cfr., por ejemplo, SSJM de Alicante de 31 de julio de 2007 ( AC 2007, 1674) y 18 de noviembre de 2009 ( PROV 2009, 474086 y ( PROV 2009, 475345) , que consideran esta interpretación la más coherente con el derecho a la tutela judicial efectiva; SJM de Madrid de 20 de octubre de 2009 ( PROV 2009, 451107) ; también SAP de Alicante de 18 de octubre de 2007 ( AC 2007, 2108) ; SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2008 ( AC 2008, 2043) ; SSJM de las Islas Baleares de 11 de abril de 2007 ( PROV 2008, 357168) y 16 de enero de 2008 ( AC 2008, 349 y AC 2008/350) ; SJM de Málaga de 18 de abril de 2008 [ ADCon , núm.15, pg. 575]; SJM de Sevilla de 7 de febrero de 2006 ( PROV 2006, 299843) ; SSJM de Cantabria de 6 y 29 de junio de 2007 ( PROV 2008, 357142; AC 2008/227) ; de manera implícita sigue también esta tesis la SJM de Barcelona de 27 de febrero de 2006 ( AC 2006, 128) ; por su parte, la SJM de La Coruña de 28 de febrero de 2007 ( ADCon , núm. 13, pg. 481) entiende, muy plásticamente, que el precepto se refiere «a los créditos que se comunican en el período intermedio entre la finalización del plazo de insinuación y la elaboración del informe, o incluso –en una interpretación amplia– a los que se comunican por la vía irregular de la impugnación de la lista de acreedores»

del artículo 96 señala como contenido de la impugnación la solicitud de inclusión de créditos. El Tribunal Supremo cuando dice que: “De lo expuesto se deriva que, aunque pueda considerarse extemporánea la solicitud de reconocimiento de un crédito concursal a efectos de su inclusión en la lista de acreedores y su satisfacción en el concurso, cuestión que será analizada con detalle más adelante, es necesario que el juez del concurso se pronuncie sobre la pretensión de declaración de existencia de un crédito o de otro derecho de contenido patrimonial cuando se ha ejercitado una acción de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado a través de un incidente concursal, para cuyo conocimiento solo es competente el juez del concurso conforme a los arts. 8.1 y 50.1 de la Ley concursal”. La competencia del juez del concurso es incuestionable, y la conclusión es acertada en cuanto permite el acceso al concurso por vía judicial directa, pero no es coherente con asumir la existencia de créditos fuera del concurso, con plena vigencia y posibilidad de ejecución futura.

Continuando con el análisis traemos a colación el tenor literal del artículo 97 LC que determina la firmeza de la lista de acreedores, lo que implica directamente que los acreedores que no consten en dicha lista no serán reconocidos como acreedores concurrentes y, en su consecuencia, quedarán al margen del concurso.<sup>201</sup>

Esta sentencia hunde sus raíces en un sector mayoritario, de la doctrina<sup>202</sup> que abunda en que esos créditos, no concurrentes, serán concursales por haberse devengado con anterioridad, pero no se extinguirán. Un crédito concursal que no haya sido reconocido en el concurso, no deja por ello de existir, se dice. Simplemente no queda reflejada cuota de responsabilidad alguna por dicho crédito, razón por la cual el acreedor no puede ser satisfecho con cargo a la masa activa, pero el convenio le afecta (art. 132 LC).<sup>203</sup> No explican estos autores la razón o el fundamento legal, por la que estamos ante una afectación parcial, dado que, según el criterio que se defiende, un crédito no concurrente, está afectado por las quitas y esperas establecidas en el convenio, pero no lo está por el efecto extintivo que frente a dicho crédito determinaría la Sentencia judicial que al aprobar el Convenio, aprueba el plan de pagos directamente vinculado a la lista de acreedores, cuya firmeza, en términos procesales, no se puede cuestionar, y en cuya lista de acreedores y plan de pagos, el crédito no existe. ¿No cabría hablar de un efecto preclusivo, que determina la extinción del crédito, amparado, además, en la firmeza de resoluciones judiciales, o en la superación de plazos procesales que determina, igualmente, la necesaria firmeza?

---

201 DÍAZ MORENO, A. “El tiempo n la comunicación y clasificación de los créditos”. ADC 20/2010. CIVITAS. Quien cita las resoluciones de AAP de Barcelona de 19 de junio de 2009 ( PROV 2009, 464910) , la cual confirmó la decisión de primera instancia, que inadmitió a trámite (por impertinente: art. 194.2 LC) una demanda incidental que pretendía el reconocimiento de un crédito en el concurso una vez elaborada la lista definitiva de acreedores. Análogamente, el AAP de Madrid de 29 de febrero de 2008 (AC 2008, 668) señaló que, «estando expresamente previsto en el concurso un trámite específico para el reconocimiento de créditos de los acreedores y que cabe impugnar judicialmente la decisión que tomen los administradores sobre la inclusión o exclusión de créditos» no puede admitirse una demanda que tenga por objeto, precisamente el reconocimiento de tales créditos.

202 ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (La «vis atractiva» del proceso concursal , Navarra, 2007, pg. 353) distingue dos supuestos en función de que el crédito fuera contemplado mediante su inclusión o expresa exclusión, en cuyo caso la vía tendría que ser la impugnación de la lista por imperativo del artículo 97.1 LC; o que el crédito no comunicado no hubiera sido objeto de inclusión o expresa exclusión en cuyo caso considera que el acreedor podría presentar una demanda declarativa. También la admite GARRIDO («Extensión subjetiva», en ROJO-BELTRÁN, Comentarios a la Ley concursal, II, cit., pag. 2224), siempre que el acreedor no hubiese impugnado el texto provisional de la lista de acreedores confeccionada por la administración concursal, porque este autor cuestiona los efectos de cosa juzgada de la lista de acreedores, olvidando, quizás que el concurso es un proceso..

203 BERMEJO, N. Comentario al artículo 86 LC. Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. Dir. ROJO- BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008.

También nos podemos preguntar ¿Por qué se habla de créditos concursales? Porque son anteriores al auto de declaración del concurso. ¿Se puede hablar de créditos concursales, a pesar de no ser ni ordinarios, ni privilegiados, ni subordinados? ¿Se está creando una nueva categoría de créditos concursales no concurrentes, que implica la extensión de la vigencia temporal del convenio y de los efectos de la liquidación?

Y como hemos señalado con anterioridad, estos autores, ciertamente precursores de la Sentencia del Tribunal Supremo, dicen que el convenio les afectará, les vinculará (art 134 LC) dado que se extienden a los créditos no reconocidos en el concurso algunos efectos novatorios del convenio para no hacerlos eventualmente de mejor condición que los concurrentes. Creemos que esto es un mero voluntarismo, sin amparo legal. Se reconoce que esta vinculación no significa que el acreedor no concurrente vaya a ver satisfecho su crédito con arreglo a lo previsto en el convenio y durante la fase de cumplimiento del mismo, o con cargo a la masa activa en la fase de liquidación. La conclusión a la que llega la mayoría de la doctrina es que los créditos de los no reconocidos desaparecen, pero solo a los efectos del concurso, porque no tendría sentido la subordinación denominada de primer rango del artículo 92.1 LC previsto para créditos tardíos, no resultando mencionado ningún supuesto dentro del artículo 92, ni constanding ninguna categoría dentro del artículo 89 LC que regule la situación de los no concurrentes, otorgándole un régimen legal excepcional como exigiría el artículo 40 de la Ley concursal. Sin embargo, a pesar de estas fundamentaciones, continúan reflexionando alrededor de esta categoría denominada concursales no concurrentes.

En este sentido, el profesor Garrido,<sup>204</sup> plantea un supuesto que consideramos indicativo del alcance de esta postura doctrinal, adelantándose y sin duda alguna, informando la solución establecida por la Sentencia número 655 del Tribunal Supremo, analizando la situación de los créditos no concurrentes y considerando que el titular del crédito podría intentar que los mismos fueran reconocidos mediante un procedimiento declarativo -necesariamente incidental concursal-, y, una vez obtenida sentencia firme, el titular no concurrente tendría derecho a recibir el mismo tratamiento que el convenio depare a los créditos de igual naturaleza y graduación, quedando vinculados por el convenio, a pesar de no haber podido adherirse ni votar en la junta de acreedores. Para llegar a esta conclusión, en nuestra opinión de forma nuclear, se cuestiona la fuerza de cosa juzgada de la lista de acreedores, limitando sus efectos a las Sentencias que resuelvan los incidentes de impugnación de la señalada lista. Sin embargo disentimos de esta argumentación porque, en nuestra opinión, tal como ya hemos analizado, no se puede cuestionar la fuerza de cosa juzgada de la lista de acreedores, que, al no haber sido impugnada dentro de los plazos procesales otorgados, adquiere firmeza; y esta conclusión no la cuestiona que las sucesivas reformas legales hayan otorgado vías para su modificación (art. 97 ter); al contrario, la posibilidad de modificación legal, estricta y típica, ratifica su carácter pétreo en el resto de supuestos. Ergo si la lista es firme, los créditos que queden fuera de la misma, no podrán ser concursales. Simplemente serán no concurrentes, y no ostentarán ningún derecho frente a la masa activa, ni antes, ni después de concluido el procedimiento en vía de convenio o en vía de liquidación; en nuestra opinión, además, consideramos que resultan extinguidos.

---

204 GARRIDO, JM. Comentario al artículo 134 LC. Obra Colectiva. Comentario de la Ley concursal. Dir. ROJO- BELTRÁN. CIVITAS. Reimpr. 2008. Abunda este autor sus consideraciones al fundamentar que de la actuación de la administración concursal no se puede derivar fuerza de cosa juzgada; y en relación a la impugnación de la lista de acreedores que la brevedad del plazo de impugnación, así como las limitaciones propias del incidente concursal, abonan esta visión restrictiva del efecto de cosa juzgada de la lista de acreedores.

En todo caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, y de tal pronunciamiento resulta (i) una cierta relativización de la obligación de insinuación; (ii) una sobredimensión de las facultades de reconocimiento de créditos por parte de la administración concursal, con especial intensidad en el marco de los supuestos de reconocimiento obligatorio o de oficio; (iii) la posibilidad de articular reconocimientos de créditos no comunicados por la vía de impugnación de la lista de acreedores; (iv) la posibilidad de que existan créditos concursales no concurrentes, que no serán satisfechos con la masa activa, ni otorgarán a sus titulares ningún derecho, pero que no serán extinguidos, manteniéndose así, una expectativa de cobro o de derecho, paraconcursal, a pesar de considerarlos créditos concursales.

### **Las soluciones prejudiciales a la insolvencia.**

Desde el año 2012, en el marco de un proceso de intensa actividad legislativa, en el Ordenamiento Jurídico español comienza una dinámica pretendidamente desjudicializadora para implementar soluciones a la preinsolvencia, procurando aprovechar los indudables beneficios temporales, reputacionales, y de costes, que, eventualmente, pueden aportar los convenios privados,<sup>205</sup> que se convierten en una vía central para la solución de la insolvencia, apareciendo el análisis de la posición de los disidentes como un aspecto igualmente nuclear. Sin perjuicio de observar, en algunas de estas reformas, soluciones propias de coyunturales modas jurídicas, meramente estéticas, en ocasiones ajenas, no solamente a la tradición jurídica española, sino, también, a sus estructuras técnicas, generando disrupciones en el funcionamiento de las mismas. En todo caso, a la vista de la normativa que vamos a describir, es fácil concluir que la viabilidad empresarial o la recuperación del deudor se configura como el foco, quizás la causa, entendiendo causa como fin, de toda la regulación en materia de refinanciación en el contexto básicamente prejudicial, aunque con intervención del juez. Sin perjuicio de considerar con la mejor doctrina que prevalece la finalidad solutoria, puesto que el acuerdo de refinanciación se alcanza, siempre, con la finalidad de atender el pago de lo debido por el deudor refinanciado a sus acreedores.<sup>206</sup> En este trabajo, que tiene por objeto analizar la situación jurídica de los acreedores denominados, ahora, disidentes, vamos a centrar el estudio en la estructuras negociadoras contempladas legalmente, y, en el análisis de los efectos de arrastre vinculados, fundamentalmente, a la obtención de determinadas mayorías, y en los cauces otorgados para la de defensa de los acreedores disidentes arrastrados, en un sistema que, sobre la base de la tipicidad otorgada por la Ley, pretende la exhaustividad en la determinación del pasivo.

### **El acuerdo extrajudicial de pagos.**

Constituye un procedimiento introducido por la Ley 14/2013 de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por el que se incorpora un nuevo título X a la Ley

---

205 En el marco del Derecho Comparado encontramos la “prevención francesa: conciliación y salvaguarda de empresas. Los “schemes of arrangements del Derecho Inglés. Los acuerdos de reestructuración de deuda del Derecho Argentino. Los escudos protectores del Derecho italiano. Derecho norteamericano: “reorganization”, “workouts”, “prepackagedbankruptcy”.

206 GARCÍA CRUCES, J.A. “Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”. Obra colectiva. Los acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresa en Crisis. Autonomía de la Voluntad e insolvencia empresarial. BOSCH. 2013. Quien indica con indudable precisión que el acuerdo de refinanciación es un instrumento alternativo al concurso, de carácter preventivo o paliativo al estado del insolvencia, pero comparte con este procedimiento su finalidad solutoria.

concurzal. Es un procedimiento concursal puesto que, su presupuesto objetivo es la insolvencia actual o inminente. Pero también lo es por su naturaleza universal ya que afecta, a todos los acreedores, según lo establecido en la Ley.<sup>207</sup> Igualmente puede ser subsumido en la categoría de los llamados “institutos preconcursales” puesto que es una alternativa al proceso judicial concursal, articulando de forma prejudicial, una vía de refinanciación<sup>208</sup> en aquellos supuestos en que es posible remover la insolvencia con el plan de pagos propuesto por el mediador y aceptado por el quórum necesario de acreedores, puesto que al tratarse de un procedimiento típico, regulado a nivel legal, no requiere unanimidad.

La norma nos dice que el deudor, persona natural, o persona natural empresario, o persona jurídica (art 231.2 LC) que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley concursal, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que se cumplan ciertos parámetros que lo configuren como de limitada cuantía o trascendencia.<sup>209</sup> Esta vía permite al deudor, persona física, alcanzar la exoneración total del pasivo ordinario (nunca de los créditos privilegiados y los créditos contra la masa), accediendo a la denominada second chance.

#### **El contenido de la propuesta.**

Es destacable que el centro del funcionamiento del sistema es la figura del mediador, un profesional, designado conforme a un cauce legal que pretende garantizar su independencia, pero del que se ha dicho que no es realmente un mediador,<sup>210</sup> ya que se configura como un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye funciones concretas, técnicamente muy relevantes y complejas como es la elaboración de un plan de pagos y la preparación del denominado concurso consecutivo. Dice la Ley (art 236 LC) que tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión con los acreedores, el mediador concursal remitirá, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas; c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos; d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier

---

207 SÁNCHEZ-CALERO, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”. Anuario de Derecho Concursal, 32, mayo agosto 2014, p. 11.

208 BOLDÓ RODA, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”. La Mediación en Asuntos Mercantiles. Dir. Carmen Boldó Roda. Tirant Lo Blanch. 2015, p.391.

209 Para que se pueda acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, la estimación inicial del pasivo no puede superar los cinco millones de euros, para las personas físicas. También (art 231.2 LC) podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que (i) se encuentren en estado de insolvencia, (ii) en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial trascendencia, es decir, concursos que no revisten especial complejidad, determinados por la constancia de menos de 50 trabajadores y con un pasivo y un activo que no superen los cinco millones de euros.

210 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA. “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”. Diario La Ley nº 8225, de 9 de enero de 2014. Especialmente crítico resulta el profesor CARRASCO PERERA, en “Los nuevos mediadores concursales”. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 872/2013. Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro de los diez días posteriores al envío a los acreedores de la propuesta de acuerdo, la mayoría de éstos decidieran no continuar con las negociaciones y el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual o inminente. Es decir, si no hay acuerdo o se detecta la imposibilidad de que lo haya, el mediador -o el concursado- deberán acudir a la fase siguiente que es el procedimiento judicial denominado concurso consecutivo.

### **El acuerdo y su extensión subjetiva.**

Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias mayorías de arrastre, establecidas en función del carácter más o menos gravoso de la propuesta. Estas mayorías se calculan sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

- a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda, en préstamos participativos durante el mismo plazo.
- b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236 LC.<sup>211</sup>

---

211 Artículo 236 LC: 1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas:

Esperas por un plazo no superior a diez años.

Quitas.

Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.

La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta.

La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Solo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.

La propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la



Debemos recordar aquí que, si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En todo caso, una vez alcanzadas las mayorías anteriormente expuestas, el contenido del acuerdo extrajudicial vinculará al deudor y a los acreedores anteriormente referenciados.

Para los acreedores con garantía real, el efecto de arrastre únicamente se produce por la parte de su crédito que exceda del valor de la garantía, puesto que, en principio, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo en la parte que constituye estrictamente la cuantía privilegiada, si hubiesen votado a favor del mismo. No obstante, la Ley abunda y consagra determinados efectos para los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, regulando que quedarán vinculados al contenido que hemos descrito cuando el acuerdo se alcance por mayorías cualificadísimas, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: (i) del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado a); (ii) del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado b). Se responde así y se incorpora un criterio de extensión de efectos determinado por, además de cumplir con el resto de condiciones formales, alcanzar unos quórum determinandos, muy vinculados en su génesis al concepto de sacrificio desproporcionado.

### **Intervención judicial.**

Aunque se trata de un acuerdo pretendidamente extrajudicial, que fundamenta la gestión de la insolvencia en la figura del mediador, concurre un marco de intervención judicial que se estructura en vía de impugnación del acuerdo (art 239), otorgando legitimación únicamente a los acreedores que no hubieran sido convocados y a los que no hubieran votado a favor del mismo.

La cognición de la impugnación es limitada.<sup>212</sup> La primera causa para impugnar el acuerdo que puede hacer valer el acreedor legitimado es la circunstancia de la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados. Con esta previsión se actúa la posibilidad de un control procedimental o de la legalidad del procedimiento seguido en la formación del acuerdo. La segunda causa que permite la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos es la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 del texto legal. Estos son los límites con que se disciplina la espera (plazo no superior a diez años) y la conversión de deuda en préstamos participativos (que no podrán sujetarse a un plazo superior a diez años). Mayor trascendencia

---

fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente

212 GARCÍA CRUCES, JA. "La Ineficacia del Acuerdo Extrajudicial de Pagos". Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. LiberAmicorum. TIRANT. 2015.



puede presentar la tercera y última causa de impugnación que contempla el artículo 239.2 de la Ley concursal, a cuyo tenor, procederá la impugnación del acuerdo cuando medie una desproporción de las medidas acordadas. Con esta causa se actúa un control material de los contenidos del acuerdo extrajudicial de pagos. Concurrirá la exigida "desproporción", y el acuerdo será impugnado por tal causa, cuando el significado material de lo pactado suponga para los acreedores un "sacrificio patrimonial excesivo" respecto de las posibilidades reales de pago efectivo en función de sus activos, que puede ofrecer el deudor. Pudiéndose valorar la concurrencia de quitas excesivas que puedan ser innecesarias para dar cumplimiento al plan de viabilidad y el plan de pagos. También, es posible, en un escenario legal de paridad entre los acreedores, por inexistencia de una previa clasificación voluntaria de sus créditos, a la hora de valorar la posible desproporción intrínseca de las condiciones establecidas, que pueda proponerse como objeto de impugnación un término de comparación en función al trato dispensado a determinados acreedores frente a los disidentes. El juicio de desproporción vendría a justificarse, en tal caso, en la existencia de un trato desigual entre los acreedores partícipes en el acuerdo. En cuanto a la consecuencia de la Sentencia que estime la impugnación el texto legal se limita a indicar dos extremos, pues la estimación de la impugnación tendrá como consecuencia la "anulación" del acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 239.4 LC), la cual, a su vez, "dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242" (artículo 239.6 LC).

En definitiva, el efecto de arrastre que se efectúa sobre los acreedores disidentes se basa en la regulación legal, en la configuración de un procedimiento típico; y en la relevante intervención del juez, en un marco necesariamente garantista, formalista, dado el efecto de arrastre que permite el acuerdo extrajudicial si se alcanzan las mayorías legales establecidas, y la superación de los efectos de la relatividad de los contratos inherente a toda institución concursal. Obsérvese que esta intervención judicial, lo es al final del procedimiento extrajudicial, y para el caso de impugnación. Tiene sentido el esquema dada la intervención reglada de un mediador, que en cuanto profesional independiente, y conforme a unas normas legales bastante desarrolladas, promueve un plan de pagos y un acuerdo amparado en mayorías relevantes. Esta intervención judicial no se puede considerar mediatizada por el carácter limitado de su cognición. Al contrario, el funcionamiento de la institución requiere que la discrecionalidad judicial incorpore en su proceso de toma de decisión, como principio, un cierto ámbito de presunción de validez y suficiencia del acuerdo alcanzado por acreedores, profundamente afectados en la integridad de sus créditos, sobre la base de un principio trascendente a esta institución y a las restantes instituciones preconcursales de cierto respeto o relativa vinculación a la autonomía de la voluntad articulada en contenidos legalmente admitidos y en mayorías cualificadas para su adopción. Una autonomía de la voluntad con un elevado grado de intervención legal.

#### **Los acuerdos de refinanciación y su homologación: la Disposición Adicional Cuarta de la ley concursal.**

Con la introducción de la vía de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley concursal y su homologación judicial, se configura un instituto preconcursal, cuyo contexto subjetivo viene determinado por un acuerdo de una mayoría de acreedores financieros<sup>213</sup> frente a un deudor en

---

213 QUIJANO, J. "La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación". Estudios Jurídicos. En memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum. TIRANT. 2015. En esta obra se analiza con claridad el funcionamiento de esta institución, destacando el estudio sobre la evolución y el concepto de acreedor financiero, y sobre los efectos del acuerdo de homologación, su incumplimiento y su irrevocabilidad.

situación de insolvencia actual o inminente, pero no, procesalmente, en concurso.<sup>214</sup> Se cualifica el procedimiento por los sujetos intervinientes. Con este instituto, se profundiza en la cuestionable diferenciación entre acreedores financieros y los restantes acreedores.<sup>215</sup> Es decir se otorga un cauce especial al acreedor profesional, fundamentalmente entidades financieras, de las que se espera, o se podría exigir, al menos, la máxima proactividad en la obtención del acuerdo. El Decreto Ley 3/2009, introduce la Disposición Adicional Cuarta, y la trascendente Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal, que constituye una norma estrella en el desarrollo de las instituciones preconcursales, liderada, en su día, por el Profesor Emilio Beltrán, lo desarrolla<sup>216</sup>. En definitiva, la finalidad del presente procedimiento extrajudicial preventivo es la homologación judicial, que se configura como un mero control ex post para el caso de que en sede de impugnación alguno de los acreedores lo alegue y lo pruebe<sup>217</sup>. La intervención del juez resulta restrictiva, puesto que simplemente se debe limitar a homologar o no homologar el acuerdo presentado.<sup>218</sup>

### **El efecto de arrastre.**

Dice la Ley concursal, en su Disposición Adicional Cuarta, puesto que estamos en presencia de un procedimiento típico, regulado a nivel legal, que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros –no representativos, necesariamente de deudas líquidas y

---

214 VALPUESTA GASTAMIZA, E. “Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley concursal”. RCP nº 15, 2011, pp. 162-165.

215 En su apartado 1, la Disposición Adicional Cuarta, dice que a los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Además recoge una posibilidad que, de alguna forma, viene a mediatizar el efecto discriminatorio que estamos denunciando, al establecer que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. En todo caso, la adhesión está configurada en términos muy amplios y genera muchos interrogantes. El primero, es si se trata de una adhesión unilateral, por manifestación y vinculante para el resto de acreedores. Ciertamente, tal adhesión puede no resultar inocua para las aspiraciones de los restantes. Pensemos en un acuerdo de capitalización de deuda; una adhesión no inicialmente contemplada ni prevista, modificará, evidentemente, la posición relativa de los que inicialmente configuraron el acuerdo. En el mismo sentido, la pregunta procede en relación con las nuevas garantías otorgadas en el proceso de refinanciación. Quizás, la solución la encontremos en la incorporación de pactos concretos, en los acuerdos de refinanciación que limiten la adhesión a determinados pactos, o a determinados contenidos. Téngase en cuenta que únicamente tienen facultad de impugnar los acreedores de pasivos financieros, por lo que ninguno de los acreedores que no lo sean, tendrían oportunidad de reivindicar ningún derecho frente a una limitación pactada y homologada de su facultad de adhesión.

216 BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. “Materiales de la Reforma Concursal”. Emilio Beltrán. Ana B. Campuzano. Coord. TIRAN LO BLANCH. Valencia. 2012. Pag. 662. “Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinanciadores en caso de declaración de concurso ...”. FERNANDO CERDÁ. “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”. Anuario de Derecho Concursal num.33/2014. Editorial Civitas, SA. 2014.

217 CERVERA, Marta. “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”. Anuario de Derecho Concursal 33. Setiembre-Diciembre 2014. Pag.120.

218 LOPEZ SÁNCHEZ, Javier. “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”. Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresas en Crisis. GARCÍA CRUCES (dir.). BOSCH 2013. Pag. 304.

exigibles- reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a)<sup>219</sup> y en los números 2.º y 3.º de la letra b)<sup>220</sup> del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita alcanzarán el primer efecto que se pretende, su protección frente a cualquier acción de rescisión. Para extender sus efectos a los acreedores disidentes, serán necesarias las mayorías exigidas en la norma, que se han ido reduciendo paulatinamente en sucesivas reformas y que siguiendo la sistemática general de estos acuerdos, vienen establecidos en función de su contenido: (i) 51% para obtener la homologación; (ii) para obtener los efectos de extensión para acuerdos que representen esperas no superiores a 5 años o la conversión de deuda en préstamos participativos, el 60%; (iii) para esperas de 5 a 10 años, quitas, capitalización, conversión de deuda en préstamos participativos de más de 5 años de duración, la cesión de bienes, el 75%.

La especialidad la encontramos en los casos en que se pretenda la extensión de efectos a acreedor los acreedores financieros con garantía real, en cuyo supuesto las mayorías se incrementan al 65%, para los acuerdos cuyo contenido se defina con el contenido analizado en el extremo (ii), y al 80%, en los casos que hemos expuesto como (iii).

### **La intervención judicial.**

El esquema legal, regula la intervención del juez, otorgando competencia para conocer de la homologación al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. En este sentido también resulta relevante el efecto de paralización de ejecuciones que a diferencia de la regulada en el artículo 5 bis, corresponde al juez competente, y una vez que es admitida a trámite la solicitud de homologación.<sup>221</sup> El juez otorgará –la norma lo establece en términos imperativos- la homologación, siempre que el acuerdo reúna los requisitos formales anteriormente explicados; y declarará –también en términos imperativos se expresa la norma- la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas.

El presupuesto de la viabilidad empresarial futura del deudor, viene impuesto al juez como presupuesto de toda homologación que, además, como hemos visto, debe cumplir con la adhesión, al menos, del porcentaje del 51 por ciento del pasivo financiero. No obsta a tal conclusión el hecho de que el RD-L 4/2014 haya otorgado carácter potestativo a la intervención del experto independiente, en la búsqueda de mayor celeridad y menores costes. Ciertamente puede dificultar la labor judicial, pero no puede el juez obviar, como contenido esencial del

---

219 Artículo 71 bis 1 a): “En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”.

220 Artículo 71 bis 1 b): 2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo . De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores .

221 La publicidad en este tipo de procedimientos resulta esencial. Por ello la norma establece que el secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

acuerdo, la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

Que el órgano judicial deba velar por el cumplimiento de los requisitos materiales y formales del acuerdo, resulta esencial puesto que se observa un estrechamiento<sup>222</sup> evidente de los motivos de oposición, limitados, exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido, con una regulación estructuralmente análoga a la expuesta para el acuerdo extrajudicial de pagos, pero con limitación de causas de impugnación, que tiene sentido en un acuerdo protagonizado por acreedores profesionales, expertos –o por lo menos deberían serlo– en insolvencia y profundos conocedores de las patologías financieras que afectan a sus clientes, y que tiene como objetivo fundamental el control judicial ex ante mediante la homologación.

En todo caso, el juez que en su momento homologó el acuerdo y valoró la legalidad del mismo, en caso de impugnación, deberá comprobar la concurrencia de las mayorías necesarias en cada caso, teniendo en cuenta los efectos de arrastre que en cada proceso refinanciador se pretendan, sin verse limitado o constreñido por su intervención anterior. Especial consideración merece, como causa de impugnación, el denominado sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros no firmantes del acuerdo. Así se puede considerar que (i) será desproporcionado el sacrificio si su cuota de satisfacción esperada o previsible en un escenario de concurso o de liquidación fuera superior a la resultante de la extensión coactiva de los efectos del acuerdo (bestinterest test) (ii) si resulta un trato asimétrico entre acreedores homogéneos, más perjudicial para el acreedor disidente, (iii) la imposición de medidas que puedan ser consideradas desmesuradas. En su consecuencia, no habrá sacrificio desproporcionado cuando pueda constatar que las posibilidades de cobrar de los acreedores disidentes son mayores con la homologación del acuerdo de refinanciación que sin ella, puesto que sin tal acuerdo el escenario concursal determinaría que las posibilidades de cobro de los disidentes disminuirían en lugar de incrementarse,<sup>223</sup> o en aquellos casos en que se conceden garantías a los acreedores afectados que les asegura su recuperación.<sup>224</sup>

Por último, debemos destacar que no aclara la norma que tipo de procedimiento se va a seguir para la emisión de la resolución judicial de homologación. No contempla el apartado 6 de la Disposición Adicional Cuarta, traslado a los acreedores disidentes, previo a la emisión del Auto de homologación. Es decir, se puede concluir que el acuerdo homologado, no es una solución heterocompositiva, sino autocompositiva, que podríamos calificar como jurisdicción voluntaria.<sup>225</sup> Aunque algunas resoluciones judiciales atribuyen a la homologación judicial naturaleza de transacción judicial. En todo caso, se convierte en un proceso si existe impugnación. Un proceso judicial, especial, con cognición limitada, con efectos de cosa juzgada frente a los acreedores financieros disidentes.

---

222 AZOFRA VEGAS, F. “La Homologación Judicial de Acuerdos de Refinanciación”, pp. 62-63. REUS. 2016.

223 Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona de 28 de junio del 2013. Se puede consultar en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 157, de 2 de julio del 2013, p. 33770.

224 Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 23 de enero del 2013. Se puede consultar en el Boletín del Estado (BOE) nº 127, de 28 de mayo de 2013.

225 SENÉS MOTILLA, C. “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, ACom nº 30, 2013.

### Consideraciones globales y análisis de otras herramientas vinculadas.

En el Ordenamiento jurídico español, destaca que el protagonismo del órgano judicial, elemento esencial en la protección de los disidentes, está diseñado, fundamentalmente en vía de impugnación, con cognición limitada, tal como hemos visto, pero con capacidad para analizar la concurrencia de los requisitos materiales y formales del acuerdo; y, la concurrencia de las mayorías legales, junto con la compleja determinación de la proporcionalidad del acuerdo. La autonomía de la voluntad funciona en cuanto adhesión a las propuestas de acuerdo que deben responder a la articulación en un procedimiento típico, legalmente regulado, aun cuando pueda echarse en falta mayor precisión técnica en su regulación.

Dentro de estas normas que tienen naturaleza de institutos concursales, no podemos olvidar, aunque con una articulación diferente, como veremos, el relevante artículo 5 bis de la ley concursal, que se limita a regular la comunicación al órgano judicial de la existencia de un proceso negociador, con algunos efectos suspensivos, incorporados por las Leyes 17/2014 y 9/2015, que configuran la actual redacción del precepto<sup>226</sup>, y que desarrolla su virtualidad técnica como estructura que suspende el plazo de obligación legal para solicitar la declaración de concurso.

Una muestra de la visión judicializada de la solución de la insolvencia que acunó la versión original de la Ley 22/2003, resulta evidente con la constatación de que no existía en la primitiva ley concursal, una regulación suficiente de las situaciones de preinsolvencia, que se consideraban incardinadas dentro del concepto de insolvencia inminente que contemplaba –y contempla– la definición legal de insolvencia. El Legislador del año 2003, consideraba que ante un escenario de imposibilidad de pago regular de las obligaciones exigibles (art 2.2 LC), únicamente cabía la remoción de la insolvencia a través del procedimiento judicial establecido por la Ley.

El Real Decreto Ley 3/2009, añadió una especie de situación de prórroga en relación con la obligación legal (primitiva redacción del art 5 LC) de instar la declaración concursal, si el deudor comunicaba que se encontraba en negociaciones con sus acreedores para la consecución de un convenio anticipado.<sup>227</sup> Posteriormente, la reforma articulada por la Ley 38/2011, creando un nuevo artículo 5 bis amplía sus efectos de prórroga de la obligación legal de solicitar la declaración concursal, a cualquier tipo de negociación de refinanciación, ampliando así, sustancialmente sus efectos, y emprendiendo un camino desjudicializador con los primeros pasos para la creación de una estructura prejudicial para la solución de la insolvencia. La Ley 14/2013, de apoyo de los emprendedores, modifica, nuevamente el precepto, incorporando las nuevas vías de

---

226 LUCEÑO OLIVA, José Luis. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 887/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. “La valoración de la reforma ha de ser positiva ya que protege, frente a las ejecuciones judiciales, la continuidad de la actividad del deudor en esta fase de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Impide también la nueva norma el que pueda hacerse un uso abusivo de la misma limitando las comunicaciones sucesivas, y obligando a que transcurra al menos el periodo de un año entre las mismas. No obstante, apreciamos dos deficiencias importantes: la primera que el legislador sigue tratando privilegiadamente a los créditos de derecho público lo que impedirá que, incluso en esta fase, pueda continuarse la actividad si existen ejecuciones sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad que provengan de créditos de aquella naturaleza, y la segunda deficiencia, bajo nuestro punto de vista, es el «olvido» de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma.”

227 Decía el apartado 3 del artículo 5 de la Ley concursal que: “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

refinanciación con la incorporación de las negociaciones para un acuerdo extrajudicial de pagos. Por último, las Leyes 17/2014 y 9/2015, configuran la actual redacción del precepto, debiéndose destacar que la Ley 17/2014,<sup>228</sup> incorpora la prohibición de ejecuciones judiciales, según veremos.<sup>229</sup>

Algunos autores han destacado que la comunicación que articula el artículo 5 bis no es una institución concursal ni preconcursal, sino “extraconcursal”.<sup>230</sup> Compartimos en parte esta conclusión, puesto que la vía del 5 bis, en coherencia con su evolución, no contempla como supuesto de hecho, únicamente la insolvencia actual. La Ley 14/2013 centra su atención en los caminos de solución de la insolvencia. Fundamentalmente prejudiciales –a excepción de la propuesta anticipada de convenio- por lo tanto, óptimos para regular y atender a situaciones de insolvencia inminente y de preinsolvencia, propias de necesidades de mera refinanciación no necesariamente constitutivas de insolvencia. Excede de este trabajo el análisis de los diferentes estadios del concepto de insolvencia, pero resulta esencial, al menos dejar constancia que las vías que contempla o ampara el paraguas del artículo 5 bis, todas ellas, permiten la remoción de la insolvencia, pero en cuanto vías de refinanciación, también situaciones de preinsolvencia, en horizontes temporales más dilatados que los estrictos y propios de la insolvencia inminente, que se han demostrado ineficaces en la crisis vivida por Europa en los últimos años.

Establece esta norma la prohibición de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzcan unas circunstancias que están en estricta relación con cada una de las vías que el escudo del 5 bis ampara: i) se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1, al que haremos referencia en el final de este epígrafe; ii) se dicte la providencia judicial admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se apruebe el acuerdo extrajudicial de pagos. También hace referencia este artículo al supuesto -que no consideramos prejudicial- en el que se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, y, finalmente, también, evidentemente, permanecerá la posibilidad de suspensión de ejecuciones hasta que tenga lugar la declaración de concurso, y el comienzo de su régimen legal y sus efectos. Podemos destacar que este efecto suspensivo se establece en el Decreto del Secretario Judicial por el cual tiene por

---

228 LUCEÑO OLIVA, José Luis. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 887/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. “La valoración de la reforma ha de ser positiva ya que protege, frente a las ejecuciones judiciales, la continuidad de la actividad del deudor en esta fase de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Impide también la nueva norma el que pueda hacerse un uso abusivo de la misma limitando las comunicaciones sucesivas, y obligando a que transcurra al menos el periodo de un año entre las mismas. No obstante, apreciamos dos deficiencias importantes: la primera que el legislador sigue tratando privilegiadamente a los créditos de derecho público lo que impedirá que, incluso en esta fase, pueda continuarse la actividad si existen ejecuciones sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad que provengan de créditos de aquella naturaleza, y la segunda deficiencia, bajo nuestro punto de vista, es el «olvido» de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma.”

229 Téngase en cuenta que la Disp. Final 1ª del RD-Ley 4/2014 (RCL 2014, 340) también modifica la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en su artículo 568.1: «Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales. 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución»

230 VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo. “Las soluciones a la Situación de Insolvencia”. Coor. Ibón Hualde López. ARANZADI. 2014. Pag. 16.



hecha la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. Aquí se produce la única intervención directa del órgano judicial en este escenario del 5 bis: en caso de controversia sobre el carácter necesario del bien al que afecta la ejecución suspendida, mediante recurso al Decreto del Secretario, ante el juez competente para conocer del concurso. Algunos autores cuestionaron la competencia del secretario que el 5 bis consagra, por la concurrencia de bienes necesarios<sup>231</sup> y la evidente necesidad de intervención judicial en la propia valoración de la comunicación ab initio. Sin embargo, tal intervención en el marco de la tutela judicial efectiva, se encuentra plenamente garantizada en vía de recurso, para el caso de oposición.

### **El artículo 71 bis.**

Por último, no podemos concluir sin volver la vista a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que viene precedida del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Tal como consta en su preámbulo, la finalidad de la Ley es la de adoptar medidas que permitan aliviar la carga financiera a la que se encuentran sometidas determinadas empresas que podrían llegar a ser viables, permitiendo que éstas sigan atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Con esta confesada finalidad, se intenta mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación; acuerdos que, siendo fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden maximizar el valor de los activos, evitando el concurso de la entidad y la reducción y los aplazamientos pasivos. La norma habla de preconcursalidad, de evitación del concurso, reconociendo que un marco extrajudicial privado, permite una mejor gestión de los activos y de la propia situación de insolvencia o de

---

231 GONZÁLEZ NAVARRO. Blas Alberto. "El nuevo artículo 5 bis de la Ley concursal tras la reforma de 2014". Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014: La reforma de 2014 no parece haber reparado en que, al mantener intacta la competencia del Secretario Judicial para dejar constancia de la comunicación previa, y desde ahora para gestionar la publicación de su resolución de constancia, deja fuera del precepto la necesaria intervención judicial que el precepto exige ahora. Y es que, si bien la diligencia de constancia, o la resolución que pide el artículo 5 bis al Secretario, no precisa de control ni intervención judicial ninguna, parece claro que no será el Secretario quien pueda valorar si los bienes afectados por la ejecución son necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Solamente los bienes que son necesarios para la continuidad de la compañía son los que habilitan al Juzgado mercantil a paralizar las ejecuciones contra el deudor. Podría pensarse, entonces, que el sistema de la comunicación previa sigue siendo el de la reforma de 2011; una ventanilla de sellado, en la que el Secretario deja constancia meramente de la comunicación del inicio de las negociaciones. Será el deudor el que, con este papel, acuda a los Juzgados de 1ª Instancia instando la consiguiente paralización de las ejecutorias sobre bienes necesarios. Sin embargo, es obvio que ese sistema no puede perdurar: según una doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que acabó por consagrarse en el artículo 56.5 de la LC, «(a) los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Por tanto, ello obliga al juez civil a preguntar al juez mercantil sobre el carácter de los bienes de necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa, lo que supone un coste temporal incompatible con la protección que otorga el artículo 5 bis.

Es en consecuencia el Juez de lo Mercantil que recibe la comunicación el que debe valorar la necesidad de los bienes; evidentemente, en el caso de existir ejecutorias en marcha: es posible que las ejecuciones ni siquiera se hayan activado cuando se presenta la comunicación previa, por lo que no se pida valoración de necesidad ninguna, en cuyo caso no sería precisa intervención judicial. No obstante, cabe pensar en lo recomendable que sería que, en relación a bienes estratégicos sujetos a garantías reales, incluso sujetos al riesgo de ejecuciones por embargos ordinarios, se solicite del Juzgado que se declare su necesidad para la continuidad de la empresa, a los efectos de que, de iniciarse luego la ejecución, el Juez de 1ª Instancia no tenga que consumir un tiempo precioso preguntando al Juez del eventual concurso posterior, de modo que, presentando el deudor el auto del juez en que se declaran los bienes necesarios y se cierra el paso a cualquier ejecución durante el plazo del artículo 5 bis, ese debate ni siquiera se abriría."



preinsolvencia. Sin embargo, observamos un grado de tipicidad muy elevado, junto con una constante presencia del órgano judicial competente en un hipotético concurso.

En este marco, el artículo 71 bis LC, responde a la regulación de lo que se ha venido a denominar “escudos protectores”<sup>232</sup> que permitirían articular estos acuerdos de refinanciación sin el riesgo de posteriores acciones de reintegración, consagrando así, una defensa preventiva, para el mantenimiento de los mismos. Es decir, se trata ahora, con esta vía, de una regulación reactiva que se estructura para evitar la rescisión de los acuerdos de financiación otorgados durante un período sospechoso. En España durante el período de dos años anteriores al auto de declaración del concurso (art. 71 LC). Probablemente por ello, la actual redacción del artículo 72.2 LC, evidencia la voluntad de legislador de limitar, de forma sustancial, la rescindibilidad de los acuerdos de financiación y de refinanciación, puesto que tal acción únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones legales, con legitimación exclusiva de la administración concursal. Con esta redacción, se hace imposible la rescisión por razones materiales, de fondo. Se trata de bloquear la rescisión, otorgando la máxima seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados por alguna de las vías típicas estructuradas por la Ley. Sin perjuicio de ello, no se nos escapa la posibilidad del ejercicio de acciones de nulidad –simulación, fraude de ley, vicio del consentimiento- o, incluso, acción pauliana. En todo caso, desde el punto de vista práctico, resulta casi imposible impugnar un acuerdo de refinanciación que cumpla con las condiciones legales<sup>233</sup> formales. Las extraordinarias acciones de nulidad o fraude, no resultan óptimas para procesos que tendrán un marco negociador previo, suficientemente contradictorio como para eludir cualquier vicio de este tipo. En definitiva, no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, que cumplan con lo establecido y previsto en el artículo 71 LC.

### **La regulación legal.**

No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado,

---

232 Destacamos los trabajos de la profesora PULGAR EZQUERRA, J., quien ha venido sosteniendo en numerosas ocasiones la necesidad de avanzar en esta línea, destacando la necesidad de establecer legislativamente «escudos protectores» para los acuerdos de refinanciación. Acuerdos que, por su propia naturaleza y la versatilidad de su contenido, podrían incluir pactos o requerir actos para su ejecución fácilmente subsumibles en el ámbito de las presunciones que en relación a la concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa activa se establecen en el artículo 71 de la Ley concursal. Así, puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos de esta autora: «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 5, julio 2006; «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», Diario La Ley nº 6963, 9 de junio de 2008 (La Ley 23016/2008); «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», Diario La Ley nº 7097, Sección Doctrina, 29 de enero de 2009 (La Ley 41791/2008); «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 14, Primer semestre 2011, (La Ley 1235/2011) y «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», Diario La Ley nº 8391, 3 de octubre de 2014 (La Ley 7151/2014).

233 PARRA LUCÁN, M.A. «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos del Derecho Común», Anuario de Derecho Concursal nº 19, 2010 (BIB 2010, 2), pág. 11. En sentido contrario se pronuncia CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Anuario de Derecho Concursal num. 35/2015 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2015. Esta autora desarrolla un interesante estudio sobre la compatibilidad y posibilidades de ejercicio de la acción pauliana.

y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:

- a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y
- b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

El párrafo 2 artículo 71 bis introduce un nuevo supuesto por el que se declara la irrevocabilidad de determinados acuerdos de refinanciación que, aun sin alcanzar las mayorías exigidas en el párrafo 1, podrán también encontrar protección frente a una eventual rescisión en fase concursal, profundizando en la naturaleza reactiva y en su clara condición de escudo protector. Acuerdos respecto a los que la innecesariedad de alcanzarse las mayorías exigidas se suple con exigencias más estrictas. Así se dice que tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior, por no poder cumplir sus exigencias formales y de quorum, pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación, consagrando a nivel legal una verdadera definición de lo que el legislador español entiende por refinanciación:

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
- c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.

- d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Para verificar el cumplimiento de las condiciones a) y b) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes. El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Se profundiza así, en el apartado 2, en una definición a nivel legal del concepto de refinanciación, en una regulación reactiva, que únicamente pretende evitar que prospere el ejercicio de la acción rescisoria. Sin perjuicio de ello, el alcance de esta resolución resulta muy relevante para aquellos casos que no accedan o no puedan acceder al quorum necesario previsto, no solamente en este artículo, sino en los demás que contemplan vías de refinanciación. En este sentido, debemos centrar la atención que el cómputo de garantías resultantes del proceso y su limitación se estructura únicamente en relación con los acreedores intervinientes, permitiendo reestructuraciones de deuda parcial.

En coherencia con esta regulación reactiva los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación con fundamento en el incumplimiento de las condiciones reguladas, correspondiendo la prueba del incumplimiento a quien ejercite la acción; es decir, a la administración concursal que es a quien la norma concede la legitimación única para este tipo de impugnaciones.

### **Conclusiones.**

Como corolario se impone llevar a cabo algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad y la posición de los acreedores disidentes y no concurrentes en un sistema típico determinado por la ley.

Tal como se deduce de todo lo anteriormente expuesto, con especial intensidad en el proceso concursal, concurre una regulación legal para situar a cada acreedor en el procedimiento, determinando el régimen jurídico aplicable a su crédito. Por lo tanto, se puede considerar que estamos en presencia de un escaso margen a la autonomía de la voluntad, probablemente limitada a casos de admisión de la subordinación creditiva voluntaria, o en escenarios de eventual renuncia a las preferencias conferidas por el Legislador, que en cuanto disposición sobre un crédito, las consideramos esencialmente renunciabiles.

No podemos desconocer que en el ámbito concursal estamos ante normas que se pueden

considerar preventivas, activas<sup>234</sup> y globales, que constituyen regímenes jurídico-positivos de ius cogens o semi-imperativos, con mayor o menor número de normas dispositivas. Este fenómeno conecta, claramente, en el ámbito concursal, con el fenómeno de la intervención pública sobre la Economía, a través de un conjunto de normas o disposiciones de Derecho objetivo escrito constitutivo de un sistema, no de intervención administrativa, sino de intervención normativa. De limitación de la autonomía privada, operada directamente por vía legal. Se puede decir que la proliferación de normas imperativas puede -y debe- tener por objeto garantizar la finalidad solutoria de las vías concursales, tanto las concursales como las preconcursales, en el marco de la búsqueda de ciertos equilibrios entre los diferentes agentes concurrentes, asegurando un cierto ámbito de defensa al más débil, procurando la máxima información y transparencia, sin poder olvidar esa finalidad solutoria ya analizada con carácter esencial tanto para las vías concursales como para las preconcursales. Por ello es posible el estudio del derecho concursal, dentro del derecho de la economía, entendido este como un agregado jurídico heterogéneo cuyo principal objeto es la determinación de los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio, incluidas las medidas coyunturales de política económica, el régimen jurídico de los mercados, la organización y funcionamiento de los sujetos económicos que operan en ellos y sus relaciones, así como el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, de los bienes y servicios en relación con estas actividades, con independencia de que dichas normas sean de naturaleza pública o de carácter privado.

En este marco legal, y de intervención normativa, resulta un escaso margen para una visión purista o, quizás, pueril, de la autonomía de la voluntad. La cuestión tiene relevancia en el ámbito de los acuerdos de refinanciación en vía preconcursal, preprocesal, y ciertamente, en el momento de la adhesión a la propuesta de convenio.

Algunos autores consideran que todo acuerdo de refinanciación es siempre, y por concepto, un puro acto de autonomía de la voluntad, al margen de cualquier intervención judicial,<sup>235</sup> sobrevalorando su dinámica contractual.<sup>236</sup> Sin embargo, estas relevantes y autorizadas consideraciones, merecen reflexión, en función de la evolución de nuestro sistema.

La autonomía de la voluntad se halla muy restringida por la incorporación de un gran número de normas constitutivas de derecho imperativo. Por la configuración de herramientas típicas, con

---

234 GARCÍA AMIGO, M.: «Lecciones de Derecho civil», t. II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos, edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 127.

235 GARCÍA CRUCES, J.A. "Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia". Obra colectiva. Los acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresa en Crisis. Autonomía de la Voluntad e insolvencia empresarial. BOSCH. 2013. En este trabajo, el Profesor Garcia Cruces expone sus profundas reservas frente al sistema preconcursal español: "En algunas ocasiones he advertido que el legislador español ha seguido el modelo que podríamos calificar como de los "escudos protectores". Con ello, lo que quiero poner de manifiesto es una idea relativamente simple: el legislador no tiene preocupación alguna por regular en la forma que se estime conveniente lo acuerdos de refinanciación, sino, tan solo, quiere concretar qué protección merecen estos acuerdos cuando fracasan y cómo han de ser tratados en el posterior concurso del deudor refinanciado. " Aprovecha tal crítica para proponer como referencia los llamados "Scheme of Arragement", considerando que: " ...el legislador español debiera haber valorado la oportunidad de sancionar una mas completa -y mejor- regulación del procedimiento que debiera seguirse para alcanzar tal acuerdo de refinanciación, disponiendo los deberes exigibles a quienes en ella participaran, las exigencias de contenidos que se hubieran considerado convenientes, etc., y, sobre todo, requiriendo una previa intervención judicial que asegurara un control judicial de acuerdo alcanzado".

236 OLIVENCIA, M. "La reforma de la Ley concursal". RDM, 285, 2012. Analizando la naturaleza jurídica de estos acuerdos dice: "no es la de un proceso colectivo, cautelar o preventivo de la insolvencia, sino de un contrato (acuerdo) entre determinados acreedores con el deudor, con efectos que superan la relatividad subjetiva propia del negocio, por que se extienden a quienes no han sido en él parte y hasta han podido ignorar su existencia".

un elevado nivel de desarrollo normativo; y, siempre, con intervención judicial en algún momento, que, incluso nos permitiría considerar inadecuado el concepto de vías prejudiciales, puesto que la intervención del juez es nuclear, a pesar de sus limitaciones cognitivas, ya analizadas. Esta conclusión resulta más evidente si nos adentramos en el concurso, en cuanto camino jurisdiccional, que, como proceso, se ve sometido a consideraciones de orden público procesal -no siempre entendidas por la doctrina mercantil- que dejan escasísimo margen a la autonomía de la voluntad, probablemente, vinculada, en sede judicial, al acto de adhesión. Obsérvese que hasta los contenidos de los acuerdos están determinados o, de alguna forma, delimitados por la ley.

Con este elevado nivel de intervención, normativa, se puede entender que el sistema no permite la existencia, la supervivencia de créditos concursales no concurrentes, o los denominados disidentes en esa sede denominada prejudicial. Porque es una cuestión de orden público a nivel legal y que trasciende al sistema financiero, además de resultar inherente a la aplicación de la Ley en términos literales como hemos visto. Nos puede parecer un tema extraordinariamente teórico, porque, ciertamente, será difícil pensar en el caso de la existencia de los denominados por el Tribunal Supremo créditos concursales no concurrentes, en un sistema económico en el que la mayoría de los convenios concursales se incumplen, y la mayoría de los concursos en fase de liquidación devienen sin masa. Pero entendemos que aclarar este tema, es un presupuesto de cierre del sistema.

Concebir así la autonomía de la voluntad, sometida al imperio de la Ley, permite explicar, sin dificultad, los efectos de arrastre que hemos analizado, determinados por imperativo legal, sobre meras exigencias de cumplimiento de determinadas formalidades procedimentales y acceso a determinados quórums de aprobación, que cuestiona radicalmente la presumible voluntad del acreedor disidente, que ve sometido su crédito al devenir decidido por una mayoría. Por imperativo legal, evidentemente, y con control judicial. Por ello resulta esencial que las vías de refinanciación sean estructuradas sobre la base de procedimientos típicos, consagrados a nivel legal; que otorguen la máxima seguridad jurídica y que sean capaces de resolver la insolvencia, dando cauce a la configuración de distintas vías alternativas que se puedan adaptar a la complejidad del sistema económico.<sup>237</sup> El Derecho concursal afecta al funcionamiento del sistema financiero, y, como tal, afecta al funcionamiento de las instituciones públicas económicas; por ello sus normas reguladoras participan de naturaleza pública y privada. Ergo consideramos que la exhaustividad que predicamos de la lista de acreedores, se debe extender a los supuestos de determinación del pasivo en vía preconcursal, de tal forma que los créditos no contemplados, los acreedores no detectados o que no hayan participado ni impugnado, deben ver extinguidos los derechos devengados con anterioridad al procedimiento.

El ordenamiento jurídico español, otorga al acreedor un marco de protección suficiente, con un juego de sucesivas oportunidades, y obligaciones, capaz de encauzar su proactividad, tanto a nivel preconcursal como concursal. En la sociedad de la información, todo acreedor conoce, o puede conocer, la insolvencia de sus deudores; es más, debe conocerla. Si un deudor debe solicitar la declaración concursal ante un escenario de insolvencia, nada impide que pudiéramos considerar, incluso de *lege ferendae*, que un acreedor debe conocer la insolvencia de sus deudores, asumiendo una esencial proactividad en la defensa de su crédito, y aprovechando las oportunidades de intervención e información que le concede, en cada caso, la Ley. A ello coadyuva

---

237 ARDÁ TRIARÚ, C. "El contenido del acuerdo. Los acuerdos de refinanciación". Obra colectiva. Los acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresa en Crisis. Autonomía de la Voluntad e insolvencia empresarial. BOSCH. 2013

la intervención del órgano administración concursal (o el mediador, o el experto designado por el Registro Mercantil) que con responsabilidad propia, participan esencialmente en la determinación de la masa pasiva real del deudor, que no tiene personalidad jurídica ni autonomía alguna - tampoco la tiene la masa activa-, por lo que su determinación debe responder a la finalidad esencial del sistema que es la identificación total del pasivo real y la solución de la insolvencia mediante el pago total o parcial a todos o parte de los acreedores, poniendo fin, por alguna de las vías solutorias, a la situación de insolvencia.

### **Bibliografía.**

AZOFRA VEGAS, Fernando, La homologación judicial de acuerdos de refinanciación, Reus, Madrid, 2016

BELTRÁN, E. y ROJO, E., (Dir.), Comentario de la ley concursal, tomo II, Civitas, Madrid, 2008

BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES J.A. (Dir.), La reforma concursal, Aranzadi, Navarra, 2011

BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES J.A. (Dir.), Enciclopedia de derecho concursal, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012

BELTRÁN, Emilio y CAMPUZANO, Ana B., Materiales de la reforma concursal (2009-2011), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CARRASCO PERERA, Ángel, Los derechos de garantía en la Ley concursal, Aranzadi (3ª edición), Navarra, 2009

DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ F. J. (Dir.), Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración, Aranzadi, Navarra, 2015

FERNÁNDEZ SEIJO, José María, La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad, Segunda Edición, Wolters Kluwer - Bosch, Barcelona, 2015

GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.), Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis, Bosch, Barcelona, 2013

HUALDE LÓPEZ, Ibon (coord.), Las soluciones a la situación de insolvencia, Aranzadi, Navarra, 2014

PULGAR EZQUERRA, Juana, Preconcurso y reestructuración empresarial, Segunda Edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2016

RODRÍGUEZ CONDE, Carlos, Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011, Bosch, Barcelona, 2012

SARCINA, Antonio (Dir.), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, EuriConv, Italia, 2014

VEIGA COPO, Abel, La verificación de créditos en el concurso, Civitas, Navarra, 2009

VEIGA COPO, Abel, La masa pasiva del concurso de acreedores, Segunda Edición, Aranzadi, Navarra, 2012.

**CAPÍTULO CINCO.****LÍMITES DEL ARBITRIO JUDICIAL EN LA APROBACIÓN DEL CONVENIO CONCURSAL.****Armando VARGAS RAMOS. México.****El interés público de la Ley de Concursos Mercantiles.**

La primera aproximación a los límites del juzgador inmerso en un proceso concursal en México, necesariamente debe partir de la base del interés público de la Ley de Concursos Mercantiles, ligado legislativamente a la conservación de la empresa, evitando que el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de la misma y de aquellas con las cuales mantenga una relación de negocios. Esta interpretación del interés público en materia concursal tiene como fin garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de la empresa declarada en concurso, sin embargo, los intereses de la empresa y sus acreedores evidentemente están en contradicción y corresponde precisamente al juez del concurso allanar el camino acercando tales puntos distantes para acercarse lo más posible a una solución satisfactoria común, al menos teleológicamente, externalizando positivamente la armonía social con la preservación de empleos, el pago de impuestos y en general creando cadenas productivas manteniendo activa la economía, apartándose de los procedimientos históricos de insolvencia castigadores del deudor; en palabras de Sanromán Martínez “a partir de la publicación de Salgado de Somoza, el interés público se acentúa, y la intervención del Estado se incrementa al entenderse que la falta de pago de un deudor afecta a toda la colectividad”.<sup>238</sup>

Pese a la claridad conceptual antes apuntada, la redacción del Artículo 1° de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana motiva el debate respecto de los alcances del interés público preceptuado en la norma, cuenta habida al sostener realmente dos elementos relacionados con este concepto. Por un lado su primer párrafo refiere como de interés público a la Ley de Concursos Mercantiles y en el segundo señala ser de interés público conservar las empresas.<sup>239</sup> Esta dicotomía tiene claras consecuencias, porque presenta por un lado la garantía superior del proceso concursal como de orden público visto desde el punto de vista adjetivo y, por otro el objetivo, traducido en el interés del Estado en la conservación de la empresa como fin último del proceso concursal.

Ampliando la disección, se impone establecer los alcances de una normatividad procesal especial como lo es la Ley de Concursos Mercantiles, así en principio es de discutirse: “*si las leyes de procedimiento son de orden público o de interés privado, sin advertir que, por sus características, tales leyes ni pueden estar sometidas en absoluto a una u otra categoría. En realidad, todas las ramas del derecho, tanto público como privado, tienen como verdaderos sujetos*

---

238 SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, Concursos Mercantiles, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 13.

239 El artículo 1° de la Ley de Concursos Mercantiles establece: “La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil.

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley deberán regir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe”. Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 2000, México, Vigente.



*a los individuos, sea aisladamente, sea como integrantes de la colectividad, y esto explica por qué toda norma jurídica contiene un máximo y un mínimo que determinan su naturaleza. Es más exacto, entonces decir que ciertas normas interesan al orden público o afectan al interés privado según la prevalencia que se conceda a uno con respecto al otro, y sólo por facilidad de expresión se habla de normas de interés público o de interés privado”.*<sup>240</sup>

Tal directriz conlleva generar certeza en cuanto, si bien es cierto, toda norma en principio es de orden público considerando su cumplimiento como obligatorio para el gobernado, en realidad en algunos casos las normas pueden ser dispositivas a diferencia de aquellas de cumplimiento taxativo, esto es, “existen materias, instituciones que por su trascendencia e importancia están más allá de cualquier transacción que los particulares puedan realizar”,<sup>241</sup> así en la Ley de Concursos Mercantiles se tienen disposiciones adjetivas de interés público, como lo es el caso del artículo 145 de la legislación en cita el cual refiere: “En ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y su prórroga podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación”;<sup>242</sup> o como acontece con el diverso el último párrafo del artículo 267 de la ley estudia de texto: “Los incidentes planteados en términos de esta Ley no suspenderán el procedimiento principal”;<sup>243</sup> tales disposiciones son de considerarse de interés público y no están sujetas a convención particular de las partes afectas al proceso concursal y en tal extremo ni siquiera el juzgador puede hacer una aplicación distinta a la hipótesis normativa expresa.

Por otro lado se tienen las normas relativas a la conservación de la empresa como ente productivo, también afectas por definición legal al interés público, pero distintas a las adjetivas, por ser estas derivadas del control por parte del juez, como rector del procedimiento concursal, debiendo a su arbitrio y claro está dentro de la previsión normativa, determinar sus alcances buscando lograr precisamente el rescate del comerciante declarado en concurso mercantil.

Para abordar la problemática de la norma concursal objetiva y su carácter de ser de interés público, se debe partir de la premisa por la cual toda actividad empresarial se encuentra afecta al riesgo, así lo apunta Judith Saldaña: “el ser empresario es una actividad en la cual se corre riesgo con daños o perjuicios eventuales que son previsibles pero no siempre eludibles”,<sup>244</sup> por tanto el fracaso en los negocios es una de las posibilidades dentro de tal actividad, consecuentemente en el proceso concursal “se busca tratar el concurso ocasionado por causas ajenas al comerciante, como una posibilidad en el mundo de los negocios, el cual recibe un tratamiento especial y que omite todo tipo de sanciones al comerciante. Dicho tratamiento consiste en buscar primero salvar la empresa para evitar las pérdidas que una quiebra ocasiona a sus acreedores y a la sociedad”,<sup>245</sup> la consecución de tal fin, se obtiene primariamente con la suscripción del convenio de acreedores

---

240 ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, (Cinco Tomos), Segunda Edición, Editorial Ediar, Argentina, 1961.pp. 57 y 58.

241 PASAPERA MORA, Alfonso, “Principios orientadores de la Ley de Concursos Mercantiles”, en NIEBLAS ALDANA, Gricelda, (Coordinadora), Derecho Concursal, Editorial Porrúa, México, 2012, p.41.

242 Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

243 Ibidem.

244 SALDAÑA ESPINOSA, Judith, “Utilidad del concurso mercantil”, en NIEBLAS ALDANA, Gricelda, (Coordinadora), Derecho Concursal, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 21.

245 QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Concursos Mercantiles. Doctrina, Ley, Jurisprudencia, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 16.

dentro de la fase de conciliación;<sup>246</sup> sin embargo, por reforma de 27 de diciembre de 2007, se posibilitó expresamente la suscripción del convenio de acreedores en la fase de liquidación del activo de la empresa, esto es, ya declarada la quiebra, como se desprende del contenido de los artículos 177 y 262 fracción V de la Ley de Concursos Mercantiles.<sup>247</sup>

Se entra así al centro del tema abordado: cuáles son los parámetros para justificar el salvataje de la empresa declarada en concurso y lo más importante hasta dónde el Estado puede intervenir para tal acción, la cual, normativamente en México, recae en el juzgador como rector del procedimiento concursal, conforme lo dispone el Artículo 7° de la Ley de Concursos Mercantiles de texto siguiente: “El juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que esta Ley establece, sin que pueda modificar cualquier plazo o término que fije la misma salvo que ésta lo faculte expresamente para hacerlo”;<sup>248</sup> numeral además ilustrativo de las diferencias entre el aspecto adjetivo y objetivo del interés público ya abordado, cuenta habida, que por un lado le da al juez las más amplias facultades para cumplir lo previsto en ley –aspecto objetivo del concurso- sin poder trastocar las normas taxativas referentes a plazos o términos –aspecto adjetivo del concurso- pero ambas compartiendo la idea de un procedimiento concursal moderno: terminar el problema de forma rápida y efectiva, al menos esto teleológicamente.

El primer punto planteado, esto es la justificación de la intervención estatal, presenta una posible respuesta rápida; esto es, en la medida de la viabilidad de la empresa sujeta a concurso, será el interés público en su rescate; en ese aspecto, los elementos financieros dados a conocer al juez serán el elemento con el cual medir tal interés, no pasando por alto en el caso mexicano, corresponde precisamente al conciliador o en su caso al síndico presentar dichos parámetros a través del plan de negocios correspondiente, justificando con ello el contenido de las cláusulas del convenio.<sup>249</sup>

El agotamiento del primer tópico arroja el verdadero problema, porque si bien es cierto, la viabilidad de la empresa se puede aceptar financieramente, no menos cierto es, ésta vendrá acompañada necesariamente por el sacrificio, que en menor o mayor medida harán los acreedores respecto de sus acreencias, presentándose entonces el punto más crítico: hasta donde se puede llegar con tal sacrificio. La respuesta ameritará cuestionar de la mejor manera posible, el aspecto permisivo de la norma concursal, en manos del juez condecorador del concurso, frente a ese interés público adjetivo referido tan reiteradamente.

---

246 La primera parte del artículo 3° de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos”. Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

247 Cfr. “Artículo 177.- Sin perjuicio de lo ordenado en el párrafo segundo, las facultades y obligaciones atribuidas por esta Ley al conciliador, distintas a las necesarias para la consecución de un convenio y el reconocimiento de créditos, se entenderán atribuidas al síndico a partir de su designación” y “Artículo 262.- El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos: I... V En la etapa de quiebra, cuando se apruebe un convenio por el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen las mayorías que refiere el artículo 157 de la Ley y el convenio prevea el pago para todos los Acreedores Reconocidos, inclusive para los que no hubieren suscrito el convenio”. Ibidem.

248 Ibidem.

249 Sobre el particular el artículo 151 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone: “El conciliador recomendará la realización de los estudios y avalúos que considere necesarios para la consecución de un convenio, poniéndolos, por conducto del juez, a disposición de los acreedores y del Comerciante con excepción de aquella información que tenga el carácter de confidencial en términos de las disposiciones aplicables”, Ibidem.

### Requisitos formales del convenio de acreedores.

Como se apuntó con antelación, el fin último de la Ley de Concursos Mercantiles es el rescate de la empresa y esto se cumple en mejor medida con la suscripción del convenio de acreedores; como se destacó, aun en la etapa de quiebra, por tanto, la liquidación forzosa del ente productivo ha quedado rezagado al menos desde el punto de vista de la legislación mexicana.

La responsabilidad de la elaboración del convenio de acreedores recae en el especialista de concursos mercantiles –conciliador o síndico atendiendo si el concurso está en etapa de conciliación o quiebra respectivamente- quien es nombrado por el Instituto Federal de Especialistas Mercantiles (IFECOM),<sup>250</sup> concordato que está sujeto a diversos requisitos de forma, comenzando por ser impreso conforme a los formatos autorizados por el IFECOM, tales formatos contienen la propuesta de convenio, así como, un resumen de la misma.

En cumplimiento de tal requisito, el especialista contando con la opinión favorable del comerciante, pondrá a la vista de los acreedores reconocidos en un plazo de quince días hábiles la propuesta de convenio para los efectos de opinión y en su caso firma del mismo,<sup>251</sup> es durante esta etapa donde los acreedores reconocidos pueden acceder al plan de negocios financieramente justificativo para sustentar el contenido obligacional al cual se someterán los suscriptores del convenio y conforme se cumplan los requisitos de eficacia, generaran los efectos legales hacia los disidentes.

No puede pasarse por alto la laguna presentada por esta disposición al no establecer cómo darse publicidad a los acreedores reconocidos, respecto del inicio del término para tal vista; en la práctica personal esto se ha solucionado mediante la solicitud al juez del concurso, a efecto de notificar a los acreedores reconocidos mediante los estrados del tribunal, la disposición en el domicilio del especialista de la propuesta, para externar su opinión y en su caso suscripción de la misma; considerando con ello dar certeza de cumplimiento de tal obligación por parte del especialista.

Vencido el plazo para las opiniones y suscripción, el especialista cuenta con diez días hábiles más contados, para presentar al juez el convenio debidamente suscrito por el comerciante y al menos la mayoría requerida de acreedores reconocidos, exceptuando a los acreedores por créditos fiscales y los laborales, dicha exclusión de participación tiene sentido respecto de la autoridad fiscal considerando que solo el Ejecutivo Federal y mediante resoluciones de carácter general puede realizar la condonación total o parcial del pago de contribuciones,<sup>252</sup> en

---

250 El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles es el órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, el cual, entre otras atribuciones le corresponde designar a las personas que desempeñarán las funciones de conciliador y síndico en cada concurso mercantil, de entre las inscritas en los registros correspondientes.

251 El artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “El Comerciante o el conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable de aquél y de la mayoría de Acreedores Reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los Acreedores Reconocidos por un plazo de quince días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio”, Ibidem.

252 El artículo 39 del Código Fiscal de la Federación establece: “El Ejecutivo Federal mediante resoluciones de carácter general podrá:

I. Condonar o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios, autorizar su pago a plazo, diferido o en parcialidades, cuando se haya afectado o trate de impedir que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de actividad, la producción o venta de productos, o la realización de una actividad, así como en casos de catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias”, Código Fiscal e la Federación, Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1981, vigente.

consecuencia el fisco carece de capacidad para suscribir acuerdo alguno en forma particular; en cuanto al crédito laboral, la excepción de la firma opera por mandato constitucional tomando en cuenta lo preceptuado por la fracción XXIII del Apartado A del artículo 123 Constitucional, el cual garantiza el pago de los sueldos e indemnizaciones del último año anterior a la fecha de la sentencia de concurso mercantil, por tanto tales prestaciones no son concursales, sin embargo, esto no les excluye de algunos casos especiales, en donde por alguna razón, los trabajadores si participan firmando el convenio concursal, pero sin contar el monto del crédito para ser eficaz el convenio.

Mención especial requiere el requisito de la firma necesaria del comerciante en el convenio, sobre el particular, es de explorarse la posible situación en donde el especialista no cuente con la opinión favorable del comerciante y sí reúne la mayoría necesaria para la aprobación del convenio; este escenario cobra fuerza, si se toma en cuenta, el hecho de estar ya en la etapa de quiebra, donde el comerciante ha perdido su capacidad de ejercicio sobre la masa;<sup>253</sup> en tal hipótesis particular el síndico no requeriría de la suscripción del convenio por parte del comerciante, declarado ya incapaz respecto de la administración de la masa, aunque esto sería prima facie una contradicción, porque precisamente se estaría cumpliendo con el salvataje de la empresa a favor del comerciante, sin embargo, no puede perderse de vista la posibilidad de darse tal rescate a costa de perder los accionistas mayormente sus derechos dentro del negocio, como sucedería en el caso, de una capitalización de los créditos reconocidos, o el establecimiento de candados para el ejercicio de derechos corporativos tendientes al éxito de la ejecución del convenio.

Finalmente es importante destacar la eliminación de la junta de acreedores, en consecuencia, no es necesario que los acreedores reconocidos se reúnan a votar para suscribir el convenio.

Presentado el convenio de acreedores ante el juez para su aprobación, al día siguiente lo pone a la vista de los acreedores reconocidos por el término de cinco días hábiles, a efecto de presentarse las objeciones que consideren pertinentes, respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento o en su caso se ejerza el derecho de veto,<sup>254</sup> siendo de comentar la existencia de dos clases de derechos a ejercer, corresponden a dos posibles clases de acreedores.

En el caso de las objeciones, la disposición protege individualmente a la clase de acreedores suscriptores del convenio ante el especialista pero cuyo contenido del convenio presentado al juez, no corresponde al suscrito originalmente, o aquellos que en definitiva no firmaron y sin embargo, su consentimiento ha sido suplantado, porque físicamente sí se encuentra expresado en el convenio; esta previsión cobra importancia considerando, como ya ha quedado señalado, la

---

253 El artículo 169 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone: "La sentencia de declaración de quiebra deberá contener: I. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre los bienes y derechos que integran la Masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad", Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

254 El artículo 162 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone: "El juez al día siguiente de que le sea presentado el convenio y su resumen para su aprobación, deberá ponerlos a la vista de los Acreedores Reconocidos por el término de cinco días, a fin de que, en su caso:

Presenten las objeciones que consideren pertinentes, respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento, y

Se ejerza el derecho de veto a que se refiere el artículo siguiente"; por su parte el diverso numeral 163 de la ley en cita al que se refiere el normatividad anterior señala: "El convenio podrá ser vetado por los Acreedores Reconocidos comunes que no hubieren suscrito el convenio, cuyos créditos reconocidos representen conjuntamente más del cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores.

No podrán ejercer el veto los Acreedores Reconocidos comunes que no hayan suscrito el convenio si en éste se prevé el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de este ordenamiento", *Ibidem*.

firma del convenio se hace fuera del juzgado con el especialista y por separado cada uno de los acreedores, esto ante la falta de junta de acreedores para votar, por lo tanto si bien sería bastante complejo para el especialista, no puede dejarse de considerar la posibilidad de una situación anómala y por tanto la legislación protege la autenticidad de la voluntad externada en el concordato, dentro de un contexto de índole particular.

Respecto del derecho de veto, la protección legislativa se presenta como una prerrogativa auténtica de la minoría disidente, en defensa de su derecho a mejorar su posición en el convenio, deteniendo su posible aprobación. De ahí la exigencia mínima para hacer efectivo ese derecho de integrar solo el 50% más uno del total del monto reconocido a los acreedores comunes no suscriptores del convenio para posibilitar el ejercicio de este derecho.

Una vez transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de objeciones o en su caso del veto al convenio, comienza la verdadera labor del arbitrio judicial para la aprobación del convenio sujeta a dos lineamientos solamente, el primero de tipo formal en donde el juzgador revisa que se cumplan los requisitos previstos en la ley y, el segundo, en donde el juez vigilará que el contenido obligacional del clausulado del convenio puesto a su consideración, no contravenga disposiciones de orden público,<sup>255</sup> así las cosas el juez, por un lado se convierte en un verificador de cumplimiento de requisitos de forma, en esencia los ya expuestos en este apartado y por otro, prácticamente en total plenitud de libertad de jurisdicción, sin mayores límites, saber el objetivo derivado del contenido en las disposiciones legales de próximo análisis y el subjetivo consistente en su arbitrio como garante de la protección del citado orden público.

#### **Estipulaciones del convenio concursal.**

Como se viene destacando, el juzgador al momento de llevar a cabo el análisis del convenio concursal y asumiendo haberse cumplido los requisitos de forma, se procedería a verificar el contenido obligacional expresado en las diversas cláusulas del acuerdo. En tal situación el primer escollo a superar es la previsión expresa en el convenio de la forma en que serán cubiertos los créditos preferentes a saber: los laborales derivados de la protección constitucional del salario anteriormente detallados, los contraídos para la administración de la masa por el comerciante con autorización del conciliador o síndico, aquellos indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa, los contraídos para atender los gastos de seguridad, refacción, conservación y administración de la masa, así como, los derivados de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la misma.

Por lo que hace al caso de los créditos laborales el comerciante fuera del concordato concursal puede celebrar convenios con los trabajadores, limitada esta permisión a agravar los términos de sus obligaciones a cargo, tales convenciones particulares se reitera deben estar incluidas en el convenio presentado al juez, fuera de esta salvedad, la ley no permite la convención extra concursal de créditos reconocidos, incluso respecto de los preferentes descritos distintos al laboral, cuya forma de pago deberá ser parte integral del convenio de acreedores.

Mismo efecto resulta respecto de los acreedores singularmente privilegiados, con garantía real

---

255 Al respecto el artículo 164 establece: "Transcurrido el plazo a que se hace referencia en el artículo 162 de esta Ley, el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos previstos en el presente Capítulo y no contravenga disposiciones de orden público.

En este caso el juez dictará la resolución que apruebe el convenio", *Ibidem*.

y con privilegio especial no suscriptores del convenio, cuyo pago debe estar previsto dentro del convenio, destacando la excepción de no ejecución de las garantías reales -hipotecaria y prendaria- prevista por el artículo 160 en relación con el diverso artículo 158 de la Ley de Concursos Mercantiles, en el supuesto de estipularse en el convenio el pago total de las acreencias con sus accesorios o el pago hasta el límite del valor de sus garantías, siempre y cuando cualquiera de estas formas de liquidar el adeudo se prevenga concretar en un plazo máximo de treinta días hábiles; no importando si el valor de la garantía no es suficiente para cubrir el total el adeudo, cuenta habida, de darse esta situación, la diferencia no cubierta se considerará como crédito común.

Otra previsión a insertar en el convenio, corresponde a la forma de pago de los créditos fiscales. Sobre este tema la ley concursal mexicana distingue acertadamente los créditos fiscales con garantía real y aquellos distintos a estos; así los primeros seguirán la misma suerte de los créditos garantizados con hipoteca o prenda en general y por lo que hace a los créditos fiscales no garantizados se deberá establecer en el convenio la forma de pago,<sup>256</sup> ahora bien, tal circunstancia obliga remitirse a la legislación fiscal aplicable al caso, es menester recordar lo comentado respecto de la imposibilidad de otorgar quitas sean totales o parciales en forma particular, imposibilitando la convención respecto de los créditos derivados de contribuciones, sin embargo, el Código Fiscal de la Federación, como disposición legal de orden general y emanada del legislativo, si previene los límites de la condonación de los créditos fiscales en el caso de alcanzarse la firma del convenio de acreedores.<sup>257</sup>

Del contenido de la disposición normativa en cita se tiene como primera posibilidad la obtención del beneficio mínimo de entre los otorgados por lo acreedores que no sean subordinados y que representen al menos el 50% reconocido a los acreedores no fiscales, esto siempre y cuando el importe de los créditos fiscales represente menos del 60% del total de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal; la segunda opción corresponde al caso en donde el monto de los créditos fiscales excede el 60% del total de los créditos reconocidos, en tal caso la condonación recaerá exclusivamente sobre los accesorios de las contribuciones adeudadas, esta segunda previsión, sintoniza con la ley concursal al preceptuar que en el caso de alcanzarse

---

256 El artículo 152 de la Ley e Concursos Mercantiles establece: "El Comerciante podrá celebrar convenios con los trabajadores siempre que no agraven los términos de las obligaciones a cargo del Comerciante, o solicitar a las autoridades fiscales condonaciones o autorizaciones en los términos de las disposiciones aplicables.

Los términos de los convenios con los trabajadores y de las resoluciones de autorizaciones o condonaciones relativas al pago de las obligaciones fiscales deberán incluirse en el convenio que, en su caso, se celebre con arreglo a este Título", *Ibidem*.

257 El artículo 146-B del Código Fiscal de la Federación previene: "Tratándose de contribuyentes que se encuentren sujetos a un procedimiento de concurso mercantil, las autoridades fiscales podrán condonar parcialmente los créditos fiscales relativos a contribuciones que debieron pagarse con anterioridad a la fecha en que se inicie el procedimiento de concurso mercantil, siempre que el comerciante haya celebrado convenio con sus acreedores en los términos de la Ley respectiva y de acuerdo con lo siguiente:

Cuando el monto de los créditos fiscales represente menos del 60% del total de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal, la condonación no excederá del beneficio mínimo de entre los otorgados por los acreedores que, no siendo partes relacionadas, representen en conjunto cuando menos el 50% del monto reconocido a los acreedores no fiscales.

Cuando el monto de los créditos fiscales represente más del 60% del total de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal, la condonación, determinada en los términos del inciso anterior, no excederá del monto que corresponda a los accesorios de las contribuciones adeudadas.

La autorización de condonación deberá sujetarse a los requisitos y lineamientos que establezca el reglamento de este Código", Código Fiscal e la Federación, Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1981, vigente.



un convenio se cancelaran las multas y accesorios generadas durante la etapa de conciliación,<sup>258</sup> la problemática presentada por esta disposición es el hecho de señalar expresamente la cancelación de multas y accesorios generados en la conciliación, dejando fuera de la hipótesis si se alcanza un convenio en la etapa de quiebra, particularmente si se toma en consideración la posibilidad de iniciar el proceso concursal directamente en la etapa de quiebra.<sup>259</sup>

Para finalizar el tema de los créditos fiscales, no puede perderse de vista, en el caso de incumplimiento de pago de las obligaciones convenidas, esto dará motivo a iniciar el procedimiento administrativo de ejecución conforme las disposiciones fiscales aplicables.

Uno de los temas de mayor controversia corresponde a la constitución de reservas<sup>260</sup> para el pago de las diferencias derivadas de las resoluciones por sentencia definitiva que modifiquen la cuantía de los créditos reconocidos, para poner en contexto, la sentencia por la cual se determina la cuantía de los créditos, es la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, esta es apelable, pero sin suspender el procedimiento, por lo tanto, con cierta normalidad procesal, se da el caso que se tiene ya armado el convenio y algunos acreedores habiendo impugnado la sentencia de mérito aun no tienen definido su crédito, lo cual, además tiene mayor trascendencia no solo por el quantum, porque si bien es cierto, la reserva implica un tema de previsión de pago, en el no menor de los casos, la impugnación versa sobre aspectos cualitativos del crédito, esto es, la prelación y graduación, lo cual, tiene efectos directos sobre el porcentaje de votos a requerir para ser eficaz el convenio.

Mismo enfoque puede ser aplicado al segundo crédito por reservar, a saber los créditos fiscales pendientes de determinar, esta previsión resulta en extremo amplia, tomando en cuenta el sistema de autodeterminación de las contribuciones conforme la legislación tributaria mexicana, sin que se especifique a cuales créditos se refiere, porque los existentes reconocidos ya están determinados y si se refiriera, como se entiende, a futuras determinaciones, materialmente sería imposible establecer el monto de tales contribuciones, o si se estuviera inmerso en un proceso de verificación de cumplimiento de obligaciones por parte de la autoridad fiscal, evidentemente también resulta muy difícil considerar cual será el monto de la determinación.

Otro punto cuestionable, es saber si el cumplimiento de la previsión de las reservas, es precisamente eso, una circunstancia futura y cierta, en donde se establece la obligación de reservar parte de los ingresos ya aprobado el convenio para integrar dicha reserva, o si se debe constituir y exhibir para dar cumplimiento a la suficiencia exigida por la norma; desde luego que es de decantarse sobre la primera consideración.

Por otro lado el propio artículo 153 de la ley en comento, previene la posibilidad de manifestaciones individuales de acreedores en beneficio de la masa y desde luego siempre que expresión de voluntad genere un trato menos favorable para dicho acreedor respecto de la

---

258 El segundo párrafo de la Ley de Concursos Mercantiles refiere: "En caso de alcanzarse un convenio en términos del Título Quinto de esta Ley, se cancelarán las multas y accesorios que se hayan causado durante la etapa de conciliación", Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

259 El artículo 20 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: "El Comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones en términos de cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, podrá solicitar que se le declare en concurso mercantil, el cual, en caso de ser fundado, se abrirá en etapa de conciliación, salvo que el Comerciante expresamente pida que el concurso mercantil se abra en etapa de quiebra", Ibidem.

260 Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles: "El convenio deberá prever reservas suficientes para el pago de las diferencias que puedan resultar de las impugnaciones que se encuentren pendientes de resolver y de los créditos fiscales por determinar", Ibidem.



generalidad de los otros con el mismo grado, tales condiciones particulares deben constar expresamente en el convenio de acreedores pudiendo ser relativas a la extinción total o parcial de sus créditos, su subordinación y por qué no, incluso renunciaciones de garantías.<sup>261</sup> Concluyendo con el tema de las previsiones que debe contener el convenio se encuentran los casos, en los cuales se propongan aumentos de capital en la empresa declarada en concurso, en ese tenor se tiene la oportunidad de contener en el convenio tales aumentos, pero el conciliador, así lo señala expresamente el artículo 155 de la ley concursal mexicana, aunque no existe razón legal alguna para que dentro de la quiebra el síndico lleve a cabo tal procedimiento; debe cumplir con informar al juez para notifique a los socios tal cuestión y puedan ejercer sus derechos de preferencia, destacando que el plazo de quince días que les puede otorgar el juzgador para tales efectos, es en días naturales, de tal forma que el juez pueda oportunamente autorizar el aumento de capital conforme la propuesta inserta en el convenio.<sup>262</sup> No debe perderse de vista, respecto del conjunto de las estipulaciones analizadas, la falta de límites objetivos en las obligaciones por asumir, como consecuencia de la suscripción y en su caso aprobación del convenio; cuestión toral si se considera a una mayoría integrada por acreedores comunes y acreedores subordinados, la cual, en principio no tiene limitaciones cuantitativas para imponer un convenio lesivo para las minorías no firmantes, así es claramente cuestionable, la ausencia de tales limitaciones al porcentaje de quitas, o plazos de espera, máxime que en la realidad se han aprobado convenios con quitas para los acreedores comunes de hasta un 90% de sus acreencias, sin mayor análisis que el derivado del cumplimiento de las mayorías necesarias para hacer eficaz el convenio. Ese tema será el corolario y como tal será materia de profundización más adelante, por lo pronto baste subrayarlo, como una forma de contextualizarlo dentro del marco del contenido obligacional del convenio de acreedores.

#### **La eficacia del convenio concursal.**

Como se viene apuntando en cuanto a otros temas, la eficacia del convenio concursal no escapa a la crítica de carecer la Ley de Concursos Mercantiles de máximos cuantificables respecto de las cargas que se establecen en el convenio. Efectivamente la eficacia se concreta a la valoración numérica de los créditos comunes y subordinados que firmen el convenio y que representen más del 50% de dichos créditos, con ciertas limitantes en cuanto al porcentaje de representación de los acreedores subordinados; dentro de esta valoración se sumarán al monto para determinar el porcentaje de eficacia, los acreedores con garantía real o privilegio especial que si firmen el convenio. Hay autores que critican esta inclusión argumentando con cierta lógica, no entender “por qué requerimos de la firma de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del monto de los créditos con garantía real y privilegio especial. Recordemos que los créditos con garantía real son los únicos que siguen generando intereses, hasta cubrir el

---

261 El último párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles prevé: “Cualquier Acreedor Reconocido, que suscriba el convenio a que hace referencia este artículo, puede prever la extinción total o parcial de sus créditos, su subordinación u alguna otra forma de tratamiento particular que sea menos favorable que el tratamiento que se da a la generalidad de acreedores del mismo grado, siempre y cuando conste de manera expresa el consentimiento del mismo”, *Ibidem*.

262 El artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “En caso de que en la propuesta de convenio se pacte un aumento de capital social, el conciliador deberá informarlo al juez para que lo notifique a los socios con el propósito de que éstos puedan ejercer su derecho de preferencia dentro de los quince días naturales siguientes a su notificación. Si este derecho no es ejercido dentro del plazo señalado, el juez podrá autorizar el aumento de capital social en los términos del convenio que hubiere propuesto el conciliador” *Ibidem*.

monto del valor de las garantías y los acreedores con privilegio especial son aquellos que tienen facultades de retención, por lo que los mismos no tienen interés en que se logre un buen convenio”,<sup>263</sup> esta apreciación, sin embargo, no puede ser absoluta, en cuanto al desinterés de los acreedores con garantía real o privilegio especial en participar del convenio.

Para dar sentido al problema es de considerarse al mundo de los negocios como una esquema en donde a veces perdiendo se gana, así de nada le servirá a un acreedor con garantía real o privilegio especial, si por la falta de suscripción del convenio sobreviniera la declaración de quiebra, sobre todo si hasta antes de esta el negocio estuviera funcionando cubriendo su operación ordinaria; el solo hecho de la declaración de quiebra obliga a cuantificar el pasivo laboral, hasta ese momento contingente y a preparar la venta del activo, para pagar a tales acreedores laborales, ubicados por encima de los acreedores reales y con privilegio especial. En tal escenario por demás catastrófico si los créditos preferentes son iguales o mayores al valor de la garantía real o retenida, desde luego que tales acreedores no cobrarán en ejecución de sus garantías y engrosarán sus créditos al grado y prelación de los comunes. En palabras de Gricelda Nieblas “Conservar una empresa es un asunto en el que todos ganan, y aunque se deben asumir costos por todos los participantes, los beneficios también van más allá de los que obtienen en lo particular el comerciante y sus acreedores, pues se mantienen los empleos, la producción de bienes y servicios, se fomenta la competencia empresarial”.<sup>264</sup>

#### **Acreedores Suscriptores del Concordato.**

Tomando en cuenta las premisas expuestas, lo conducente es conocer el contenido de la disposición otorgante de eficacia al convenio concursal, así el artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “Para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma de:

- I. El monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes y subordinados, y
- II. El monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio”.<sup>265</sup>

Luego entonces la eficacia descansa primordialmente en obtener más del 50% de la suma de los montos reconocidos a los acreedores comunes y subordinados, con la posibilidad de engrosar la votación con los importes de los créditos de los acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que si firmen el convenio. A mayor claridad se proponen los siguientes ejemplos:

	Consolidado	Pasivo con voto	Suscriptores	Porcentaje
Preferentes	500,000.00			
Reales	1,000,000.00			
Privilegio especial	200,000.00			

263 SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, Concursos Mercantiles, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 163.

264 NIEBLAS ALDANA, Gricelda, “Figuras jurídicas cuyo fortalecimiento apoya la eficiencia del convenio concursal mercantil”, en NIEBLAS ALDANA, Gricelda, (Coordinadora), Derecho Concursal, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 259.

265 Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

Fiscales sin garantía	50,000.00			
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	1,000,000.00	44.44%
Subordinados	250,000.00	250,000.00	250,000.00	11.11%
Pasivo total	4,000,000.00	2,250,000.00	1,250,000.00	55.56%

Como se observa el monto con el cual adquirió eficacia el convenio si acaso corresponde al 25% del total del pasivo, sin embargo, los efectos del convenio impactan a todos los acreedores, conforme las reglas de las estipulaciones que debe contener el convenio.

Ahora bien, se destaca para los subsecuentes cuadros que el monto de los acreedores subordinados se deja constante asumiendo ser partes relacionadas con el comerciante y por su afinidad votarían siempre con la totalidad de su crédito, en este ejemplo no se logra la eficacia, a saber:

	Consolidado	Pasivo con voto	Suscriptores	Porcentaje
Preferentes	500,000.00			
Reales	1,000,000.00			
Privilegio especial	200,000.00			
Fiscales sin garantía	50,000.00			
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	500,000.00	22.22%
Subordinados	250,000.00	250,000.00	250,000.00	11.11%
Pasivo total	4,000,000.00	2,250,000.00	750,000.00	33.33%

En el siguiente cuadro y a sabiendas, para el caso de quiebra, se cubriría con parte del valor de las garantías el pasivo laboral, los acreedores garantizados optan mejor por firmar el convenio, dicho sea de paso pueden estipular mejores condiciones que los comunes y se obtendría:

	Consolidado	Pasivo con voto	Suscriptores	Porcentaje
Preferentes	500,000.00			
Reales	1,000,000.00	1,000,000.00	1,000,000.00	28.99%
Privilegio especial	200,000.00	200,000.00	200,000.00	5.80%
Fiscales sin garantía	50,000.00			
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	500,000.00	14.49%
Subordinados	250,000.00	250,000.00	250,000.00	7.25%
Pasivo total	4,000,000.00	3,450,000.00	1,950,000.00	56.52%

Lo cual le da sentido a la participación de los acreedores garantizados en la suscripción del convenio, conservando su garantía y seguramente con condiciones más favorables respecto de los comunes, esto con independencia del muy bajo nivel de aceptación de tales acreedores comunes, sobre quienes, en este caso particular, solo tendría efectos el convenio en tanto lo hayan suscrito y no respecto a los comunes disidentes a quienes no se les impondrían las condiciones del convenio derivado de las restricciones a tratar posteriormente.

Una de las deficiencias corregidas en la ley en virtud de la reforma de 10 de enero de 2014, fue la inclusión de los acreedores subordinados y su limitación de voto para imponer el convenio;

hasta antes de la reforma el monto de sus créditos se sumaban libremente al de los comunes o a los garantizados según fuera el caso y posibilitaba la aprobación del convenio en perjuicio evidente de aquellos con los que no tuvieran relación afín, ilustrando tal anomalía se obtiene lo siguiente:

	Consolidado	Pasivo con voto	Suscriptores	Porcentaje
Preferentes	500,000.00			
Reales	1,000,000.00			
Privilegio especial	200,000.00			
Fiscales sin garantía	50,000.00			
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	600,000.00	15.00%
Subordinados (Comunes)	2,000,000.00	2,000,000.00	2,000,000.00	50.00%
Pasivo total	5,750,000.00	4,000,000.00	2,010,000.00	65.00%

Con la reforma señalada se estableció como límite para considerar el monto reconocido a los acreedores subordinados el 25% del total de los créditos comunes y los reales y privilegio especial que si votan, además la eficacia del convenio quedó condicionada a considerar al menos el cincuenta por ciento de la suma total del monto de los créditos reconocidos mencionados,<sup>266</sup> en relación con esto se tiene el siguiente cuadro:

	Consolidado	Pasivo con voto	Suscriptores	Porcentaje
Preferentes	500,000.00			
Reales	1,000,000.00	500,000.00	500,000.00	15.15%
Privilegio especial	200,000.00			
Fiscales sin garantía	50,000.00			
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	1,000,000.00	30.30%
Subordinados	800,000.00	800,000.00	800,000.00	24.24%
Pasivo total	4,550,000.00	3,300,000.00	2,300,000.00	69.70%

No debe olvidarse que el legislador agregó como salvedad de aplicación de tal regla, el caso en donde los acreedores subordinados se allanen a los términos del acuerdo que suscriban el resto de los acreedores reconocidos, prevaleciendo solamente el tope del porcentaje del 25% referido.

### La presunción de eficacia.

Dentro del tema de la eficacia Luis Manuel Meján, reconoce el convenio de acreedores con

<sup>266</sup> El segundo párrafo del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles previene: "En los casos en que el Comerciante tenga Acreedores Reconocidos subordinados a los que se refiere la fracción II del artículo 222 Bis, incluyendo a las personas a que se refieren los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II, que representen al menos el veinticinco por ciento del monto total reconocido de los créditos a que hacen referencia las fracciones I y II del presente artículo, en lo individual o en conjunto, para que el convenio sea eficaz deberá estar suscrito por los Acreedores Reconocidos que representen, al menos, el cincuenta por ciento de la suma total del monto de los créditos reconocidos a que hacen mención las fracciones I y II del presente artículo, excluyendo el monto de los créditos a favor de los acreedores subordinados a los que se refiere la fracción II del artículo 222 Bis, incluyendo a las personas a que se refieren los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II", *Ibidem*.

presunción de eficacia,<sup>267</sup> al considerarlo bajo ciertas reglas como suscrito por todos los acreedores comunes; en lo personal se opina designar doctrinalmente dicho convenio como: “Convenio Inobjetable” o “Forzoso” tomando en cuenta los efectos del mismo acorde al contenido del artículo 158 de la Ley de Concursos Mercantiles: “El convenio se considerará suscrito por todos aquellos Acreedores Reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna por su parte, cuando el convenio prevea con respecto de sus créditos lo siguiente:

- I. El pago del adeudo que era exigible a la fecha en que surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, convertido a UDIs al valor del día de la sentencia de concurso mercantil;
- II. El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de concurso mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el concurso mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil. Estas cantidades se convertirán en UDIs al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, y
- III. El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil y que los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles”.<sup>268</sup>

La disposición transcrita es simplemente una retroacción al estado que guardaban los créditos del comerciante al momento de ser declarado en concurso mercantil y, pese a ser cuestionable el sentido práctico de la disposición, al pensarse la ociosidad y costo de la solicitud del concurso mercantil, para terminar presentando un convenio donde simplemente se pagarán los créditos en la forma pactada originalmente; contrario a esto, resulta también suficientemente válido, si bien, el concurso mercantil dura trescientos sesenta días máximo, no debe perderse de vista que tal término comienza a contarse desde la publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación, por tanto entre la solicitud y dicha publicación pudieron pasar varios meses, en los cuales con una prudente estrategia, en la que se obtuvieran del juez medidas cautelares tendientes a evitar la ejecución de embargos y otras providencias precautorias para garantizar los créditos, permitiendo la capitalización de la empresa, resulta no ser descabellada la decisión de solicitar el concurso mercantil, amén de considerar la posibilidad de haber sido declarado en concurso a partir de la demanda de algún acreedor, dando suficiente tiempo al litigio inicial para reestructurar la empresa y presentar el convenio de trato, calificado inicialmente como inobjetable, máxime si se toma en cuenta el contenido del segundo párrafo del artículo 163 de la Ley de Concursos Mercantiles que niega el derecho a vetar el convenio presentado en los términos ya señalados.

#### **Acreedores disidentes.**

Previo abordar este tópico, no debe olvidarse como premisa necesaria de la disidencia, la existencia del derecho de ser considerado como acreedor reconocido suscriptor del convenio; esta

---

267 Meján Carrer, Luis Manuel, Concursos Mercantiles, Ayuda de Memoria, México, Editorial Oxford, 2010, p. 184.

268 Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

anotación posiblemente excesiva en su precisión no lo es tal, tomando en cuenta algunos casos, en donde los efectos del convenio no solo se reflejan en los disidentes, sino también en aquellos acreedores quienes sin tener el derecho a firmar –ausencia de posibilidad de participar en el convenio- ven afectados sus créditos por alguna circunstancia específica, como ejemplo claro de ésta hipótesis se tienen los acreedores fiscales, mismos como se ha precisado anteriormente, no están habilitados legalmente para firmar el convenio y el monto de sus créditos queda fuera de la cuantificación de eficacia del convenio, sin embargo, la aprobación del mismo genera diversas consecuencias jurídicas afectando su acreencia, como ya se ha analizado con antelación. Luego entonces, se insiste en la necesidad de precisar el punto abordado y en tales condiciones se tiene como disidentes propiamente a los acreedores con garantía real, los que tengan un privilegio especial y los comunes.

Excepcional sería el caso de los acreedores subordinados cuya disidencia podría darse por el hecho de estar posibilitados para firmar el convenio y no hacerlo, pero se entiende dada la afinidad con el comerciante que esta situación no se daría, sin embargo, no es una conducta necesaria y en consecuencia pudiera actualizarse la disidencia de los acreedores subordinados; en tal extremo los efectos del convenio serían los mismos preceptuados en la norma para los comunes no suscriptores del concordato.

#### **Acreedores con garantía real.**

El artículo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles<sup>269</sup> reconoce expresamente para los acreedores reconocidos con garantía real que no hayan firmado el convenio el derecho iniciar o continuar con la ejecución de sus garantías, con la salvedad de estar previsto en el convenio el pago de su crédito en treinta días hábiles contados a partir de la fecha de aprobación del convenio o cubriendo como pago el valor de sus garantías, hasta el importe de dicho valor, señalando la disposición para el caso de ser menor el monto obtenido por la realización de la garantía, el saldo excedente se integrará a los acreedores comunes, con el tratamiento correspondiente a los de ese mismo grado, no suscriptores del convenio.

Es de comentarse, a pesar de no firmar el convenio estos acreedores, finalmente si existe un efecto hacia el crédito, cuenta habida que la sola previsión del pago en dinero o a través de la garantía, implica acotar el derecho de ejecución; en ese tenor, si existe un óbice a la autonomía de la voluntad del acreedor real, quien no puede ejercer libremente su derecho a cobro, inclusive con la prerrogativa establecida en su favor del pago del crédito, porque al menos tendrá que esperar los treinta días hábiles de plazo previsto en la ley para poder cobrar, quedando suspendido desde luego cualquier acto de ejecución; misma suerte corre la segunda salvedad, en donde por virtud del convenio, el acreedor queda obligado a aceptar la dación en pago de su crédito, limitando con ello su derecho a rematar la garantía al mejor postor y obligándolo a aceptar la dación y quedarse para sí con el bien para su posterior realización, lo cual, muchas veces no es tan sencillo de llevar a cabo.

Bajo estas consideraciones, no suscribir el convenio concursal, siempre en el entendido de

---

269 El contenido textual del artículo 160 señala: “Aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real que no hayan participado en el convenio que se suscriba, podrán iniciar o continuar con la ejecución de sus garantías, a menos que el convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta Ley, o el pago del valor de sus garantías. En este último caso, cualquier excedente del adeudo reconocido con respecto al valor de la garantía, será considerado como crédito común y estará sujeto a lo establecido en el artículo anterior”, *Ibidem*.

cumplirse con las previsiones en estudio, sí genera una afectación a la autonomía de la voluntad del acreedor con garantía real, respecto de la ejecución plena de los bienes garantes de su crédito.

### **Acreedores con privilegio especial.**

Por lo que hace a los acreedores con privilegio especial no suscriptores del convenio y atendiendo a su derecho de retención, le resultan aplicables las mismas reglas de ejecución libre de sus garantías, de igual manera con las salvedades de estar previsto en el convenio el pago de sus créditos o la aceptación de la dación de la garantía como forma de pago, hasta el importe del valor de la misma.

Tal condición de igualdad se deriva de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 220 de la Ley de Concursos Mercantiles cuyo contenido textual refiere: “Los acreedores con privilegio especial cobrarán en los mismos términos que los acreedores con garantía real o de acuerdo con la fecha de su crédito, si no estuviere sujeto a inscripción, a no ser que varios de ellos concurrieren sobre una cosa determinada, en cuyo caso se hará la distribución a prorrata sin distinción de fechas, salvo que las leyes dispusieran lo contrario”.<sup>270</sup>

### **Acreedores comunes.**

En el caso de los acreedores comunes no suscriptores se revela el verdadero sentido de la imposición del convenio concursal, si bien es cierto, el artículo 159 de la Ley de Concursos Mercantiles<sup>271</sup> establece con precisión cuales son las estipulaciones generadoras de efectos sobre los disidentes comunes, deben de considerarse insuficientes dado sus limitaciones cuantitativas.

Específicamente se tienen tres posibles estipulaciones: la espera con capitalización de intereses ordinarios, una quita sobre el saldo e intereses devengados y una combinación de quita y espera, condicionado en general a que el plazo o el porcentaje de la quita haya sido aceptado por los acreedores comunes representantes al menos del 30% del monto reconocido en ese grado, contrario sensu, de no darse esta condición específica a pesar de que el convenio sea eficaz para las demás partes suscriptoras o disidentes, este límite porcentual exclusivo para los comunes constituye una barrera para evitar la imposición a estos acreedores, de un convenio obtenido con la mayoría de acreedores de otros grados y la participación minoritaria de otros acreedores comunes, exaltando con tal medida protectora, la par conditio creditorum, ya que, el punto de inflexión de la imposición del acuerdo recae en la representación calificada exclusiva de los precitados acreedores comunes.

---

270 Ibidem.

271 El artículo 159 de la Ley de Concursos Mercantiles textualmente previene: “El convenio sólo podrá estipular para los Acreedores Reconocidos comunes que no lo hubieren suscrito lo siguiente:

Una espera, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración máxima igual a la menor que asuman los Acreedores Reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado;

Una quita de saldo principal e intereses devengados no pagados, igual a la menor que asuman los Acreedores Reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado, o

Una combinación de quita y espera, siempre que los términos sean idénticos a los aceptados por al menos el treinta por ciento del monto reconocido a los Acreedores Reconocidos comunes que suscribieron el convenio.

En el convenio se podrá estipular que los créditos se mantengan en la moneda, unidad de valor o denominación, en que fueron originalmente pactados”, Ibidem.



A pesar del obstáculo mencionado, es de considerarse, la ausencia del límites temporales en cuanto al plazo y respecto de la quita de un máximo objetivo del porcentaje. Hugo Richard al referirse a lo abusivo de la propuesta concursal opina: “No nos satisfacen argumentos para tentar la homologación de esos acuerdos, tales como que en caso de liquidación lo que se obtendría sería menor, y que se eliminó el umbral legal del 40% de pago, lo que permitiría quitas totales, además de eternas esperas que implican en la realidad acrecentar las quitas”;<sup>272</sup> en ese mismo sentido, la inserción en la ley concursal mexicana de límites temporales y porcentuales, correspondientes a esperas y quitas, darían mayor certeza fomentando la protección del crédito, ya que, de esta forma el acreedor profesional o no, al menos puede cuantificar el máximo riesgo al que se vería involucrado en el escenario de que su acreditado o cliente se viera inmerso en una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones orillándole al concurso mercantil, esto siempre con la previsión normativa, de posibilitar al juzgador a autorizar mayores plazos o porcentajes de quitas, condicionados precisamente a valorar la importancia de rescatar al comerciante, criterio consistente con el interés público de conservación de la empresa, convirtiendo al juez en un auténtico protagonista de tal preservación, pero siempre contando con un máximo legal de garantía para los acreedores.

Este tipo de normatividad permisiva no es ajena al propio tema de los acreedores comunes no suscriptores del convenio, el último párrafo del analizado artículo 159 de la ley comentada posibilita establecer: “En el convenio se podrá estipular que los créditos se mantengan en la moneda, unidad de valor o denominación, en que fueron originalmente pactados”,<sup>273</sup> esto considerando que los créditos sin garantía real a la fecha de la sentencia de concurso mercantil dejan de generar intereses y quedan indexados en Unidades de Inversión,<sup>274</sup> a saber unidades de valor basadas en la inflación.

### **La aprobación del convenio y el arbitrio judicial.**

Al tenor de todo lo expuesto, el acto de aprobación del convenio concursal ¿es realmente una resolución donde el juzgador utilice su arbitrio para llegar a un determinado sentido? Tal cuestionamiento se sustenta, con independencia del abuso en la propuesta concursal, en el hecho de que todos los requisitos de forma y los porcentajes de montos para dar eficacia al convenio se cumplan en el convenio puesto a consideración del juez para su aprobación, este debe aprobarlo necesariamente, o puede según su arbitrio negar la aprobación.

Es de pensarse que si da el cumplimiento literal de todos los requisitos previstos en la norma, el juzgador no puede desaprobado el convenio porque estaría faltando al interés público de la Ley de Concursos Mercantiles, porque el único campo donde podría negar la aprobación es dentro del campo de la contravención de normas de orden público, pero cuáles son éstas y hasta dónde se pueden anteponer al propio interés público de conservación de la empresa, cuando primariamente se cumple con todo lo previsto en la normatividad para ser eficaz el convenio. Ariel

---

272 RICHARD, Efraín Hugo, *Perspectiva el Derecho de la Insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2010, p.77.

273 Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

274 El artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “A la fecha en que se dicte la sentencia de concurso mercantil: I. El capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos en moneda nacional, sin garantía real, dejarán de causar intereses y se convertirán a UDIs utilizando al efecto la equivalencia de dichas unidades que da a conocer el Banco de México. Los créditos que hubieren sido denominados originalmente en UDIs dejarán de causar intereses”, *Ibidem*.

Ángel Dasso haciendo referencia al proceso concursal mexicano advierte: “El sistema se aparta claramente de aquellos ordenamientos en los cuales las condiciones del acuerdo obtenido por mayoría se aplican, sin más, a los no acuerdistas”.<sup>275</sup>

Al respecto el artículo 166 de la Ley de Concursos Mercantiles es tajante: *“Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil y, en consecuencia, dicho convenio y la sentencia que lo aprueba, constituirán el único documento que rija las obligaciones a cargo del Comerciante con respecto a los créditos reconocidos.*

*Toda espera, quita, remisión y cualquier otro beneficio que dicho convenio y la sentencia que lo aprueba establezca en favor del Comerciante sólo se entenderá respecto de éste, y no respecto de los obligados solidarios, avalistas, fiadores y demás codeudores, coobligados y garantes del Comerciante, salvo consentimiento expreso del acreedor del crédito reconocido de que se trate.*

*Asimismo, con la sentencia cesarán en sus funciones los órganos del concurso mercantil. Al efecto, el juez ordenará al conciliador la cancelación de las inscripciones que con motivo del concurso mercantil se hayan realizado en los registros públicos”.*<sup>276</sup>

En palabras llanas, la sentencia de aprobación coloca al convenio de acreedores como el único vínculo obligacional del comerciante frente a sus acreedores reconocidos, sean suscriptores o no del mismo, por lo tanto fuera de este no existe forma legal de escapar de sus efectos, que como se ha venido destallando efectivamente se corrobora lo mencionado por Dasso, el convenio obliga a todos, por tanto es de sostenerse la idea de dotar al juez de un tope en los plazos de espera y porcentaje de quitas, que a pesar del análisis jurídico del convenio verificando el cumplimiento normativo de forma y eficacia, ya no podrá traspasar desde el punto de vista cuantitativo tal límite, pero siempre dejando el margen suficiente para los casos excepcionales, en donde la importancia de mantener la empresa lo obligue a él y, en el particular caso mexicano, con la opinión del especialista de concursos mercantiles como su auxiliar técnico, a justificar un mayor sacrificio a los acreedores involucrados en el proceso concursal.

### **Efectos sobre los suscriptores.**

Aprobado el convenio y en plenitud de sus efectos considerando que la resolución aprobatoria del mismo haya causado estado, en virtud de no haber sido apelada<sup>277</sup> por alguna parte interesada, al tenor de lo previsto por el artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles:

“El convenio aprobado por el juez obligará:

- I. Al Comerciante;
- II. A todos los Acreedores Reconocidos comunes; II Bis. A todos los Acreedores Reconocidos subordinados;
- III. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que lo hayan

---

275 DASSO, Ariel A., Derecho Concursal Comparado, Tomo II, Editorial Legis, Argentina, 2009 p. 1081.

276 Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 2000, vigente.

277 Conforme lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley de Concursos Mercantiles la resolución aprobatoria del convenio da por terminado el concurso mercantil por lo tanto dicha sentencia es apelable al tenor del diverso artículo 266 de la ley en cita, que dispone: “La sentencia de terminación del concurso mercantil será apelable por el Comerciante, cualquier Acreedor Reconocido, y el Ministerio Público así como por el visitador, el conciliador o el síndico en los mismos términos que la sentencia de concurso mercantil”, Ibidem.

suscrito, y

- IV. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial para los cuales el convenio haya previsto el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta Ley.

La suscripción del convenio por parte de los Acreedores Reconocidos con garantía, real o personal, o con privilegio especial, no implica la renuncia a sus garantías o privilegios, por lo que subsistirán para garantizar el pago de los créditos a su favor en los términos del convenio.

Tratándose de créditos colectivos con garantía real, ésta sólo podrá ser ejecutada cuando esa acción provenga o sea consecuencia de la decisión adoptada por mayoría requerida por las disposiciones que regulen o los documentos que instrumenten dichos créditos colectivos y, en ausencia de una disposición al respecto, en la asamblea general de acreedores correspondiente, en los términos del artículo 161 Bis 1 de esta Ley”.<sup>278</sup>

Esto incluye a los no suscriptores (Fracción IV) con garantía real o privilegio especial respecto de los cuales ya se mencionó quedan vinculados al convenio, al incluirse su pago o la dación en pago en el acuerdo aprobado, destacando que el concordato de marras no genera la novación de los créditos<sup>279</sup> y como lo establece el segundo párrafo del numeral transcrito, se dejan intocados los derechos sobre las garantías o privilegios especiales respecto de los acreedores firmantes del convenio.

#### **Acreedores con garantía real o privilegio especial no firmantes del convenio.**

Donde si presentan diversas situaciones a considerar, es en el caso de aquellos acreedores con garantía real que inicien o continúen con la ejecución de las garantías para el cobro de sus créditos. Sobre el particular primero hay que hacer algunas precisiones.

La ejecución reglada por la ley a la que se viene haciendo referencia es procedente ya dentro de la quiebra, esto es pensando en que se fracasó en la suscripción del convenio o simplemente no se haya aprobado el convenio y en consecuencia se declaró la quiebra, sin embargo, no pueden pasarse por alto los procedimientos concursales en donde desde un inicio se declara en concurso mercantil al comerciante directamente en quiebra, es decir, en ambo casos se trata de procedimientos abiertos, en los cuales, por lo que hace al primero difícilmente se llegará al convenio dado el fracaso en la conciliación, más esto no significa que sea imposible y en el segundo no se sabe aún si se llegará aún convenio habiendo mayor posibilidad para ello.

En tales la ley concursal sí previene un periodo en el que el síndico puede suspender la ejecución al respecto el artículo 124 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “Durante los primeros treinta días naturales de la etapa de quiebra, el síndico podrá evitar la ejecución separada de una garantía sobre bienes que estén vinculados con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante cuando considere que es en beneficio de la Masa enajenarla como parte de un conjunto de bienes.

En estos casos, previamente a la enajenación del conjunto de bienes de que se trate, el síndico

---

<sup>278</sup> Ibidem.

<sup>279</sup> El artículo 235 de la Ley de Concursos Mercantiles señala: “Concluido el concurso mercantil, los acreedores que no hubiesen obtenido pago íntegro conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo contra el Comerciante”, Ibidem.

realizará una valuación de los bienes que garantizan el crédito:

I. Si el acreedor no ejerció el derecho a que se refiere el segundo párrafo del artículo 89 de esta Ley, se aplicará lo siguiente:

a) Si la valuación del síndico resulta mayor al monto del crédito de que se trate, incluyendo los intereses devengados hasta el día de la enajenación, el síndico realizará el pago íntegro del crédito, con las deducciones que correspondan conforme a esta Ley, o

b) Si de la valuación resulta un monto menor al del crédito, incluyendo los intereses correspondientes, el síndico pagará al acreedor el monto de la valuación. Si la valuación es menor al monto del crédito reconocido a la fecha de declaración de concurso, se registrará su diferencia como crédito común.

II. Si el acreedor ejerció el derecho a que se refiere el segundo párrafo del artículo 89 de esta Ley se procederá conforme a lo siguiente:

a) Si el acreedor le atribuyó a su garantía un valor mayor a la valuación del síndico, éste pagará al acreedor el monto de la valuación y registrará para pago como crédito común la diferencia entre la valuación y el monto del crédito reconocido a la fecha de declaración de concurso, o

b) Si el acreedor le atribuyó a su garantía un valor menor a la valuación del síndico, éste le pagará el monto que el acreedor haya atribuido a su garantía, y registrará para pago como crédito común la diferencia entre el valor atribuido y el monto del crédito reconocido a la fecha de declaración de concurso.

Para las comparaciones y los pagos a que se refiere este artículo, el valor atribuido por el acreedor a su garantía se convertirá a moneda nacional, utilizando al efecto el valor de las UDIs del día anterior al del pago al acreedor.

En todos los casos, el pago al acreedor deberá realizarse dentro de los tres días siguientes al de la enajenación del paquete de bienes de que se trate”<sup>280</sup>.

Fuera de esta hipótesis, ya respecto a los acreedores con garantía real o privilegio especial, es de considerar como requisito fundamental para ejecutar sus garantías, no haberse contemplado el pago de sus créditos o la previsión de otorgar la dación en pago y con tal falta de estipulación el convenio haya sido aprobado, generando el derecho a ejecutar en forma absolutamente independiente del concurso, desde luego concluido y firme la sentencia.

Pero de darse la situación donde se generó el fracaso del convenio y en consecuencia sea declarada la quiebra, de nueva cuenta estaría acotado el derecho de dichos acreedores para ejecutar las garantías, porque al mantenerse abierto el concurso ahora en quiebra, quedan inmersos en el procedimiento antes mencionado, desde luego de actualizarse el contenido del supuesto normativo en estudio y el interés del síndico.

### **Imposición del convenio a los acreedores comunes disidentes.**

Como se ha venido comentando, es en los acreedores comunes disidentes, donde permean en mayor medida los efectos del convenio concursal aprobado, por ello la ley de concursos

---

280 Ibidem.

mercantiles prevé una mayoría específica en donde al menos el 30% de los acreedores comunes hayan suscrito el convenio aceptando las condiciones establecidas para su pago y reflejar estas a los disidentes, bajo esta perspectiva el ejemplo numérico para este caso sería así:<sup>281</sup>

	Consolidado	Monto para voto	Suscriptores	
Garantía Real	2,000,000.00	1,000,000.00	1,000,000.00	29%
Privilegio especial	700,000.00	200,000.00	200,000.00	6%
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	500,000.00	14%
Subordinados	300,000.00	300,000.00	300,000.00	9%
	5,000,000.00	3,500,000.00	2,000,000.00	57%
		Porcentaje de comunes		25%

En este caso a pesar de estar en posibilidad el juez de aprobar el convenio concursal, ya que se reúne el 57% del pasivo que sí vota, no podría imponer las quitas o esperas a los comunes disidentes porque el grado de comunes que está participando en la decisión entre sus pares no alcanza el 30% previsto en ley, en esta hipótesis el convenio si es eficaz y en condición de aprobarse, pero no habría efectos sobre los comunes disidentes, es decir, no se pueden imponer los acuerdos estipulados, los que afectan solo a los suscriptores comunes.

En el siguiente cuadro sí se genera la imposición:

	Consolidado	Monto para voto	Suscriptores	
Garantía Real	2,000,000.00	1,000,000.00	1,000,000.00	29%
Privilegio especial	700,000.00	200,000.00	200,000.00	6%
Comunes	2,000,000.00	2,000,000.00	600,000.00	17%
Subordinados	300,000.00	300,000.00	300,000.00	9%
	5,000,000.00	3,500,000.00	2,000,000.00	60%
		Porcentaje de comunes		30%

De lo que se colige, es cierto, el porcentaje exigido en la ley resulta una buena defensa para los acreedores comunes disidentes, pero en realidad no resulta tan difícil brincar el tope, tomando en cuenta los votos aplanadores de otros acreedores de diversos grados, no perdiendo de vista que en el cálculo los subordinados representan un porcentaje bastante lejano al límite legal establecido para dejar de tomar en cuenta su voto.

Por otro lado es de significarse el tema de la capitalización de los créditos. La experiencia ha venido a demostrar que tal opción ha posibilitado la suscripción de algunos convenios y la consecuente solución a procedimientos concursales complejos, sin embargo, es de opinarse que tal figura solamente puede darse respecto de los acreedores suscriptores del convenio, más no sobre los disidentes, ello a pesar de cumplir con el porcentaje exigido por la legislación concursal mexicana; esto es así tomando en cuenta lo previsto por el ya citado artículo 159, limitativo en el sentido de prever para los comunes disidentes solo quitas, esperas o una combinación de estas, más la previene la capitalización de deuda. En tales condiciones, la capitalización de créditos no se

281 Se omite insertar otros acreedores cuyos montos no cuentan para el porcentaje por no ser de importancia para lo que se pretende ilustrar con el ejemplo. Nota del autor.

puede imponer a los acreedores comunes disidentes.

Con ello se demuestra la insuficiencia de evitar el acuerdo abusivo hacia los acreedores comunes disidentes, advirtiendo la importancia de otros mecanismos de control directo sobre las estipulaciones que se pueden insertar en el convenio de acreedores, como se ha venido proponiendo, el establecimiento preciso de límites a los plazos de espera y al porcentaje de las quitas, con los casos de excepción correspondientes, pueden ser la respuesta al abuso de derecho.

### **Conclusiones.**

La Ley de Concursos Mercantiles vigente en México contiene diversos mecanismos de control para evitar el abuso del derecho en el caso de los convenios concursales aprobados por el juez, dichos convenios son vinculatorios en mayor o menor medida a todos los acreedores reconocidos, con independencia de la calidad de su crédito o la exteriorización de su consentimiento al momento de ponerse a la vista el concordato concursal, tomando en cuenta, aún en los casos de tener el derecho de ejecución sobre las garantías otorgadas por su crédito, a pesar de no firmar el convenio, bajo ciertas condiciones, si conlleva efectos que restringen la autonomía de la voluntad para el ejercicio pleno de su derecho, más allá de la previsión del pago de sus acreencia, puede obligársele por el solo hecho de así preverlo el convenio, a tomar en dación en pago su garantía con la consabida dificultad de realización de la misma, aun como se ha expresado sin participar de la firma del convenio.

En cuanto al tema de los límites del arbitrio judicial en la aprobación del convenio concursal, el estado actual de la legislación concursal mexicana genera incertidumbre al dejar en absoluta libertad de estipular sin límite toda clase de sacrificios para los acreedores reconocidos, especialmente los comunes disidentes, quedando acotada la actividad jurisdiccional a revisar los requisitos de forma y eficacia del convenio para ser aprobado, sin poderle dar la legislación la posibilidad de incluso negarse a aprobar el convenio, tomando en cuenta de darse este extremo, las partes pueden apelar la decisión con amplias posibilidades de obtener una resolución favorable, si no en la Alzada, si ante el tribunal de amparo.

Dotar de elementos objetivos, con los cuales se limiten los plazos y las quitas da certeza prima facie que el resultado del concurso mercantil en cuanto a la afectación de los créditos no podrá pasar de estos límites y de pretender cruzarlos, las partes involucradas, particularmente, el especialista de concursos mercantiles deberá demostrar financieramente la necesidad de mayor plazo o quita, destacando la importancia del valor social de la empresa, para justificar ante el juez la propuesta estipulando mayores pérdidas a los acreedores previstas en la ley, con tal de salvar la empresa, siendo entonces sí y solo sí, responsabilidad del juzgador en su arbitrio determinar sus propios límites en defensa del interés público previsto en la Ley de Concursos Mercantiles respecto de la conservación del ente productivo, en aras de los efectos colaterales derivados del bienestar económico generados directa o indirectamente por la actividad empresarial, que de suyo no debería ser estigmatizada ante el fracaso, más aun es deber del Estado, si es viable el negocio, protegerlo y salvaguardarlo, para dar una nueva oportunidad para la continuidad del más idóneo fenómeno generador de riqueza: la libre empresa.

### **Bibliografía.**

ALSINA, Hugo, Tratado TeóricoPráctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda

Edición, Editorial Ediar, Argentina, 1961.

DASSO, Ariel A., Derecho Concursal Comparado, (Dos Tomos), Editorial Legis, Argentina, 2009.

Mejan Carrer, Luis Manuel, Concursos Mercantiles, Ayuda de Memoria, México, Editorial Oxford, 2010.

NIEBLAS ALDANA, Gricelda, (Coordinadora), Derecho Concursal, Editorial Porrúa, México, 2012.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Concursos Mercantiles. Doctrina, Ley, Jurisprudencia, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2011

SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, Concursos Mercantiles, México, Editorial Porrúa, 2010.

RICHARD, Efraín Hugo, Perspectiva el Derecho de la Insolvencia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2010.

**Legislación.**

Ley de Concursos Mercantiles, Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 2000, México.



**CAPITULO SEIS.****LA Oponibilidad del Acuerdo de los Acreedores en el Concurso Peruano.****Jean Paul BROUSSET. Perú.****Consideraciones en torno a un nuevo derecho concursal de corte social.**

En mis clases universitarias suelo comparar al derecho concursal con un terremoto jurídico, el cual es inducido por el legislador con el objeto de lograr que se sienten en una sola mesa el deudor y sus acreedores, a fin de solucionar el conflicto generado por la delicada situación económica del deudor. También comparo metafóricamente esta situación con el principal milagro de uno de nuestros santos emblemáticos: San Martín de Porres. Este santo moreno que vivió durante la Lima Virreinal del siglo XVI, hizo comer de un solo plato a perro, pericote y gato. De igual manera la norma concursal junta -extraordinariamente- en una misma mesa negocial al deudor y a todos sus acreedores, para tratar de solucionar la crisis económica del deudor.

El mecanismo que utiliza la norma peruana para este “milagro” jurídico tiene un nombre complejo: Suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Es a través de este constructo que el derecho concursal en el Perú impulsa a los acreedores a sentarse y negociar de forma conjunta con el deudor en crisis, suspendiendo los plazos y modos de todas las obligaciones concursales (aquellas devengadas con anterioridad a la fecha de corte), las que tendrán los nuevos plazos y modos que establezca la junta de acreedores.

Así, la norma concursal modifica instituciones jurídicas como los contratos, las obligaciones, el derecho de garantías, entre otras, con el objeto de paralizar las acciones de cobranza de los acreedores y así motivar a que los mismos se apersonen al concurso como vía única para cobrar dichas acreencias.

El presente artículo abordará los pormenores de dicho acuerdo, así como sus efectos jurídicos sobre las obligaciones concursales, tanto en el caso del Procedimiento ordinario como del concurso preventivo, los dos tipos de procesos concursales existentes en el Perú.

También intentaremos reflexionar respecto de aquellos acreedores que por alguna causa sufren efectos distintos a la generalidad, ya sea por haberse apersonado tardíamente a dicho proceso o por no apersonarse nunca al mismo. Sobre el particular, intentaremos identificar la justicia de la regulación de estos casos en la norma peruana, proponiendo las modificaciones que se requieran para garantizar -sobre todo- derechos privilegiados como los laborales o los alimentarios.

Quisiera hacer finalmente una precisión filosófica respecto del enfoque que hemos asumido en el desarrollo del presente texto. Nuestra visión del concurso, -y en general del derecho- es que los mecanismos jurídicos no sirven como meras herramientas para la vinculación pacífica entre individuos. Creemos que estos mecanismos debe servir sustantivamente para lograr la justicia inter partes.

Y la justicia se impone. No es algo que fluya necesariamente entre partes de condiciones desiguales. No creemos, por lo tanto, en las alegres reglas del libre mercado que pre-conciben agentes bienintencionados que van a tender a comportarse en adecuación con un fin general. Tampoco satanizamos a dichos agentes (es decir, tampoco creemos que van a ser necesariamente egoístas como lo postulaba Hobbes). El ser humano contiene tanto bondad como maldad en su esencia. Pero el derecho no puede permitir que la esencia dañina y ególatra de los individuos se

desborde, aniquilando o mermando las posiciones ya afectadas de la parte del conjunto social que tiene las condiciones menos favorecidas en la sociedad. Aquí es donde actúa la justicia, estableciendo ese mínimo de convivencia que garantiza que los menos beneficiados de la sociedad no sean pisoteados por los más beneficiados de la misma.<sup>282</sup>

El derecho concursal, -como parte de este todo normativo como es el derecho general- tiene también ese objetivo. Su ámbito de aplicación -la crisis de una empresa- es especialmente sensible a la ocurrencia de inequidades que afecten a los más desposeídos del conjunto regulado (como los acreedores laborales, los proveedores menores, los acreedores alimentarios). Y eso es lo que hay que evitar. Que los más beneficiados del mismo conjunto (las grandes empresas, los bancos, las transnacionales) no los avasallen con sus intereses particulares, totalmente razonables para ellos y totalmente atendibles y protegibles en situaciones de igualdad, pero que deben de ser dejados de lado cuando amilanan aún más la mermada condición de los menos beneficiados.

Ese es el gran reto que pretendo abordar con estas reflexiones, reto que coincide con mi visión del derecho concursal de corte social.

Ese derecho concursal con rostro humano, con rostro de justicia.

### **Principales características obligacionales de los acuerdos que se pueden adoptar en el marco de la ley concursal peruana (Ley 27809).**

El concurso y las modificaciones al derecho general de las obligaciones. Suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Críticas a la oponibilidad de los efectos del concurso.

En los contratos de mutuo en general existen obligaciones sinalagmáticas que deben cumplirse. Por parte del acreedor, la obligación de entregar una suma dineraria, y por parte del deudor la obligación de devolverla en un plazo y con un interés (modo) determinado. Así lo establecen los artículos 1648 y siguientes del Código Civil Peruano al regular este contrato típico, el mismo que constituye la base de todos los otros tipos contractuales en donde existan obligaciones de dar suma de dinero.

Por ello, en el marco del derecho civil y bajo una perspectiva positivista, resultaría válido que otra ley (una especial como es el caso de la ley del concurso), pueda modificar el contenido de la ley civil estableciendo nuevas reglas. En este caso la pirámide kelseniana no sufriría mayor embate, puesto que en el sistema jurídico peruano una ley tiene la capacidad de modificar otra ley.

La controversia se podría encontrar en la trasgresión que hace la norma concursal -a través del constructo comentado de suspensión de exigibilidad de obligaciones- del principio de libertad contractual, el mismo que se halla recogido en la Constitución del Estado.<sup>283</sup> Este principio señala que el legislador (y también los particulares como la junta de acreedores) está impedido de modificar los pactos inter partes. Al establecer la norma concursal la suspensión de las condiciones

---

282 Seguimos la visión filosófica de John Rawls desarrollada en su célebre libro "La Teoría de la Justicia", donde identifica lo que denomina "la posición inicial" que tiene que ver con el principio de imparcialidad aplicado a los fenómenos jurídicos.

283 Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

de plazo y modo del pacto original de mutuo, para posteriormente sustituirlas por lo acordado en la junta de acreedores, está otorgándole la potestad a este órgano -distinto a las partes originales del contrato- para modificar las obligaciones pactadas en el mismo. Desde un análisis meramente positivo, la norma concursal estaría contradiciendo lo estipulado por la norma constitucional. Esta contradicción jurídica entre dos normas de distinto rango (y en la que, en puridad, debería de permanecer inalterable la constitucional) no ha sido suficientemente clarificada por el legislador concursal peruano, colocando al íntegro del sistema concursal en situación contingente. Es cierto que se podría invocar el interés general para sustentar esta modificación legal al régimen particular de las obligaciones (aunque esta invocación debería estar sustentada en algún artículo constitucional para tener razonabilidad jurídica), pero desde el punto de vista de la sistemática positiva jurídica esto no ha sido adecuadamente estructurado, presentando el diseño severas fisuras en su configuración jurídica sustantiva.

Pero si el caso de la modificación de las obligaciones de naturaleza civil (dentro de las que incluimos las de naturaleza comercial) por un tercero distinto a los contratantes es polémico y reparable desde el punto de vista constitucional, el caso de la modificación legal de las obligaciones laborales presenta una mayor complejidad, siendo aún más reparable y cuestionable que el primero.

En efecto, la inexistencia de las obligaciones alcanza a las obligaciones laborales, lo cual presenta similar reparo constitucional, pues se modifican los pactos inter partes en el contrato de trabajo.

Pero el derecho laboral peruano tiene además otras normas constitucionales que también son transgredidas por este constructo. El artículo 26 numeral 2 del texto constitucional establece que los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la Ley son irrenunciables, por lo que ni él mismo tiene el poder para pactar en contrario (mucho menos una junta de acreedores). Uno de esos derechos es el pago oportuno de su prestación en la fecha establecida por ley (que en general es al cierre del mes de producida dicha prestación), precisando además la norma laboral que en caso de mora en el pago por parte del empleador, se devenga a favor del trabajador un interés legal laboral. Estos derechos (el pago oportuno y el interés por mora) como los otros derechos laborales surgidos del contrato de trabajo, tienen el carácter de irrenunciables para el trabajador.

Si ello es así, cuando la norma concursal establece la suspensión de exigibilidad de las obligaciones laborales para luego establecer que el contenido de los contratos laborales puede ser modificado por la junta de acreedores, está estableciendo la posibilidad inconstitucional que los derechos contenidos en dichos contratos puedan ser alterados por una supuesta voluntad colectiva (la de la junta) que se superpondría a la voluntad individual del trabajador, otorgándole a esta voluntad colectiva la facultad de renunciar en nombre del trabajador a derechos obtenidos por el mismo en su relación laboral originaria, como son las condiciones de plazo y modo de dichos contratos.

Pero esta no es la única afectación al derecho constitucional laboral en que incurre la norma concursal peruana. El artículo 24 de la Constitución Política del Perú establece el principio de prioridad de los créditos laborales frente a cualquier otra obligación del empleador. A continuación analizaré cómo el referido principio es trasgredido en las dos fases procesales del concurso: la fase postulativa, y la fase resolutoria (que subdividiremos en reestructuración y liquidación).

En la fase postulativa, al ingresar el deudor al concurso, la norma concursal peruana establece

distintos regímenes según nos encontremos ante obligaciones concursales u obligaciones corrientes. Son consideradas obligaciones concursales las devengadas con anterioridad a la fecha de publicación del concurso, y son obligaciones corrientes las devengadas con posterioridad a la referida fecha. Los efectos generales del concurso (entre ellos, el de suspensión de exigibilidad de obligaciones) alcanzan únicamente a las primeras, teniendo los acreedores de las segundas la libre potestad de ejecutar el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento. Así, un acreedor de créditos corrientes puede sacar a remate los activos del deudor en crisis y cobrarse su obligación prioritariamente a los acreedores de créditos concursales, incluyendo dentro de los mismos a los créditos de naturaleza laboral. Pero no solo los créditos corrientes tienen esta potestad. La norma concursal peruana establece en su artículo 18.6 que un tercero garantizado con el patrimonio del concursado puede también ejecutar el mismo en caso de incumplimiento de la obligación originaria, esto porque no existe ninguna obligación entre el deudor concursado y este tercero que pueda afectarse con la suspensión de exigibilidad de las obligaciones, existiendo sí un derecho de ejecución del patrimonio producto de la garantía otorgada por el deudor concursado.

Así, se vienen produciendo en los concursos peruanos ejecuciones judiciales del patrimonio del deudor en crisis por parte de estos actores superprivilegiados (los acreedores de créditos corrientes y el tercero garantizado con el patrimonio del deudor) que merman el referido patrimonio y frente a las cuales los acreedores laborales no tienen ninguna posibilidad -por lo menos dentro del concurso- para oponer su prioridad constitucional. Es cierto que algunas soluciones procesales han sido desarrolladas en la vía de la práctica para solucionar este tema. Las tercerías preferentes de pago han sido invocadas para lograr dichas soluciones, pero consideramos que la norma concursal no debería de contener estas contradicciones sustantivas al derecho constitucional general.

En la fase resolutive del proceso concursal, y cuando la decisión de la junta ha sido la reestructuración patrimonial, los créditos laborales pueden ser desestimados como créditos privilegiados (el artículo 42 de la norma concursal establece que los órdenes de prelación contenidos en el mismo son obligatorios solo en fase liquidatoria, por lo que la junta de acreedores puede pactar en contrario de aprobarse la reestructuración). Pero el legislador concursal no fue tan indolente frente a los derechos laborales. La norma concursal peruana regula dos instituciones que pretenden cumplir con la norma constitucional de prioridad de esta clase de créditos.

La primera institución se encuentra regulada en el artículo 69.1 de la Ley concursal, y establece que si el plan de reestructuración contempla la venta de activos de la empresa deudora, el íntegro del producto de la venta de dichos activos debe de ir a pre pagar las acreencias laborales reconocidas en el concurso. Hasta acá aparentemente podríamos afirmar que se cumple con el principio de prioridad, pues se privilegia a los créditos laborales en el pago producto de la venta de activos. Pero ¿y los créditos laborales no reconocidos en el concurso? La norma concursal establece que los créditos no reconocidos se pagarán al final. Por lo tanto, si la empresa deudora ha identificado la existencia de créditos laborales que no se han apersonado a concurso, los mismos van a ser pagados luego de que se les pague a los reconocidos, tengan la naturaleza que tengan. Por lo tanto en este supuesto resulta claro que la norma concursal está estableciendo la prioridad de créditos normales frente a créditos de naturaleza laboral, atentando contra el principio constitucional comentado.

Por cuanto a la segunda es la que se establece en el artículo 66.4 de la Ley concursal. Esta norma estipula que del 100% del flujo anual, destinado al pago de las deudas concursales, por lo

menos un 30% debe ser destinado a pagar a los créditos laborales bajo sanción de nulidad del plan. La trasgresión del principio de prioridad en estos casos, es directo. La junta puede decidir pagar prioritariamente a cualquier acreedor por el 70% del flujo anual destinado al pago de acreencias concursales, por lo que es evidente que en estos casos no funciona el principio constitucional reseñado.

De otro lado, en la fase de la liquidación también se producen severas trasgresiones al principio de prioridad constitucional de las acreencias laborales. Así, la norma concursal establece que en caso de decidirse la liquidación, se activan los órdenes de prelación establecidos, por lo que el liquidador debe pagar respetando los mismos. Hasta ahí, y dado que los créditos laborales tienen el primer orden de prelación, no existe mayor problema con el principio de prioridad, siendo este razonablemente respetado. Pero, a renglón seguido, la norma coloca por encima de los órdenes de prelación a los honorarios del liquidador y a los gastos de la liquidación, los mismos que van a detentar una especie de superprivilegio sobre los créditos concursales.

La justificación de este superprivilegio fue que el legislador concursal estimó que ninguna empresa administradora iba a querer aceptar el cargo de liquidador de una masa concursal si por encima de su expectativa de cobro de honorarios se colocaban a las acreencias laborales. Por ello - es decir por un tema práctico- se optó por darle este superprivilegio extraordinario, dejando de lado el principio constitucional de prioridad.

Por lo ya visto, opinamos que la norma concursal peruana presenta severas deficiencias en su estructura, las mismas que afectan los principios laborales de prioridad y de irrenunciabilidad. Sobre el particular, debemos recordar que los derechos laborales son parte sustantiva de los derechos humanos (forman parte de la tercera generación de los mismos, reconocida a nivel universal), y han sido reconocidos en el Perú no solo en la Constitución Política del Estado, sino en los pactos internacionales firmados por el mismo estado Peruano y que ratifican su estricta observancia. El derecho concursal no puede desconocer estos principios que forman parte de la estructura misma de nuestro sistema jurídico.

Con estas reflexiones que más presentan dudas que certezas sobre la validez de los mecanismos comentados, pasaremos al siguiente punto de análisis propuesto.

### **Los tipos de concurso y sus características especiales.**<sup>284</sup>

A lo largo de la historia del concurso en el Perú (que se inicia con la promulgación -el 30 de diciembre de 1992- del Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial), han existido una diversidad de procedimientos concursales. Así, podemos identificar al Procedimiento ordinario y al concurso preventivo, regímenes que estructuraron las normas concursales iniciales (Decreto Ley 26116, Decreto Legislativo 845) y que se mantienen vigentes a la fecha, aunque con sustantivas modificaciones. En estas normas primarias se encontraba también el denominado procedimiento simplificado, el cual tenía por objeto regular las crisis patrimoniales de las pequeñas y medianas empresas, y que fue desestimado por la vigente norma concursal (Ley 27809).

Paralelamente, existieron otros regímenes especiales expedidos en situaciones excepcionales en el Perú. Así, podemos reseñar al procedimiento transitorio (DU 064-99-EF) que fue un régimen concursal de excepción promovido por el gobierno ante el advenimiento de severos desastres

---

284 Para una revisión de la legislación histórica sobre las normas que regularon los concursos en el Perú, así como de las normas vigentes ver <https://www.indecopi.gob.pe/web/procedimientos-concursales/legislacion-y-directivas>

naturales producto del fenómeno del niño que azotó a nuestro país en los años 1997 y 1998, y que fundamentalmente posibilitaba a las empresas a ingresar a concurso en cualquier situación en que se encontrasen.

Otro régimen también derogado es el que se desarrolló a través de la modificación del artículo 703 del Código Procesal Civil (modificado luego al art. 692-A del mismo texto legal). Este artículo establecía que el juez -en los procesos de cobro de obligaciones de dar suma de dinero- podía requerir al deudor para que pusiese a disposición del juzgado bienes libres de gravamen con el objeto de garantizar la obligación sentenciada a favor del acreedor demandante, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de disolución y liquidación conforme a la norma concursal vigente. Es así que, por esta vía indirecta se comenzó a utilizar el proceso concursal para la liquidación de cualquier tipo de patrimonios, ya sea de comerciantes como de no comerciantes. Así, y ante la falta de normas que regulasen la quiebra civil, el derecho concursal se abocó a liquidar patrimonios de cualquier tipo de deudores en crisis. Durante la vigencia de dicho régimen el INDECOPI pudo verificar a nivel estadístico, que el concurso en el Perú se utilizaba fundamentalmente (casi en el 90% de los casos) para liquidar patrimonios de personas no comerciantes. Al constatarse esta distorsión, el régimen fue derogado.<sup>285</sup>

También existió en Perú un régimen parecido al concursal -y que en determinado estadio del proceso remitía al mismo- que reguló las crisis patrimoniales de los clubes deportivos (Leyes 29862 y 30064). Se acogieron a dicho régimen dos de los grandes clubes de fútbol peruanos: El Club Alianza Lima y el Club Universitario de Deportes. La idea de dichas normas era transformar a estas asociaciones sin fines de lucro -que venían soportando severas crisis económicas por manejos poco transparentes de su dirigencias- en sociedades anónimas. La propuesta no prosperó, y dichos clubes mantuvieron su estatus societario, estando en la actualidad, todavía vigentes los concursos, habiendo las juntas de acreedores tomado la administración de los clubes en crisis.

Las características generales de los dos tipos de concursos vigentes en el Perú son las siguientes:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO	CONCURSO PREVENTIVO
Regula la crisis grave de una empresa deudora. En líneas generales la norma peruana entiende por crisis grave a aquella que implica pérdida patrimonial.	Regula la situación de crisis leve de una empresa deudora. La norma peruana entiende que se encuentra en crisis leve una empresa que presenta una situación de cesación de pagos (los activos corrientes no cubren los pasivos corrientes).
La junta de acreedores puede decidir la reestructuración o la liquidación de la empresa.	La junta de acreedores puede decidir solo por la reestructuración de la empresa. De no aprobarse la misma se levantará el concurso.

285 Adjuntamos el link donde pueden verificarse los anuarios expedidos por el INDECOPI hasta el año 2015. En ellos se pueden verificar las estadísticas generales comentadas. <https://www.indecopi.gob.pe/en/estadisticas>

En caso decidirse por la reestructuración de la empresa, la junta de acreedores aprueba un documento denominado “plan de reestructuración”.	En caso decidirse por la reestructuración de la empresa, la junta de acreedores aprueba un contrato denominado “Acuerdo Global de Refinanciamiento”.
---	--

A continuación procederemos a desarrollar los conceptos que definen a los negocios jurídicos que se celebran entre acreedores y deudor en cada uno de los dos tipos de procedimientos reseñados.

### **El plan de reestructuración al interior del procedimiento ordinario.**

En líneas generales la norma concursal peruana define al plan de reestructuración como el negocio jurídico multilateral celebrado entre el deudor en crisis y determinados acreedores con el objeto de establecer las nuevas condiciones generales de pago de las obligaciones concursales. En caso de incumplimiento por parte del deudor de los términos y condiciones del plan, la norma establece que la administración declarará la disolución y liquidación de la empresa, declaración que debe ser ratificada por la Junta.

Establecida esta definición, procederemos a analizar cada uno de sus elementos constitutivos.

Negocio jurídico multilateral. En esta ficción jurídica las partes del acuerdo son dos. Por un lado el deudor en crisis y por el otro el conjunto de acreedores tomado como un todo de multiplicidades. Este diseño jurídico tiene su justificación en el hecho de que, al estarse regulando una crisis estructural (crisis grave) del deudor, cualquier incumplimiento de los términos y condiciones del plan implicará la resolución global del acuerdo (efecto erga homnes).

El problema de este constructo -que hemos reparado en trabajos anteriores y que ratificamos en el presente- es que homologa de manera compleja la situación jurídica de los acreedores, situación que puede ser muy diferente sobre todo cuando analizamos el estatus jurídico de los acreedores privilegiados. En efecto, este tratamiento contractual colectivo de la masa como una parte única del proceso -con idénticos derechos y obligaciones en el plano contractual-, hace perder de vista las gruesas diferencias que deberían mantenerse en el tratamiento entre acreedores normales y acreedores privilegiados. Así, al equiparar los derechos generales que detenta un acreedor quirografario con los derechos de un acreedor laboral o alimentario, se pierden de vista la estructura constitucional de protección de estos últimos (ya hemos desarrollado este punto en la primera parte de esta exposición).

A nuestro concepto esta homologación no puede ser aceptada en nuestro sistema jurídico, sobre todo porque violenta derechos humanos fundamentales -como ya hemos descrito al hablar de los derechos laborales, pero que podríamos ampliar con similares argumentos a los derechos alimentarios-, por lo que somos de la opinión de que estos tipos de acreedores no deberían de formar parte del concurso, y por lo tanto no deberían de estar incluidos dentro de esta masa que conforma esta parte contractual.

La norma concursal establece que pueden formar parte de la junta que aprueba el plan, aquellos acreedores reconocidos dentro del concurso cuyo apersonamiento al mismo se hizo de manera oportuna (es decir, dentro de los 30 días de efectuada la publicación que notificaba a la comunidad comercial del inicio del proceso). Estos acreedores son los que adoptarán la decisión, pero sus efectos serán erga homnes, es decir, oponibles a todos los acreedores del deudor, estén



o no reconocidos en el proceso.

El problema que identificamos es en relación a los acreedores tardíos y a los no reconocidos, pero sobre el mismo reflexionaremos en el ítem siguiente.

El objeto del negocio es establecer nuevas condiciones de pago de las obligaciones concursales. Como ya hemos reflexionado, estas nuevas condiciones van a modificar los pactos sustantivos originarios entre el deudor y cada uno de los acreedores. Respecto de aquellos que participan en la junta, los reparos contra la libre voluntad de contratar serían infundados, dado que son las partes mismas las que pactan la modificación de las condiciones originales de las obligaciones. El tema es hacer oponible dichos pactos a los terceros no participantes de los mismos. Sobre esa discusión ya hemos reflexionado suficientemente. Las afectaciones a principios constitucionales como la libertad contractual misma, y a principios de derecho laboral como son el de irrenunciabilidad y el de prioridad en los pagos han sido resaltadas en los párrafos precedentes.

Las restricciones más resaltantes al contenido de estas nuevas condiciones se encuentran relacionadas con los créditos tributarios. En efecto, la norma concursal prohíbe que se pacten condiciones de plazo y modo para estos créditos que sean menores o más gravosas que las del promedio de los acreedores. Asimismo establece que dichos créditos no pueden ser materia de condonación o de capitalización de obligaciones.

Entendemos que el sustento de estas restricciones es que los créditos tributarios contienen obligaciones a favor de la generalidad de la comunidad, por lo que debe de existir un marco protector adicional a los mismos que limite el libre pacto entre acreedores y deudor. Encontramos mucha lógica en este raciocinio, pero nos preguntamos ¿Por qué no se utilizó el mismo para proteger a los créditos laborales y alimentarios que tienen contextos de supra protección similares?

Así, ¿Por qué no se pusieron límites medios para los pactos que afecten a tipos de créditos tan especiales y supra protegidos como los laborales y los alimentarios? ¿Por qué no se prohibió la condonación de créditos en el caso de estos créditos especiales, dado que los mismos -por su naturaleza especial- son irrenunciables?

El tema de la capitalización es más polémico. A los créditos laborales y alimentarios les puede convenir en determinados casos transformar sus créditos en títulos de propiedad del negocio de su deudor, y este cambio no necesariamente implica una renuncia de derechos. Por ello consideramos razonable que dicho pacto pueda ser oponible a los acreedores laborales y alimentarios. Lo que no consideramos conveniente es la forma de dicha oponibilidad. En el caso de estos créditos especiales se debería de requerir un consentimiento expreso, por los principios protectores de los mismos que ya hemos comentado y que son recogidos por el texto constitucional peruano.

La resolución por cualquiera de los acreedores es la principal característica que le da el carácter multilateral a este negocio jurídico. En efecto, tal y como ya lo reseñamos, este negocio jurídico se entiende efectuado entre el deudor y la masa de acreedores que conforman el concurso. Por lo tanto, si bien de un lado hay una sola parte, del otro hay un ente que tiene múltiples actores contenidos en él mismo (por lo menos dos, dice la norma concursal peruana).

Esta estructura multilateral tiene sustento en que este tipo de concurso se aplica sobre deudores en crisis grave, por lo que el legislador ha entendido que cualquier incumplimiento del contenido del plan implica la resolución inmediata del mismo y su remisión a situación de

liquidación.

Sobre el particular, el concurso peruano contiene un mecanismo de resolución algo enrevesado.<sup>286</sup> Una vez constatado el incumplimiento (ya sea por apercibimiento de uno de los acreedores o por declaración del propio deudor) la administración declara la disolución y liquidación del deudor por incumplimiento en los términos o condiciones establecidos en el plan, por lo que a partir de este momento dicho negocio jurídico debería de entenderse resuelto. El problema es que -acto seguido- la misma norma requiere un pronunciamiento final por parte de la junta de acreedores, la cual deberá de ratificar el pronunciamiento de la Comisión. Por ello debiéramos entender que el pronunciamiento de la Comisión no produce los efectos resolutivos deseados, y que los mismos recién se dan cuando la junta se pronuncia estableciendo el destino definitivo del deudor.

En conclusión, el acto constitutivo de la resolución del plan se produce con el pronunciamiento de la junta o con su silencio (pues este también conduce a la liquidación como lo establece la misma norma en el artículo 94.7), existiendo un acto previo meramente declarativo -como es el pronunciamiento de la Comisión- que antecede al pronunciamiento de la junta, pero que está sujeto a la condición sustantiva de este efectivamente se produzca y ratifique la decisión de liquidación.

#### **El acuerdo global de refinanciamiento al interior del concurso preventivo.**

Como ya hemos señalado, en el derecho peruano el Concurso Preventivo ha sido diseñado por el legislador en casos de que las empresas se encuentren en crisis leves, es decir, en situaciones de cesación de pagos. Los requisitos para acceder a este tipo de Concursos parten de una definición negativa: Si no están en crisis grave el legislador entiende que están en crisis leve.

Lo interesante de esta parte de la norma es que, dada esta forma negativa de definir la crisis leve, en puridad las empresas que no presenten crisis patrimoniales podrían presentarse a este tipo de concursos, pues solo tendrían que acreditar no tener pérdida patrimonial para poder acceder a estos concursos. Con esto -reiteramos- podrían acceder a un Concurso Preventivo empresas que no tengan una situación de cesación de pagos (es decir mayores pasivos corrientes que activos corrientes) sino que simplemente sientan que a futuro (dadas las condiciones del mercado, de su competencia, de la naturaleza de sus productos o cualquier otra razón que puedan elucubrar) puedan entrar en situación de crisis (crisis psicológica). La norma concursal peruana coincidiría así -no necesariamente por planificación- con las modernas teorías concursales (sobre todo en el derecho italiano) que entienden que el derecho concursal no solo se debería aplicar a empresas con algún nivel de crisis, sino a cualquier tipo de empresa que entienda que esta vía comercial puede resultar adecuada para solucionar los incumplimientos obligacionales en que incurra o en que pueda incurrir a futuro la empresa.<sup>287</sup>

---

286 Artículo 67.4.- La Comisión declarará la disolución y liquidación del deudor por incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el Plan de Reestructuración a solicitud de un acreedor o de oficio, cuando el incumplimiento haya sido declarado por el deudor. En dichos supuestos, la Junta dentro del plazo de treinta (30) días podrá adoptar los acuerdos referidos en los incisos b), c) y d) del numeral 50 .4 del artículo 50, de lo contrario, será de aplicación lo establecido en el numeral 97.4 del artículo 97.

287 Sobre el particular debemos resaltar las excelentes exposiciones del Doctor Ferri y del Doctor Vattermolli efectuadas en el Congreso Internacional del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado el año 2015 en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, en relación a las -en ese momento- recientes modificaciones a la norma italiana que

Respecto al diseño interno de este tipo de concursos, el mismo es muy similar al Procedimiento ordinario ya comentado.

Solo hay un punto medular por resaltar: la naturaleza bilateral del Acuerdo Global de Refinanciamiento (AGR). En efecto, el pacto que surge de la junta (AGR) no tiene el carácter multilateral del plan de reestructuración, pues se entiende que al no estar la empresa en una crisis grave, los incumplimientos del mismo pueden ser tratados de manera independiente entre cada acreedor y el deudor. Es por ello que la estructura del AGR es la bilateral, existiendo tantos pactos bilaterales como acreedores reconocidos.

De esta forma se puede mantener lo pactado en el AGR entre el deudor y los acreedores respecto de los cuales se cumpla dicho pacto, por lo que el incumplimiento en los términos del AGR que puede implicar la resolución del mismo por parte del acreedor afectado, solo trae consecuencias jurídicas entre el deudor y dicho acreedor, manteniendo vigentes los otros pactos bilaterales con los otros acreedores, en la medida en que el deudor cumpla con los mismos.

### **Afectaciones a las obligaciones concursales.**

#### **Afectaciones a las obligaciones de los acreedores reconocidos en el concurso. Régimen general en el concurso.**

Como ya lo dijimos en la introducción al presente trabajo, el derecho concursal utiliza el mecanismo de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones como vía para detener las acciones legales de cobro de los acreedores, motivando así a que se sienten en una sola mesa negocial para lograr un pacto común que solucione la crisis patrimonial del deudor. Vimos también con antelación, los reparos (sobre todo constitucionales) que encontrábamos en dicho mecanismo.

A continuación detallaremos cuáles son las afectaciones que sufren los acreedores concursales por la aplicación del referido mecanismo en el derecho peruano.

El primer efecto sustantivo de la inexistencia es que se deben de paralizar todas las acciones de cobranza de las obligaciones concursales.<sup>288</sup> El sustento de esta paralización es que las obligaciones concursales ya no están vencidas (sus fechas de vencimiento han sido suspendidas), por lo que no es posible requerir su cumplimiento judicialmente. Así, la norma establece la paralización de todas las medidas cautelares que afecten el patrimonio de la empresa, y si las mismas ya están ordenadas, las autoridades judiciales se abstendrán de hacerlas efectivas.

---

posibilitaban salidas contractuales de corte concursal para empresas en cualquier estado, sin requerir que demuestren algún nivel de crisis empresarial.

288 Artículo 18 de la Ley concursal.- Marco de protección legal del patrimonio:

A partir de la fecha de la publicación referida en el artículo 32, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabajarlas.

Dicha abstención no alcanza a las medidas pasibles de registro ni a cualquier otra que no signifique la desposesión de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio, las cuales podrán ser ordenadas y trabadas pero no podrán ser materia de ejecución forzada.

Si las medidas cautelares, distintas a las señaladas en el numeral precedente, han sido trabadas se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados en la medida cautelar a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor. Sin embargo, no serán levantadas las medidas cautelares mencionadas en el artículo 18.2, pero no podrán ser materia de ejecución forzada.

El primer tema que resalta de la regulación de protección es que la norma concursal hace referencia únicamente a medidas cautelares y no a las medidas que se llevan a cabo para ejecutar una sentencia consentida. La norma procesal peruana distingue entre las medidas posteriores a sentencia (que denomina embargos) y medidas previas a sentencia (que denomina medidas cautelares). Así, existirían dos posibilidades interpretativas de este artículo 18: (i) Que la paralización de los procesos solo incluye a aquellos que no tienen sentencia o pronunciamiento firme. Esto sería contradictorio con el espíritu general de la suspensión de exigibilidad, pues implicaría que dicho mecanismo solo se aplicase a las obligaciones no sentenciadas, distinción que no efectúa el texto normativo analizado. (ii) Que debe entenderse, cuando el legislador hace referencia a medidas cautelares, se está refiriendo a todas las medidas que puedan afectar el patrimonio, tanto a aquellas previas a sentencia como a las medidas posteriores a la misma. Esta interpretación, -que contradice la literalidad del texto analizado- se efectuaría invocando la ratio legis normativa, y tiene coherencia con el mecanismo de la inexigibilidad que afecta al íntegro de las obligaciones concursales en el estado procesal en que se encuentren. Ahora bien, este mecanismo concursal modifica a la cosa juzgada (es decir, paraliza sentencias judiciales firmes) por lo que podría argumentarse válidamente que el mismo se contrapone al principio de inalienabilidad de la cosa juzgada contenido en el artículo 139 de la Constitución Peruana.<sup>289</sup> Sobre este último punto podemos verificar que la norma concursal, al establecer la inexigibilidad de obligaciones que ya tienen calidad de cosa juzgada y que se encuentran en fase de ejecución, está deteniendo dichos procesos, en directa contraposición con lo señalado en el texto constitucional antes referido, por lo que existe una discordancia sustantiva entre el texto constitucional y la ley comentada, discordancia que debería de resolverse en favor de la primera de las mencionadas. Por ello, consideramos que sería perfectamente invocable por parte de las autoridades jurisdiccionales pertinentes el mecanismo de control difuso que regula la Constitución.<sup>290</sup>

El segundo efecto es que, a partir del ingreso de la empresa deudora al concurso, se suspende el devengamiento de intereses moratorios hasta que la junta de acreedores se reúna y establezca los nuevos plazos y modos de las obligaciones concursales. Esta suspensión tiene su sustento en el hecho de que, al haberse declarado inexigibles las obligaciones concursales, el deudor está impedido de cumplir con su pago, por lo que no podría ser sancionado por el incumplimiento de una acto prohibido por la misma ley.

#### **Afectaciones a las obligaciones de los acreedores tardíos y a los acreedores no reconocidos en el concurso. Régimen especial.**

Para la norma concursal peruana acreedor tardío es aquel que se apersona al procedimiento concursal fuera del plazo establecido por ley. El artículo 34.1 de la Ley concursal estipula que una vez publicado el inicio del concurso, los terceros que tengan acreencias frente al deudor concursado tienen 30 días para apersonarse a dicho procedimiento y solicitar el reconocimiento

---

289 Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1... 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

290 Artículo 138°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

de sus créditos al interior del mismo. Aquellos acreedores que soliciten su reconocimiento fuera del plazo indicado serán considerados acreedores tardíos.

La consecuencia principal de tener esta condición es que dicho acreedor pierde los derechos de voz y voto en todas las juntas de acreedores que se celebren a lo largo del concurso. Consideramos que esta grave consecuencia - que prácticamente elimina los derechos políticos a este tipo de acreedores- es excesiva. Las anteriores normas concursales no eran tan drásticas<sup>291</sup>, estipulando que los tardíos perdían el derecho de voz y voto en las juntas en las que no habían participado previamente, pero que al incorporarse al proceso lo hacían con plenos derechos para las juntas futuras. Así, se castigaba su negligencia de manera proporcional al acto, haciendo oponibles a ellos los pactos celebrados sin su participación, pero aceptándolos como acreedores con plenos derechos a partir de su apersonamiento efectivo.

Consideramos que este tratamiento implica un principio de justicia procesal,<sup>292</sup> que es reconocido en las normas procesales generales (como por ejemplo en el apersonamiento de la parte rebelde a un proceso), principio que la norma concursal decide reformular sin mayor sustento, afectando -reiteramos- los derechos políticos de estos acreedores. Este tema tiene una especial gravedad cuando la calificación de tardíos recae sobre acreedores que supuestamente deberían tener una supra protección (como son los acreedores laborales o los alimentarios) por el carácter tuitivo de las normas especiales que los regulan, normas que son desestimadas con esta punición excesiva que -reiteramos- no solo atenta contra un principio general de justicia procesal, sino que también violenta (en el caso de estos acreedores especiales) el principio general tuitivo de las acreencias laborales y alimentarias que se sustenta en el texto constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado Peruano.

Se consideran acreedores no reconocidos a aquellos que no se han apersonado al concurso solicitando el cobro de sus obligaciones, o que, habiéndolo hecho, han sido cuestionados en sus derechos por el deudor.

Respecto de estos últimos, el artículo 34.4 de la norma concursal los denomina créditos contingentes, estableciéndose que una vez clarificada dicha contingencia (en un proceso jurisdiccional seguido ante la administración o ante el mismo poder judicial) los mismos podrán participar de las juntas con derecho a voz y voto. El problema de los créditos contingentes es que - dada la lentitud con que se dirimen dichas contingencias en el proceso concursal peruano- generalmente cuando dichos acreedores se apersonan al concurso ya se han tomado las principales decisiones respecto del destino del deudor, por lo que estos acreedores tienen que asumirlas, así sean contradictorias con sus intereses. Así, si un deudor malicioso quiere neutralizar a un acreedor por contradecir sus intereses, solo tiene que oponerse a su crédito con argumentos

---

291 Artículo 25 del Decreto Legislativo 845 Ley de Reestructuración Patrimonial.- RECONOCIMIENTO TARDIO.- Los acreedores cuyos créditos no hayan sido oportunamente presentados o reconocidos por la Comisión conforme a los artículos 22 y 23 de la presente Ley, podrán solicitar, en cualquier momento, su reconocimiento ante la misma con el objeto de participar en las sesiones de la Junta que se celebren en el futuro, así como en los acuerdos que ésta adopte. El reconocimiento tardío de los créditos no invalida, en forma alguna, los acuerdos adoptados por la Junta con anterioridad, pero éstos podrán ser impugnados si no hubiese vencido el plazo para hacerlo por las causales mencionadas en el artículo 39 de la presente Ley.

292 Sobre el particular el Código Procesal Civil peruano regula la situación de rebeldía (la que es una situación similar a la del acreedor tardío), la misma que se produce cuando el demandado no se apersona al proceso contestando la demanda. El artículo 462 de dicho texto legal establece que el rebelde puede incorporarse en cualquier momento al proceso, debiendo sujetarse al estado en que este se encuentre, pero con plenos derechos dentro del mismo a partir de su apersonamiento.

banales para lograr su cometido. Esta situación, que para la generalidad de acreedores es compleja, resulta mucho más grave tratándose de acreedores supra protegidos, pues ven mermados sus derechos frente a derechos que se suponen subalternos para el derecho peruano, generándose una situación de profunda injusticia.

Respecto de aquellos acreedores que no se han apersonado al proceso (que son los que la norma concursal considera con el título de “acreedores no reconocidos”) pueden ocurrir dos situaciones a saber:

- a) Que no sean incluidos por el deudor en el listado que éste presenta de manera obligatoria al iniciarse el concurso como declaración jurada ante la administración. En estos casos, al no existir pronunciamiento de ninguna de las partes involucradas en la supuesta obligación de la existencia de dichos créditos, los mismos se entienden efectivamente inexistentes para el proceso concursal, así tengan una existencia real fuera del mismo. Pero esta inexistencia en el concurso no significa que dichas obligaciones hayan fenecido, ya que para ello se deberían de haber producido alguno de los supuestos de extinción de las obligaciones contenidos en el Código Civil Peruano (como son el pago, la subrogación, la novación, la compensación, condonación, consolidación, transacción y el mutuo disenso). Por ello, los únicos efectos de esta falta de declaración de las partes de la existencia de estas obligaciones al interior del concurso son los siguientes: (1) que no podrán ser pagadas al interior del mismo (2) que no podrán ser requeridas por otras vías fuera de dicho concurso.
- b) Que sean incluidos por el deudor en el listado de créditos presentados por éste ante la administración. Es en estos supuestos estos créditos serán pagados luego de que se culmine el pago de todos los créditos reconocidos. Esta regla funciona ya sea que se decida la reestructuración<sup>293</sup> o la liquidación<sup>294</sup> de la empresa.

Al respecto, consideramos que estas normas violentan el principio de prioridad de los créditos laborales contenido en el artículo 24 de la Constitución (que ya hemos comentado en líneas precedentes), pues a pesar de que el mismo deudor reconoce la existencia de créditos privilegiados (aun cuando los mismos no se hayan apersonado al concurso), la norma concursal - por querer sancionar la inacción del acreedor que no se apersona al proceso- envía a dichos créditos al final. Esto es absolutamente contradictorio con el citado artículo constitucional, el mismo que no contiene ninguna excepción a su aplicación general, por lo que una norma de inferior rango no puede regular en contrario. Por ello sería también aplicable en este caso el mecanismo de control difuso por parte de los jueces, los que podrían dejar de lado este artículo de la ley concursal por atentar contra principios constitucionales expresos, debiéndose establecer que los créditos laborales reconocidos por el deudor al interior del concurso que no han cumplido con apersonarse al mismo mantienen su prioridad frente a otros créditos, cediéndola únicamente ante los créditos de la misma especie (los otros créditos laborales) que sí hayan presentado

---

293 Artículo 69 de la Ley 27809.- Pago de créditos durante la reestructuración patrimonial (...)

69.3. Para hacer efectivo el derecho de cobro de los créditos reprogramados en el Plan de reestructuración, éstos deberán ser previamente reconocidos por la autoridad concursal. Pagado el íntegro de los créditos reconocidos, el deudor deberá pagar los créditos no reconocidos previstos en el Plan de Reestructuración.

294 Artículo 88 de la Ley 27809.- Pago de créditos por el liquidador...

88.8. En caso de que se pagara todos los créditos reconocidos la Comisión declarará la conclusión del procedimiento. Si hubiera créditos registrados en los libros del deudor que no hubieren sido reconocidos por la Comisión, el liquidador procederá a pagarlos de acuerdo al orden de preferencia establecido en el artículo 42, consignándose su importe en el Banco de la Nación cuando el domicilio de los acreedores no fuere conocido.

oportunamente su reconocimiento ante dicho procedimiento.

### **Límites del pacto entre acreedores y deudor. Supuestos de nulidad de acuerdos.**

En líneas generales la norma concursal establece pautas para que se lleve a cabo válidamente la junta de acreedores. Así, de forma similar a las normas societarias –de donde han extraído la mayoría de fórmulas- las normas concursales regulan todo el proceso de apersonamiento, reconocimiento de créditos, publicación de avisos de convocatoria, formalidades generales de la junta así como la adopción de acuerdos válidos.

El Capítulo II del Título V de la norma concursal regula el procedimiento que deben de seguir el deudor y los acreedores para impugnar los acuerdos de la Junta. Sobre el particular, el artículo 118.1 de la Ley Concursal establece que:

- a) Pueden impugnar los acuerdos el deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la comisión ante la misma.
- b) Se pueden impugnar los acuerdos adoptados en Junta dentro de los 10 días siguientes al acuerdo.
- c) Las impugnaciones pueden ser por incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico o porque el acuerdo constituye un ejercicio abusivo de un derecho.

El artículo 119.1 señala que procedimiento de impugnación se sujeta a lo siguiente:

- a) Si el deudor o los acreedores que pretenden impugnar algún acto de la junta estuvieron presentes en la misma, éstos deberán haber dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo y su intención de impugnar el mismo.
- b) En caso no haber asistido a la Junta, el plazo de 10 días se computará desde que tomaron conocimiento del acuerdo. En cualquier caso el derecho a impugnar un acuerdo caducará a los 15 días de adoptado.
- c) A solicitud de parte la Comisión podrá ordena la suspensión de los efectos del acuerdo impugnado, aun cuando estuviere en ejecución. En este caso la Comisión deberá disponer que los impugnantes otorguen una garantía idónea, que será determinada por la Comisión, para el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera causar la suspensión.

### **Inacción de la junta. Facultades del INDECOPI.**

El artículo 118.2 de la Ley Concursal establece que en caso de inacción de la Junta ante la consumación de acuerdos adoptados por incumplimiento de formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho; la Comisión podrá, de oficio, declarar la nulidad del acuerdo adoptado, dentro del plazo de 30 días.



### Conclusiones.

Cuando la norma concursal peruana, a través del mecanismo de suspensión de exigibilidad de obligaciones, modifica las condiciones de plazo y modo de las obligaciones concursales, contradice de manera expresa el principio constitucional de libre pacto contractual inter partes. Esta contradicción jurídica entre dos normas de distinto rango (y en la que, en puridad, debería de permanecer inalterable la constitucional) no ha sido suficientemente clarificada por el legislador concursal peruano, colocando al íntegro del sistema concursal en situación contingente.

La norma concursal peruana atenta contra los principios constitucionales de prioridad de los créditos laborales e irrenunciabilidad de derechos cuando establece la suspensión de exigibilidad de las obligaciones laborales y cuando permite que la junta de acreedores pueda modificar los contratos laborales disminuyendo sus condiciones iniciales de plazo y modo.

En la fase postulatoria del proceso concursal, la norma concursal peruana permite que determinados acreedores no privilegiados y terceros ajenos al concurso puedan rematar el patrimonio del deudor en crisis. En efecto, los créditos post concursales y el tercero no acreedor garantizado con el patrimonio del deudor pueden afectar y rematar dicho patrimonio, a pesar de la situación de suspenso concursal. Esta regulación contraviene la prioridad constitucional de cobro que tienen los acreedores laborales (artículo 24 de la Constitución Peruana) sobre el patrimonio de su empleador (el deudor en concurso), por lo que la norma concursal regula una prioridad legal incompatible con la prioridad constitucional antes referida.

La norma concursal peruana establece que en caso de reestructuración, los órdenes de prelación contenidos en la misma no son imperativos, por lo que en principio, los acreedores podrían desestimar como prioritarios a los acreedores laborales, colocando otras prioridades distintas en el plan. De igual forma intenta conciliar esta regulación general con el principio de prioridad constitucional, estableciendo dos mecanismos. El primero es el que establece que, en caso se decida la venta de activos durante la vigencia del plan, el íntegro del producto de la venta de los mismos servirá para pre pagar a los créditos laborales concursales. A nuestro concepto este mecanismo respeta el principio constitucional de prioridad. El segundo mecanismo es el que establece que del 100% del flujo anual destinado a pagar los créditos del concurso, por lo menos el 30% debe de destinarse al pago de las acreencias laborales. En nuestra opinión este mecanismo violenta el principio de prioridad constitucional, pues establece la posibilidad de que la junta de acreedores pacte una prioridad distinta por el 70% del flujo anual. Hemos concluido, por lo tanto, que este mecanismo es inconstitucional.

En el caso de los créditos laborales aceptados por el deudor en su declaración en el concurso como existentes, pero no apersonados al proceso concursal (lo que la norma concursal denomina como créditos no reconocidos) estos deberán de ser pagados luego del pago de los créditos reconocidos (sean éstos, de naturaleza laboral o no), con lo que se estaría afectando el principio de prioridad constitucional de los créditos laborales, pues se estaría privilegiando el pago de créditos de cualquier naturaleza frente a estos créditos privilegiados.

No existe en fase de reestructuración ninguna regulación que garantice la prioridad de los créditos alimentarios, por lo que la junta podría pactar su pago al final de la lista de acreedores. Esta regulación atentaría contra los derechos humanos de los acreedores alimentarios y podría ser reparada por inconstitucional.

En caso de liquidación, la norma concursal establece que los honorarios y los gastos de la liquidación deben ser pagados prioritariamente a los órdenes de prelación establecidos. Esto

violenta nuevamente el principio de prioridad constitucional de los créditos laborales, permitiendo que créditos de una distinta naturaleza sean pagados con el remate de los bienes del deudor. Somos de la opinión de que los acreedores laborales y alimentarios no deberían de formar parte del concurso, pues en general sus derechos privilegiados no pueden ser modificados por una masa colectiva que tiene la capacidad de mermar las condiciones de plazo y modo y establecer –como hemos visto- órdenes de pago distintos a los establecidos por la Constitución.

Así, al encontrarse fuera de concurso, estos acreedores privilegiados tendrían toda la potestad para, -ante el incumplimiento del empleador o del deudor alimentario- poder accionar judicialmente y afectar el patrimonio de este último para garantizar el cobro prioritario de sus acreencias. La norma concursal, al limitar esta posibilidad, está atentando contra la norma constitucional, afectando los derechos humanos fundamentales de estas clases de acreencias.

Cuando la norma concursal peruana establece la inexigibilidad de obligaciones que cuentan con sentencia firme y que se encuentran en fase de ejecución, está atentando contra el principio de inalienabilidad de la cosa juzgada contenido en el artículo 139 de la Constitución Peruana, dado que, en virtud de un mandato legal está deteniendo dichos procesos ya sentenciados, por lo que los jueces competentes podrían utilizar la vía del control difuso para dejar sin efecto dicho mecanismo concursal.

De igual manera cuando previene que los créditos tardíos no tienen voz ni voto en todas las futuras juntas de acreedores a celebrarse al interior del concurso, está atentando contra un principio de justicia procesal que establece de manera general que la parte que se apersona tardíamente al proceso asume lo ya ocurrido en el mismo, pero detenta los derechos generales de actor procesal en los actos posteriores a su apersonamiento. Esta afectación resulta mucho más grave cuando se merman los derechos de acreedores privilegiados como son los créditos laborales y alimentarios, que tienen un tratamiento tuitivo por su naturaleza de derechos humanos fundamentales reconocida por la Constitución Peruana y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Peruano.

Para el caso de los créditos laborales que no se han apersonado al concurso (que se encuentran dentro del rubro de créditos no reconocidos), pero que han sido declarados por el deudor en el mismo, no debiera de aplicarse la regla general de que los mismos sean pagados luego de que se paguen a los créditos reconocidos. Esto porque para los primeros rige el principio constitucional de prioridad, el mismo que debería ser respetado de manera absoluta al interior del concurso.

En general, hemos podido verificar del análisis efectuado, que la norma concursal tiene un tratamiento injusto e inconstitucional de los créditos laborales y alimentarios. Hemos tratado de ser minuciosos en identificar estas inequidades, porque las mismas hacen que esta norma merme de manera sustantiva los derechos constitucionales de estos tipos de créditos, que coincidentemente son los créditos de los menos beneficiados del concurso.

Por ello, aplicando un análisis bajo el enfoque de la Teoría de la Justicia de John Rawls, podemos afirmar que la norma concursal viene tratando los fenómenos de la crisis empresarial de manera injusta, al disminuir las posiciones de los menos beneficiados del grupo social regulado, beneficiando en muchos casos las posiciones de los más beneficiados de este grupo.

### **Bibliografía.**

ADRIANZÉN, L. C., Los límites al poder de las mayorías en las juntas de acreedores, *Ius et Veritas*

No. 20, Perú, 2000.

CALLE, J. P., Persecutoriedad laboral, garantías reales y concurso: un modelo para desarmar, *Ius et Veritas* No. 34, Perú, 2007.

DEL AGUILA, P., Mas vale prevenir que lamentar: el concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana, *Ius et Veritas* No. 20, Perú, 2000.

DEL AGUILA, P., Créditos concursales vs. créditos post concursales: apuntes sobre el fuero de atracción y su incidencia en la formación del concurso, *Ius et Veritas* No. 28, Perú, 2004.

EZCURRA, H. El superprivilegio del crédito laboral vs. el sistema de garantías reales, *Themis* No. 34, Perú, 1996.

RAWLS, J, *La Teoría de la Justicia*, Editorial Economía y Finanzas, México, 2006.

**CAPÍTULO SIETE.****LOS CONVENIOS CONCURSALES Y SU OBLIGATORIEDAD EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA.  
LA SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DISIDENTES Y TARDÍOS.**

*Lucía GRAZIOLI MILBURN. Uruguay.*

**Convenio de acreedores.**

Los convenios concursales otorgados entre el deudor concursado y una mayoría de sus acreedores como solución a la situación de insolvencia del aquél, se encuentran actualmente regulados en el ordenamiento jurídico uruguayo en la Ley de declaración de Concursos y Reorganización Empresarial Nº 18.387 de 23 de octubre de 2008 (en adelante, "LCRE").

Bajo las disposiciones de la LCRE, declarado judicialmente el concurso de un deudor -persona física que realice actividad empresarial o persona jurídica, en estado de insolvencia-, el mismo continuará desarrollando su actividad económica,<sup>295</sup> sea personalmente y bajo el control de un interventor, o a través de un síndico que lo desplace de la gestión.<sup>296</sup> Todos los acreedores del deudor por créditos anteriores al concurso quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso y no podrán promover acciones contra el deudor para el recupero de sus créditos, produciéndose la moratoria provisional.<sup>297</sup>

Siguiendo la tendencia legislativa moderna, la ley concursal uruguayo consagra el principio de unidad del procedimiento concursal, y a partir de la declaración del concurso se abren en el marco del mismo proceso concursal dos posibilidades para dar satisfacción a los créditos de los acreedores concursales: una es la del convenio concursal; la otra es la liquidación de la empresa. Así, declarado el concurso del deudor, el Juez concursal habrá de convocar a la Junta de Acreedores a celebrarse dentro de los 180 días siguientes a la declaración del concurso, para que en ella los acreedores consideren –entre otras cuestiones- la propuesta de convenio presentada por el deudor ante el Juez concursal para la aprobación de aquellos, si la hubiere. Además, hasta el momento de celebrarse la Junta, el deudor tendrá la posibilidad de presentar ante el Juez del concurso para su aprobación una propuesta de convenio ya suscrita por las mayorías de acreedores necesarias.

La liquidación constituye para el legislador patrio la última solución, subsidiaria de la conservativa del convenio: si el mecanismo de acuerdo entre el deudor y los acreedores se viera frustrado (sea por falta de presentación de propuesta de convenio por el deudor, o en caso de no aprobación de la misma por los acreedores, o de no aprobación por el Juez concursal de la

---

295 Art. 44 LCRE: "(Continuación de la actividad del deudor). La declaración judicial de concurso no implica el cese o clausura de la actividad del deudor, salvo que el Juez disponga lo contrario, lo que podrá hacer en cualquier momento durante el concurso, a solicitud del deudor, de los acreedores, del síndico o interventor, o de oficio".

296 Art. 45 LCRE: "(Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso). La declaración judicial de concurso producirá los siguientes efectos en la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso: 1) Si el concurso fuera necesario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, sustituyéndolo en la administración y disposición de sus bienes por un síndico. 2) Si el concurso fuera voluntario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, con el alcance dispuesto en el numeral 1), solamente cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa y se designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo (...)".

297 Arts. 55, 56, 59 y 60 LCRE.

propuesta aprobada por los acreedores), entonces se procederá a liquidar la empresa (art. 168, num. 2 LCRE).<sup>298</sup>

En ese contexto, la LCRE dispone los requisitos que debe cumplir una propuesta de convenio y las mayorías de votos de acreedores que han de obtenerse para su aprobación, para que las disposiciones del convenio aprobado resulten vinculantes para todos los acreedores quirografarios y subordinados del deudor, tanto aquellos que voluntariamente hayan expresado su aprobación o adhesión a la propuesta, como a los disidentes que se hayan manifestado en su contra y a los tardíos.

El convenio de acreedores aparece así como un instrumento preventivo dentro del procedimiento concursal, con el que se procura conservar y mantener en marcha la empresa viable y evitar la liquidación del deudor.

Podemos conceptualizarlo como el acuerdo alcanzado entre el deudor concursado y una mayoría de sus acreedores, en el marco de un proceso concursal,<sup>299</sup> que tiene por finalidad establecer la fórmula de pago para satisfacer el pasivo concursal, que alcanza a todos los acreedores quirografarios y subordinados del deudor cuyos créditos fueran anteriores a la declaración del concurso. Tiene el peculiar efecto de que al resultar aprobado por las mayorías necesarias de acreedores y por el Juez concursal, sus disposiciones serán vinculantes y obligatorias no sólo para los acreedores quirografarios y subordinados que se hayan pronunciado favorablemente a su respecto. Obligarán también a los acreedores disidentes que se hubieren manifestado en contra de la admisión de la propuesta, así como a los que se hubieren abstenido de votarla, a aquellos que estuvieren ausentes al momento de la votación, y también a los que verifiquen su crédito en forma tardía.<sup>300</sup>

Esta solución conservativa es la preferida por el legislador en caso que la empresa en situación de insolvencia sea viable, como forma de mantener en actividad la empresa socialmente útil. Constituye una etapa eventual del proceso, dado que el deudor podría no presentar ninguna propuesta de convenio, o que la propuesta que presente podría no ser aprobada por sus acreedores, o que la propuesta aprobada por éstos podría no ser aprobada luego por el Juez concursal. Además, la liquidación podría disponerse en forma anticipada si momento de solicitar su concurso voluntario el deudor solicitara al Juez concursal la liquidación, o si en cualquier estado del procedimiento fuera solicitada por acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto. En cualquiera de estos casos, el Juez ordenará la liquidación del deudor (art. 168 LCRE).

En la práctica forense, de acuerdo con el análisis efectuado por Cabrera Damasco, en poco

---

298 El Juez deberá ordenar la liquidación de la masa activa “en caso de falta de presentación o de aceptación de la propuesta de convenio por la Junta de Acreedores” (num. 2) y “en caso de falta de aprobación judicial del convenio” (art. 168, num. 3 LCRE).

299 La LCRE regula asimismo otro tipo de acuerdos, alcanzados por el deudor con sus acreedores antes de la declaración judicial del concurso, fuera del procedimiento concursal, que no abordaremos en esta oportunidad. Son los denominados “acuerdos privados de reorganización”, regulados en los arts. 214 a 235 LCRE. Estos acuerdos revisten dos posibles modalidades: una, en la que el procedimiento de aprobación es enteramente privado (denominado “acuerdo puramente privado de reorganización”, arts. 216 a 220 LCRE); otra, en la que el acuerdo es sometido a la homologación judicial (denominado “acuerdo sometido a homologación judicial”, arts. 221 a 226 LCRE). Tienen por finalidad reestructurar el pasivo del deudor y prevenir el inicio de un proceso concursal.

300 Los acreedores deben presentarse a verificar sus créditos dentro de los 60 días siguientes a la declaración del concurso (art. 94 LCRE). Transcurrido ese plazo, deberán verificar sus créditos “judicialmente y a su costa, perdiendo el derecho a percibir la participación que les hubiere correspondido con los pagos ya realizados” (art. 99 LCRE).

menos de la cuarta parte de los concursos declarados en los años 2009 a 2015 (concretamente, en 82 concursos de un total de 373) se arribó a un convenio entre el deudor y sus acreedores, y el número aumentó en relación a la situación anterior a la sanción de la LCRE.<sup>301</sup>

### **El convenio como manifestación del principio de conservación de empresas viables.**

El convenio de acreedores es una manifestación del principio de conservación de la empresa viable que inspira a la LCRE, entre otros.<sup>302</sup> Supone que el valor de la empresa en marcha es superior al de cada uno de los elementos que la componen, por lo que mantenerla en funcionamiento permitirá una mayor satisfacción de los acreedores, así como el mantenimiento de la fuente de trabajo y del relacionamiento de la empresa en cuestión con otros agentes económicos.<sup>303</sup>

Una solución que permita el mantenimiento de la empresa viable se traduce, en definitiva, en la conservación de un valor social.<sup>304</sup> Es por ello que el legislador uruguayo ha consagrado el convenio como primera solución, o como solución de principio, que permita la continuación de la actividad de la unidad productiva viable -siempre que se arribe a un acuerdo entre el deudor y los acreedores, representados por las mayorías exigidas legalmente- y que evite la liquidación del deudor.<sup>305</sup> El legislador uruguayo procura agotar todas las posibilidades de acuerdo, como mecanismo de solución de la crisis. En palabras de Creimer, la mejor solución es la autocomposición.<sup>306</sup> Si esta solución fracasara (por falta de presentación o de aprobación de propuestas), entonces se abre el mecanismo de liquidación.<sup>307</sup>

Este principio se manifiesta en la gran flexibilidad dada por el legislador al deudor a la hora de formular propuestas de convenio, al no establecer un contenido preceptivo, dejar librada a su arbitrio la fórmula a darle por contenido, permitirle conformar categorías diferenciadas de acreedores y habilitarlo a presentar más de una propuesta, para permitirle explorar toda posibilidad de acuerdo con sus acreedores. Se manifiesta además en las distintas oportunidades que le brinda para presentar propuestas, teniendo el deudor la posibilidad de hacerlo hasta el momento en que se celebre la Junta de Acreedores.

Estas soluciones responden a una política legislativa que busca proteger al crédito, mediante el establecimiento de reglas claras que den previsibilidad respecto de la forma cómo se actuará ante la crisis de una empresa. El propósito final perseguido por estas normas es reducir el riesgo del

---

301 CABRERA DAMASCO, Fernando, "Los números de las presentaciones concursales: la realidad del año 2015", en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, T. III, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2016, págs. 424 y 425.

302 Este principio se refleja en varias soluciones contenidas en la ley, como la continuación de la actividad económica del deudor concursado como solución de principio, ya referida.

303 Cfr. OLIVERA GARCIA, Ricardo en Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2008, p. 28.

304 Por el contrario, si la empresa no fuera viable, se debe realizar una ordenada pero rápida liquidación, para evitar que siga perdiendo valor.

305 Ello sin perjuicio de que el convenio puede tener por contenido la liquidación, según diremos.

306 CREIMER, Israel, Concursos. Ley No. 18.387 de 23 de octubre de 2008, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, mayo 2009.

307 También en la liquidación encontramos soluciones inspiradas en el principio de conservación de la empresa, al disponer la LCRE como primer alternativa la venta de la empresa en bloque, y sucesivamente la venta de la empresa por partes (arts. 171 a 174 LCRE).

crédito, para fortalecer el acceso al crédito comercial y financiero.<sup>308</sup>

### **Modalidades de convenio: judicial y extrajudicial.**

La legislación de Uruguay regula dos modalidades de convenio concursal, dependiendo del ámbito en el que se reúnan las mayorías necesarias y del momento en que se pueden presentar en el concurso. Siguiendo la terminología de los derogados concordatos preventivos judicial y extrajudicial, la doctrina las ha denominado como convenio “judicial” y “extrajudicial”.<sup>309</sup>

El convenio judicial es aquél que deriva de una propuesta presentada por el deudor ante la sede concursal, que es considerada y votada por los acreedores reunidos en la Junta de Acreedores, que es luego aprobado por el Juez concursal.<sup>310</sup>

Por su parte, el convenio extrajudicial, es aquel que resulta de una propuesta del deudor, sometida por éste en forma privada a la consideración de sus acreedores, para luego someterla a la aprobación del Juez concursal.<sup>311</sup> En este último caso, es el deudor quien fuera del ámbito del proceso judicial se encarga de negociar la propuesta de convenio con sus acreedores y de recabar la conformidad de la mayoría necesaria, mediante la suscripción o firma de la misma por tales acreedores. La forma en la que haya de intercambiar con ellos el contenido de la propuesta y de recabar esas adhesiones no es objeto de regulación y queda librada a su conveniencia y a sus posibilidades, siempre que la propuesta cumpla con los requisitos que diremos y que se alcancen las mayorías correspondientes. En la medida que la negociación y suscripción del convenio se realizan en el ámbito privado, fuera de la Sede concursal, no se exige una reunión de los mismos en la que consideren y se pronuncien sobre la propuesta; puede no haber reunión alguna de acreedores, y, de haberla, puede que el deudor no convoque a todos a participar de ella. En esta modalidad, no hay estrictamente una “votación” de la propuesta por los acreedores: el “voto” de los acreedores reunidos en la Junta de Acreedores (propio del convenio judicial) se sustituye aquí por la “adhesión” al mismo, que se manifiesta a través de la firma o suscripción del convenio por cada acreedor.

Una vez logradas las adhesiones, el convenio extrajudicial se presenta ante el Juez concursal para su aprobación judicial. Así, a diferencia del convenio judicial, cuando la propuesta se presenta ante el Juez concursal para su aprobación, ya cuenta con la firma de acreedores que representen las mayorías exigidas en señal de adhesión o aceptación.<sup>312</sup>

Desde la entrada en vigencia de la LCRE, las propuestas que se presentan con mayor frecuencia

---

308 OLIVERA GARCÍA, Ricardo, Principios..., p. 24 y 25.

309 La LCRE no utiliza esta terminología. Hace referencia a las propuestas de convenio que se presentan para ser consideradas en la Junta de Acreedores, y a las que se presentan con adhesiones, previamente suscritas por acreedores quirografarios que representen las mayorías necesarias.

310 Está regulado en el Título VII (“Convenios”) de la LCRE, Capítulos I (“Propuesta de convenio”), II (Consideración y votación de la propuesta”), III (“Convenios de cesión de activo”), IV (“Aprobación judicial del convenio”) y VI (“Cumplimiento e incumplimiento del convenio”).

311 Se regula en el Capítulo V (“Adhesión a la propuesta de convenio”) del Título VII (“Convenio”), que consta de tan solo dos artículos, ubicados a continuación de los capítulos que regulan la propuesta de convenio.

En estos dos artículos, se regulan las particularidades de este convenio. No regula aspectos de forma ni de contenido, resultando de aplicación los establecidos en las restantes normas del Título VII para los convenios judiciales. Esto ha generado algunas dificultades de interpretación, a las que haremos referencia.

312 Por ese motivo, el plazo de que dispone el deudor para presentar propuestas de este tipo es más extenso que el plazo para presentar propuestas a ser consideradas en la Junta, como explicaremos a continuación.



en los procesos concursales son las que se someten privadamente a la consideración y adhesión de los acreedores (es decir, los convenios extrajudiciales), posiblemente por ser la que permite al deudor llevar a cabo una mejor y más extensa negociación de sus términos con sus distintos acreedores (principalmente, con aquellos acreedores de mayor peso para alcanzar las mayorías exigidas).

### **Requisitos del convenio de acreedores.**

El deudor puede presentar a la consideración de sus acreedores una o varias propuestas de convenio,<sup>313</sup> que deben reunir una serie de requisitos de forma, de oportunidad y de contenido.

### **Formalidades y plazos.**

La LCRE exige que la propuesta deba presentarse firmada por el deudor. Si el deudor fuera persona jurídica, debe presentarse firmada por todos los administradores o liquidadores (de faltar la firma de alguno, se exige indicar la causa de ello), acompañada de la resolución social que apruebe la presentación de la propuesta. En caso que un tercero (sea o no acreedor) asuma obligaciones de pago, deberá presentarse firmada además por el mismo (art. 138 LCRE).

En cuanto al plazo para la presentación, el deudor podrá presentar ante el Juez del concurso propuestas a ser consideradas por los acreedores reunidos en la Junta de Acreedores (es decir, propuestas de convenio judicial), con una anticipación no menor de 60 días previos a dicha Junta (art. 138 LCRE). Teniendo en cuenta que la fecha de la Junta debe fijarse dentro de los 180 días siguientes a la declaración del concurso, el plazo para la presentación de la propuesta de convenio resulta ser relativamente breve, con lo que se pretende evitar dilaciones que aumenten la destrucción de valor de la empresa en crisis.<sup>314</sup> Sin embargo, en la práctica el plazo para la celebración de la Junta de Acreedores (y, por ende, el plazo límite para la presentación de propuestas de convenio) se ve ampliamente excedido, dado que nuestros jueces concursales entienden que para poder celebrar la Junta, deben haberse resuelto previamente todas las impugnaciones que se hayan planteado respecto del listado de acreedores en el marco del proceso de verificación de créditos. De esta manera, el otorgamiento de convenios concursales – solución preferida por el legislador- se ve dificultada en la práctica, sea porque no se celebran las Juntas de Acreedores, o porque la demora contribuye al deterioro en la situación de la empresa, impidiendo llegar a soluciones viables.<sup>315</sup> Pese a los cuestionamientos que esta la posición jurisprudencial ha recibido de parte de la doctrina uruguaya, la misma se ha mantenido invariablemente.

El deudor podrá además presentar el convenio con adhesiones (convenio extraconcursal) para la aprobación del Juez concursal en cualquier momento “antes de la celebración de la Junta de

---

313 Únicamente el deudor puede presentar propuestas de convenio para la consideración de sus acreedores. Esto a diferencia de otros sistemas que permiten la presentación de propuestas de convenio por acreedores (en solución que consideramos más conveniente que la nuestra, dado que aumenta las posibilidades de llegar a un acuerdo que permita la satisfacción de los acreedores).

314 Por disposición del art. 19 LCRE, “[l]a sentencia judicial que declare el concurso del deudor deberá contener: ... 4) Convocatoria de la Junta de Acreedores a celebrarse dentro del plazo máximo de ciento ochenta días”.

315 El estudio de CABRERA DAMASCO antes citado evidencia que el número de convenios presentados en el año 2015 fue sensiblemente menor al del año 2014 (12 convenios en 2015 contra 21 en 2014), circunstancia que entiende se explica en la situación que venimos de exponer (CABRERA DAMASCO, op. cit., p. 425)

Acreedores” (art. 163 LCRE). De modo que en esta modalidad el deudor podrá tomarse más tiempo que en el caso anterior para negociar y presentar una propuesta con adhesiones. Esta propuesta deberá presentarse firmada por el deudor y por todos los acreedores adherentes, en número suficiente para alcanzar las mayorías necesarias exigidas.

### **Contenido del convenio.**

a) Fórmula de cancelación del pasivo. De conformidad con el art. 139 LCRE, la propuesta “podrá consistir en quitas y/o esperas, cesión de bienes a los acreedores,<sup>316</sup> constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de un fideicomiso, reorganización de la sociedad, administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores o tener cualquier otro contenido lícito, incluso el previsto en el numeral 2) del artículo 174 de la presente ley,<sup>317</sup> o cualquier combinación de las anteriores” (art. 139 LCRE).

El legislador habilita así la más amplia gama de soluciones para que el deudor pueda acordar con sus acreedores una solución para salir de la insolvencia y cancelar sus créditos.

La fórmula de cancelación de los créditos a proponer no se limita a quitas y esperas (y a éstas no se las sujeta a límites cuantitativos ni a plazos máximos para el pago),<sup>318</sup> ni a las restantes fórmulas que el citado artículo enuncia. La única limitación al contenido del convenio es su licitud.

Con esta amplitud, se genera un ámbito propicio para que el deudor aplique todo su ingenio en proponer cualquier tipo de solución para la situación que atraviesa, por novedosa que sea, para instrumentar las adecuaciones y/o transformaciones necesarias para mantenerse en actividad. Se le da libertad para diseñar una solución a la medida de su problemática, de las características y composición de su activo y pasivo, del mercado en el que opera y de su proyección de futuro. Podrá proponer prácticamente lo que se le ocurra y le parezca más adecuado, siempre que sea lícito.

La laxitud de las posibles fórmulas de cancelación de los créditos que puede contener el convenio se enmarca en la finalidad perseguida por el legislador de permitir la continuación de empresas viables, como mecanismo para evitar la destrucción de valor, de modo de permitir la supervivencia de las empresas socialmente útiles y de permitir a los acreedores la recuperación de sus créditos en la forma que éstos entiendan más conveniente.

A la vez, para contrarrestar la libertad que confiere al deudor, el legislador adopta otras medidas en tutela de los derechos e intereses de los acreedores: la exclusión del voto de ciertos acreedores que pueden tener intereses contrapuestos a los de la masa pasiva, el requerimiento de las mayorías –en algunos casos, mayorías especiales, atendiendo a las condiciones de la propuesta-, la posibilidad de oposición a la aprobación del convenio, la exigencia de que el contenido de la propuesta sea lícito, y de que vaya acompañada de un plan de continuación que garantice la viabilidad de su cumplimiento, aspectos que comentaremos seguidamente.

Cabe destacar que en sede de calificación del concurso voluntario<sup>319</sup> se establece que cuando el

---

316 Los convenios de cesión de activo están regulados en los arts. 147 a 150 LCRE

317 Esta norma alude a la cooperativa de trabajo que se constituya con personal del deudor, para hacer uso y actuar como depositaria de los bienes de aquél, ante el riesgo de satisfacción de los créditos laborales con privilegio general (art. 110).

318 A diferencia de nuestro régimen anterior en materia de concordatos (y de otros sistemas comparados).

319 Se trata del concurso promovido por el propio deudor.

convenio permita la satisfacción íntegra de los créditos en un plazo de hasta dos años, no procederá la formación del incidente de calificación (art. 196 LCRE). De esta manera, se consagra un incentivo para que las fórmulas propuestas permitan la satisfacción íntegra de los créditos en plazos inferiores a dos años. Constituye evidentemente una meta ambiciosa, que muy pocos deudores estarán en condiciones de proponer y de cumplir.

b) Prohibición de presentación de propuestas condicionales. La LCRE prohíbe la presentación de propuestas condicionales “que sometan la eficacia del convenio a cualquier clase de condición” (art. 140). Se ha interpretado que esta prohibición comprende toda condición de cualquier tipo (suspensiva o resolutoria, positiva o negativa, simple o compuesta, expresa e implícita).<sup>320</sup>

La sanción de presentar una propuesta condicional consiste en tenerla por no presentada, con la severa consecuencia de la liquidación del deudor, que el Juez debe ordenar en caso de falta de presentación de la propuesta de convenio (art. 168, num. 2 LCRE).

Esta prohibición no rige en el caso de concurso de sociedades del mismo grupo, en el que “la propuesta que presente cualquiera de ellas podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo” (art. 140, inc. 2 LCRE). Si bien los concursos de sociedades de un mismo grupo son concursos autónomos e independientes (aunque tramitan en forma conjunta, art. 9º LCRE), se habilita así a proponer una solución coordinada de los problemas de las sociedades que lo integran.

### Categorías de acreedores

El art. 145 LCRE admite la posibilidad de que “una propuesta contenga ventajas en favor de uno o varios acreedores o de una o varias clases de créditos”.<sup>321</sup> De esta manera, faculta al deudor a proponer categorías de acreedores, agrupándolos y clasificándolos en distintas clases o grupos que tendrán la composición y el tratamiento específico que el mismo indique en cada caso.

Como explica Rodríguez Mascardi, la consagración de esta posibilidad “importa reconocer una realidad negocial habitual preexistente... que permite sincerar el convenio concursal y concretarlo” cuando no todos los acreedores tienen el mismo peso a la hora de negociar el convenio<sup>322</sup> (por ejemplo, como suele ocurrir, por la necesidad de que algunos continúen suministrando bienes o servicios e incluso de que sigan financiando al deudor), ya que de no recibir un trato específico, podrían rehusarse a apoyar la propuesta de convenio.

De este modo, al permitir la categorización, nuestro legislador ha optado por facilitar el otorgamiento del convenio, haciendo primar en estos casos continuidad de la empresa por encima de la par conditio creditorum.

A diferencia de otros ordenamientos comparados, la legislación vigente no establece pautas para la categorización.<sup>323</sup> No obstante, contemplando el desequilibrio producto de esta

---

320 Cfr. LOPEZ, Carlos y BADO, Virginia, en “Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial. Análisis exegetico”, T. 2, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015, p. 90 y 91.

321 Art. 108 LCRE: “(Clases de créditos). Los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasificarán en créditos privilegiados, créditos quirografarios o comunes y créditos subordinados”.

322 RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita; op. cit., p. 212.

323 RODRIGUEZ MASCARDI recomienda fundamentar la categorización, a fin de evitar impugnaciones y situaciones de abuso –en opinión que compartimos– (RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita en “Cuaderno de Derecho Concursal”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 212.

flexibilización del principio de igualdad de los acreedores, se dan otras garantías a los acreedores no beneficiados para evitar abusos de los acreedores que conforman la mayoría, al exigir para la aprobación de las propuestas que contengan estas categorías una doble mayoría, que refleje el apoyo a la propuesta de convenio de parte de los acreedores no beneficiados.<sup>324</sup>

#### **Plan de continuación o de liquidación.**

a) Alcance del plan de continuación. La ley concursal requiere que las propuestas de convenio que se presenten ante el Juez concursal sean acompañadas de un plan de continuación.<sup>325</sup>

Dicho plan de continuación “deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes” (art. 138 LCRE).

Se trata de un plan de negocios<sup>326</sup> en el que el deudor deberá exponer la forma en que desarrollará su actividad empresarial en el futuro, identificando todos los costos asociados (teniendo en cuenta que los créditos que se le concedan luego de la declaración del concurso serán créditos contra la masa, que deberán abonarse a su vencimiento), los pagos que habrá de efectuar para cumplir con lo comprometido en el convenio y para cancelar los créditos de los acreedores privilegiados, y los fondos o recursos necesarios para cumplir puntualmente con esos pagos. Debe especificar también las fuentes concretas de las que obtendrá tales fondos o recursos e identificar el flujo de fondos esperado de su actividad y las eventuales fuentes de financiamiento con las que contará para hacer frente a todo ello.

Si bien el art. 138 exige únicamente que se describan esos extremos (utiliza el término “describirán”), entendemos que si el deudor se limitara a describirlos, sin justificarlos, el síndico o interventor y/o los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo quirografario podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio.

De este modo, el deudor debe presentar un proyecto económico y financiero que evidencie que podrá subsistir, hacer frente a los costos operativos de la continuación de su actividad y al pago de los pasivos en la forma planteada en la propuesta de convenio.

b) Situación de los acreedores privilegiados. El art. 138 LCRE exige además que el plan incluya “una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial” (es decir, aquellos cuyos créditos están garantizados con prenda o hipoteca sobre bienes del deudor). Así, en el plan de continuación el deudor debe identificar la forma en que hará frente a los créditos privilegiados especiales, e incluirlos entre los pagos a efectuar y los recursos necesarios para hacer frente a su

---

324 El citado art. 145 LCRE exige que ante una propuesta que contenga ventajas en favor de acreedores, además de reunirse el voto favorable de las mayorías requeridas para la aprobación de la propuesta, “será necesario que voten a favor de la propuesta acreedores que representen una porción del pasivo no beneficiado superior a la correspondiente a aquellos acreedores que hubieran votado en contra”, como explicaremos más adelante.

325 Art. 138 LCRE: “(Presentación de la propuesta). Con una anticipación no menor de sesenta días a la fecha de reunión de la Junta de Acreedores, el deudor podrá presentar al Juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación”. Si bien no explica en qué consiste el plan de liquidación, teniendo en cuenta que estamos ante una hipótesis de continuación de la empresa (y no de liquidación de la misma), parecería referir al caso en que la propuesta implique la venta de los activos de la empresa para el pago de los pasivos concursales.

326 Así CREIMER, op. cit., p. 69. RODRIGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 210.

actividad futura.

Esta exigencia deriva de la particular situación que tienen estos acreedores frente al concurso, al quedar facultados a promover la ejecución de sus garantías reales –o a continuar con las ejecuciones iniciadas antes de declararse el concurso– una vez transcurridos 120 días de la sentencia declaratoria del concurso.<sup>327</sup> Al haber activos del deudor afectados con garantías reales a favor de dichos acreedores privilegiados, que tienen esa posibilidad de ejecutar tales garantías, el deudor debe indicar una solución satisfactoria para el pago de estos acreedores, a fin de evitar que el cumplimiento del convenio se vea luego frustrado por la ejecución de las garantías.<sup>328</sup> En el marco del plan, debe explicar en qué consiste la forma de pago a esos acreedores y cómo habrá de cumplirla. Adviértase que esta información es útil e imprescindible para los acreedores quirografarios a la hora de pronunciarse acerca del convenio, ya que el tratamiento a dar a los acreedores privilegiados especiales puede ser clave para el éxito del plan propuesto y determinante de la viabilidad de la empresa.

Esto no significa que los acreedores con privilegio especial queden obligados por el convenio. Sin perjuicio de contemplarlos en el plan, los créditos privilegiados especiales no resultarán alcanzados por los efectos del convenio. En consecuencia, aun cuando el plan contenga un correcto esquema de pagos de estos créditos, los acreedores privilegiados especiales estarán habilitados para ejecutar o continuar la ejecución de sus garantías una vez transcurridos 120 días desde la declaración del concurso (art. 61 LCRE). Si los acreedores privilegiados especiales estuvieran dispuestos a obligarse a no ejecutar sus garantías en la medida que se dé cumplimiento al pago en la forma propuesta en el plan, podrá resultar necesario otorgar con ellos un acuerdo paralelo a tal efecto.<sup>329</sup>

Curiosamente, la norma no exige que se incluya una fórmula de pago de los créditos de los restantes acreedores privilegiados (es decir, de los acreedores privilegiados generales).<sup>330</sup> Estos acreedores privilegiados generales no tienen garantía real sobre bienes del deudor,<sup>331</sup> pero tampoco se ven alcanzados por los efectos del convenio.

Consideramos que a pesar de que la norma no lo exija, a fin de permitir a los acreedores y al síndico o interventor evaluar la viabilidad del convenio,<sup>332</sup> el plan igualmente debe contemplar la

---

327 Además, sus créditos continuarán devengando intereses hasta el límite de su respectiva garantía (art. 64 LCRE) y en un escenario de liquidación serán abonados con el producido de la enajenación de los bienes gravados (art. 181 LCRE).

328 Cfr. CREIMER, op. cit., p. 69 y 70. LOPEZ y BADO, op. cit., p. 80.

329 Debe tenerse presente que si votaran favorablemente el convenio en la Junta, su voto determinará que su crédito sea considerado como quirografario, lo que equivale a la pérdida del privilegio.

330 Art. 110 LCRE (en redacción dada por Ley Nº 19.355 de 19/12/2015): “(Créditos con privilegio general). Son créditos con privilegio general, en el orden planteado: 1) Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso (...) hasta por un monto de 260.000 UI (...) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo. (...) 2) Los créditos por tributos nacionales y departamentales, exigibles hasta con cuatro años de anterioridad a la declaración del concurso. 3) El 50% (...) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% () de la masa pasiva”.

Estos acreedores privilegiados generales se encuentran en una posición más favorable que la de los acreedores quirografarios y subordinados, ya que en caso de liquidación, “en forma independiente del pago a los acreedores con privilegio especial, el síndico pagará con el producido de la realización de los bienes que integran la masa activa, por su orden, a los acreedores con privilegio general, a los acreedores quirografarios y a los acreedores subordinados” (art. 182 LCRE).

331 Posiblemente sea este el motivo por el que no se requirió incluir en el plan una fórmula de pago de sus créditos.

332 Cfr. Manual del Nuevo Derecho Concursal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 339; RODRIGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 210; LOPEZ y BADO, op. cit., pág. 80.

fórmula de pago a estos acreedores. De lo contrario, esta circunstancia debería ser observada por el síndico o interventor en el informe que presente acerca del plan, que podrá ser tenido en cuenta por los acreedores a la hora de votar la propuesta. Además, para el caso en que el convenio acompañado por un plan de esas características resulte aprobado por las mayorías de acreedores exigidas legalmente, podría dar lugar a que acreedores<sup>333</sup> y/o el síndico o interventor se opongan a la aprobación judicial del convenio, cuestionando la viabilidad del convenio (art. 152 LCRE).

c) Plan de continuación y viabilidad de la empresa. Finalidad del plan. Se advierte entonces cómo este plan se torna fundamental para evaluar la viabilidad de la propuesta presentada, y, por ende, de la empresa. Permite a cada acreedor (y al síndico o interventor) evaluar si puede esperarse que el deudor razonablemente continúe con su actividad y cumpla con lo propuesto.

Del contenido que el legislador exige para el plan, puede inferirse en qué consiste la viabilidad. Una empresa será viable cuando su perspectiva económica de futuro le permita cumplir con la cancelación de los pasivos concursales en los términos establecidos en la propuesta de convenio y en el plan que la acompaña, así como reorientar y continuar con su actividad. Esa empresa deberá generar y/u obtener recursos suficientes para atender al cumplimiento del convenio (pasivo concursal) y para seguir operando y cubriendo todos sus costos de operación, incluyendo eventuales pasivos postconcursoales. El plan apunta a exponer estos elementos, que permitirán evaluar y determinar si la empresa es viable o no.<sup>334</sup>

El plan de continuación constituye entonces un elemento imprescindible para que el acreedor pueda decidir su posición respecto de la propuesta y ejercer su voto en forma informada. El plan es necesario además a fin de permitir a la minoría de acreedores que no apoye el convenio –y al síndico o interventor–, plantear oposiciones basadas en la inviabilidad de la propuesta. Por tal motivo, entendemos que constituye un elemento de protección, una garantía para el ejercicio de los derechos de todos los acreedores: tanto para aquellos que decidan apoyar la propuesta (en la medida que podrán votar o adherir a la misma en forma informada) como para los que no la acompañen (ya que les permitirá informarse a fin de oponerse a la aprobación judicial del convenio por la inviabilidad objetiva del mismo –eventualmente, si fuera el caso–).

Una vez presentado el plan, el síndico o interventor deberán emitir un informe especial sobre la viabilidad del mismo, que deberá ser presentado al Juzgado y puesto a disposición de los acreedores al menos 15 días antes de la fecha de la Junta de Acreedores (arts. 142 LCRE).<sup>335</sup> Este informe tiene por función informar a los acreedores<sup>336</sup> de las características, alcance y proyecciones del plan, de cara a la consideración y votación de la propuesta de convenio en la Junta de Acreedores. No tiene efecto vinculante para los acreedores, quienes tienen libertad para decidir si acompañar, acoger o no las conclusiones que el síndico o interventor expongan en su

---

333 Como veremos, el art. 152, num. 2 faculta a acreedores que representen al menos el 10% del pasivo quirografario y al síndico o interventor a oponerse a la aprobación judicial del convenio, siempre que el cumplimiento del convenio sea “objetivamente inviable”.

334 Como desarrollaremos luego, si la propuesta de convenio no fuera “objetivamente viable”, los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo quirografario y/o el síndico o interventor podrán oponerse a la aprobación judicial de la propuesta, si la misma resultare aprobada por la Junta de Acreedores (art. 152 LCRE).

335 En caso de modificarse la propuesta, deberán presentar un informe ampliatorio y ponerlo a disposición de los acreedores al menos 5 días antes de la fecha de la Junta.

336 Cfr. RODRÍGUEZ MASCARDI en op. cit., p. 206. Por su parte, LOPEZ y BADO han sostenido que en este informe el síndico o interventor no podrían hacer un análisis de conveniencia de la solución planteada, cuestión que queda reservada a los acreedores (así en op. cit.), p. 99.

informe.

Por último, es menester mencionar que la ley concursal no establece cuál es la consecuencia de la presentación de la propuesta de convenio sin el plan de continuación. A este respecto, se ha entendido que la falta del plan equivale a la falta de presentación del convenio, lo que determina la procedencia de la liquidación de conformidad con el art. 168 num. 2 LCRE.<sup>337</sup> Esta posición es además la adoptada por nuestra jurisprudencia.

d) Plan de continuación en el convenio extrajudicial. En el caso del convenio extrajudicial (presentado para la aprobación judicial ya con las adhesiones de las mayorías de acreedores exigidas, arts. 163 y 164 LCRE), las disposiciones que lo regulan no aluden al plan. En ese contexto, se ha discutido si en estos casos es necesario presentarlo conjuntamente con el convenio o no.

En la doctrina, Creimer sostiene que el convenio judicial y el extrajudicial no tienen los mismos requisitos formales, y que la propuesta de convenio extrajudicial no requiere la presentación del plan de continuación porque ya se presenta con las adhesiones necesarias, como forma de facilitar los convenios, para mantener las empresas viables y las fuentes de trabajo. Por el contrario, Rodríguez Mascardi, Martínez Blanco y Martínez Vigil entienden que el convenio extrajudicial debe cumplir con todos los requisitos exigidos al convenio judicial, por lo que debe presentarse acompañado del plan de continuación.<sup>338</sup> Esta última es también la posición de la jurisprudencia actual.<sup>339</sup> Coincidimos con esta opinión, que se deriva de una interpretación armónica de las disposiciones del Título VII de la Ley, y porque la presentación del plan constituye una garantía para los acreedores que se verán obligados por el convenio por decisión de la mayoría, al permitirles formular oposición en base a la causal de inviabilidad del convenio (art. 152 LCRE). Constituye además una garantía para el sistema todo, ya que si la empresa no fuera viable, aun cuando los acreedores no se opusieran a la aprobación del convenio, podrá hacerlo el síndico o interventor, a fin de evitar una mayor destrucción de valor.

---

337 Es la opinión de MARTINEZ BLANCO, op. cit., p. 339; MARTINEZ VIGIL, op. cit., p. 168; LOPEZ y BADO, op. cit., p. 81.

338 RODRIGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 210; MARTINEZ BLANCO, op. cit., p. 358; MARTINEZ VIGIL, Daniel, “¿Hecha la ley... hecha la trampa?: documentación que debe acompañar a la propuesta concursal en las distintas modalidades de convenio” en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, T. I, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014, p.159- 170.

339 En un caso en el que se presentó un convenio extrajudicial sin el plan de continuación, el Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 2º Turno resolvió tenerlo por no presentado y decretar la liquidación del deudor (sent. interlocutoria 2303/2013 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 2º Turno, de 23/12/2013 –González-, en autos “Martínez Chaer, Aníbal.- Concurso necesario”, IUE 2-105955/2011).

Por su parte, en otro caso en el que se presentó la misma situación, el Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos – Rodríguez Mascardi- resolvió aprobar el convenio extrajudicial presentado y conferir al deudor un plazo de 10 días para presentar el plan, bajo apercibimiento de tener el convenio por no presentado (sentencia interlocutoria Nº 1789/2013, en autos “Clonor S.A.- Concurso de la Ley Nº 18.387”, IUE 0040-000012/2013). Como consecuencia de esto, si transcurrido el plazo no se presentara el plan, correspondería celebrar la Junta de Acreedores y decretar la liquidación. Ante el recurso de apelación interpuesto por el síndico, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno resolvió revocar la sentencia de primera instancia y exigir el cumplimiento de todos los requisitos del art. 138 (sent. interlocutoria Nº 34/2014 de 23/4/2014, Pérez Brignani –red.-, Sosa Aguirre, França Nebot).

La jurisprudencia en este sentido cambió, dado que con anterioridad los Juzgados concursales aprobaban los convenios extrajudiciales que eran presentados sin un plan de continuación (como puede verse en el fallo del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno antes citado). Corresponde comentar que bajo esa posición, durante los primeros años de vigencia de la LCRE, en la práctica los convenios extrajudiciales se presentaban sin ser acompañados del plan de continuación.



**Otros requisitos del convenio.**

Una vez presentada por el deudor ante el Juez concursal, la propuesta no puede ser revocada (art. 141 LCRE). Al presentarla, el deudor ya ha manifestado su voluntad y la aprobación de la misma depende únicamente de que sea votada favorablemente por las mayorías de acreedores quirografarios exigibles según el caso, y de la posterior aprobación por el Juez concursal.

La propuesta presentada tampoco puede ser modificada, salvo que las modificaciones que se introduzcan no la alteren sustancialmente, comporten condiciones más favorables para todos o algunos de los acreedores quirografarios, y se introduzcan con una anticipación mínima de 15 días a la fecha de la Junta de Acreedores, debiendo cumplirse acumulativamente con todos estos requisitos (art. 141 LCRE).

En el caso del convenio extrajudicial, al presentarse esa propuesta para la aprobación judicial, también los acreedores adherentes que hayan suscrito la propuesta habrán expresado su voluntad.

Por último, es menester comentar que ante la inexistencia de normas que exijan disposiciones obligatorias a ser reflejadas en las propuestas de convenio, desde la doctrina se ha recomendado incluir en él ciertas cláusulas para evitar dificultades a la hora de su interpretación.<sup>340</sup>

**Consideración y aprobación de la propuesta por la junta de acreedores.**

La propuesta (o propuestas) de convenio judicial, junto con el plan correspondiente y el informe especial del síndico o interventor son considerados por los acreedores quirografarios reunidos en Junta de Acreedores (art. 143 LCRE).<sup>341</sup> En ella se pronunciarán a través del voto a favor o en contra de la propuesta presentada, y el resultado de esa votación determinará si la misma resulta o no aprobada, según se reúnan o no las mayorías exigidas.

Podrán asistir a la Junta todos los acreedores concursales (esto es, no sólo los acreedores quirografarios) cuyos créditos hayan sido verificados por el síndico o interventor.<sup>342</sup>

A este respecto, la LCRE consagra la representación legal de pequeños acreedores (art. 120), innovadora del régimen legal antes vigente en nuestro país: aquellos acreedores que reúnan las características que el legislador indica para ser considerados tales<sup>343</sup> y que no asistan a la Junta,

---

340 Es el caso de CABRERA DAMASCO, que sugiere que la fórmula sea clara (incluyendo cifras, fecha de inicio de pagos, domicilio de acreedores, designación de terceros para realizar los pagos, cláusula de mora y garantías de cumplimiento (si las hay). Vé. CABRERA DAMASCO, Fernando, "La conveniencia que el acuerdo concursal se pronuncie sobre determinados puntos", ponencia presentada en IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Punta del Este, Uruguay, 12 a 14 de noviembre de 2008), Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 43 a 48.

341 La Junta se reúne en la fecha fijada en la sentencia de declaración del concurso, que sólo puede prorrogarse excepcionalmente (art. 115 LCRE). Si se presentara una propuesta de convenio extrajudicial con las adhesiones de las mayorías necesarias de acreedores, el Juez suspenderá la Junta.

342 En nuestra opinión, podrán asistir entonces todos aquellos acreedores que al momento de celebrarse la Junta hayan sido verificados por el síndico o interventor: sea en su informe inicial (art. 101 LCRE), o por la resolución recaída en relación a impugnaciones presentadas a la lista, y también por la presentación de solicitudes de verificaciones tardías (incluso posteriores al informe inicial).

343 Son los acreedores cuyos créditos sean inferiores a 50.000 Unidades Indexadas (equivalentes actualmente a US\$ 6.000 aproximadamente), o que superen esa cifra pero sean titulares de un crédito inferior al cociente de dividir por 10.000 el total del pasivo. No serán considerados como pequeños acreedores el Estado, entes públicos, entidades de intermediación financiera, compañías de seguros, ni las sociedades administradoras de fondos de ahorro previsional y de fondos de inversión).

serán representados en ella por el síndico o interventor a los solos efectos de votar el convenio. Esta norma responde a la realidad fáctica planteada en las Juntas de Acreedores, ante la inasistencia de acreedores de este tipo –que suelen no interesarse en el concurso por su escaso peso relativo-, circunstancia que dificulta la adopción de resoluciones. Evidencia una vez más el propósito del legislador de propender al otorgamiento del convenio cuando están dadas las condiciones para ello.

Podrá intervenir además en la Junta cualquier otra persona que el Juez autorice (por ejemplo, asesores, peritos).

El deudor, por su parte, tiene el deber de asistir personalmente, salvo dispensa del Juez (art. 117 LCRE).

La Junta se constituirá válidamente cualquiera sea el número de acreedores y el porcentaje de créditos concurrentes, asista o no el deudor.<sup>344</sup> En ella, se considerará el informe del síndico o interventor previsto en el art. 123 LCRE.<sup>345</sup> Además, se discutirá y votará la propuesta de convenio que el deudor hubiere presentado.

Para dar transparencia a la votación de la propuesta, se requiere que sea nominal y pública (art. 125 LCRE).

#### **Acreedores excluidos del voto.**

La ley concursal de Uruguay no contiene ninguna norma en la que indique expresamente qué acreedores tienen derecho a voto. Indica qué mayorías deben recabarse para adoptar resoluciones y para aprobar una propuesta de convenio. Además, establece qué acreedores no tendrán derecho a voto, y dispone cuál será la consecuencia del ejercicio del derecho de voto por parte de los acreedores privilegiados generales y especiales (presuponiendo así que estos acreedores privilegiados especiales y generales tienen derecho a votar).

Es por demás evidente que los acreedores quirografarios son quienes naturalmente tienen derecho a votar la propuesta, ya que son ellos quienes se verán obligados en sus términos. Es así que todo el régimen de mayorías hace referencia a ellos.

El legislador uruguayo excluye a algunos acreedores de la votación, privándolos del derecho de voto en la Junta de Acreedores (y del derecho de adherir a un convenio extrajudicial) en el art. 126 LCRE: “no tendrán derecho de voto en la Junta de Acreedores: 1) Las personas especialmente relacionadas con el deudor, mencionadas en el artículo 112. 2) Los acreedores quirografarios cuyos créditos se encuentren adecuadamente garantizados con derechos reales de garantía sobre

---

344 Aunque para adoptar resoluciones válidas tendrá que estar presente al menos la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto, como veremos.

345 Art. 123 LCRE: “(Informe del síndico o del interventor). El informe del síndico o del interventor tendrá el siguiente contenido: 1) Memoria explicativa de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se dedica o hubiera dedicado (...) así como de las causas del estado en que se encuentra. 2) Estado de la contabilidad del deudor (...). 3) Memoria de la tramitación del concurso de acreedores (...). 4) En caso de que, en el momento de la declaración de concurso, el activo fuera inferior al pasivo, el informe contendrá la relación de los bienes y derechos que deban ser objeto de reintegración a la masa activa, con expresión de la causa y de la persona o personas a las que afecte o pueda afectar la revocación (...). 5) La forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa, para el caso de que no se apruebe un convenio (...). 6) La tasación a valor de liquidación de la empresa en partes (...).”

Para permitir que los acreedores puedan conocer debidamente este informe, debe ser presentado en el concurso al menos 30 días antes de la fecha de la Junta, y quedar de manifiesto a su disposición (art. 124 LCRE)

bienes o derechos de terceros, o en cualquier otra forma. 3) Los acreedores que, después de la declaración judicial de concurso, hubieran adquirido el crédito por actos inter vivos, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar a título universal o como consecuencia de ejecución judicial o extrajudicial. 4) Los acreedores en situación de conflicto de intereses”.

Se trata de situaciones en las que existe posibilidad de abuso de derecho de tales acreedores, que han sido abordadas de la legislación comparada, o de la experiencia derivada de discusiones e interpretaciones de la doctrina y jurisprudencia comparadas en ordenamientos que no contienen normas expresas al respecto.<sup>346</sup> Para evitar ese tipo de situaciones, nuestro legislador la consagró expresamente estas exclusiones.

Aquellos acreedores que se encuentren comprendidos en cualquiera de las situaciones indicadas en el citado art. 126 LCRE podrán asistir a la Junta, pero no tendrán derecho a voto ni a adherir a propuestas de convenio extrajudiciales.<sup>347</sup> Serán privados de su derecho a voto sin más, automáticamente, sin considerar la subjetividad ni el contexto del caso.<sup>348</sup> No se considerará el vínculo que en los hechos puedan haber tenido con el deudor ni con su insolvencia, ni la motivación de su voto. Aun cuando en el caso concreto no exista fraude, resultarán automáticamente excluidos de la votación, lo que puede dar lugar a exclusiones injustificadas.

Pese a la drástica solución de nuestro legislador, la exclusión de tales acreedores de la votación podrá no resultar sencilla, en la medida para hacer valer algunas de las causales deberá acreditarse su verificación. El ejemplo más claro de esto, si se quiere, es el de los acreedores en situación de conflicto de interés.

La doctrina y jurisprudencia coinciden en sostener que estas categorías deben interpretarse en forma restrictiva, por ser la exclusión del derecho de voto una circunstancia excepcional, que priva al acreedor concursal de su derecho a participar en la decisión sobre la suerte que correrá su crédito.

A continuación aludiremos brevemente a cada una de ellas.

a) Personas especialmente relacionadas con el deudor. Por disposición del art. 112 LCRE, son personas especialmente relacionadas con el deudor persona física: el concubino, cónyuge o quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso; ascendientes y descendientes y hermanos del deudor o de cualquiera de las personas antes indicadas; los cónyuges o concubinos de ascendientes y descendientes y hermanos del deudor; y las personas que hubieran convivido con el deudor en los dos años anteriores (salvo que sean titulares de créditos salariales). Son personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica: los socios ilimitadamente responsables; los socios o accionistas limitadamente responsables que sean titulares de más del 20% del capital social; los administradores (de derecho y de hecho), los liquidadores y quienes lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; y las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades con la deudora,

---

346 Sobre la problemática planteada en Argentina frente a la exclusión del voto de diversos acreedores puede verse FABIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Exclusión de voto en los concursos: Un camino en permanente construcción”, en Vitolo-Pardini (Dir), La tutela de los acreedores en los procesos concursales, Bs.As., 2006, Ed. Ad Hoc. p. 157 y ss.

347 Cfr. LOPEZ y BADO, op. cit., p. 44.

348 CFR. RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, “Los créditos subordinados”, en RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENEGRO, Alicia, Ensayos concursales, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016. GRAZIOLI MILBURN, María Lucía; “Subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor”, ponencia presentada en Semana Académica 2011 del Instituto de Derecho Comercial (Facultad de Derecho, Universidad de la República), publicada en Tres pilares del moderno Derecho Comercial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 479-488

cuando se encuentren sometidas al poder de dirección de otra. También son personas especialmente relacionadas con el deudor los cesionarios de créditos que pertenecieran originariamente a las personas especialmente relacionadas con el deudor, adquiridos en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

El legislador trata con desconfianza a estos acreedores y los excluye del voto, debido a la asimetría que tienen respecto de los demás acreedores en la información sobre la situación del deudor, y en la mayor tendencia al fraude en su otorgamiento.<sup>349</sup> Además, por la estrecha relación que mantienen con el deudor, parecen tener una comunidad de intereses con el mismo, que puede traducirse en una mayor tendencia al fraude o de connivencia con el deudor a la hora de expresar su voluntad.<sup>350</sup>

Podría ocurrir que en los hechos estos acreedores no tengan ninguna motivación fraudulenta, ni inclinación alguna a favor del deudor, y que no hayan tenido conducta alguna que amerite tratarlos en forma desfavorable frente al resto. No obstante, por el mero hecho de quedar comprendidos en la categoría de personas especialmente relacionadas al deudor, no tendrán derecho de voto.

b) Acreedores quirografarios adecuadamente garantizados. Los acreedores quirografarios con créditos adecuadamente garantizados con derechos reales de garantía sobre bienes o derechos de terceros, o en cualquier otra forma, tampoco tienen derecho a voto. Es el caso, por ejemplo, del acreedor garantizado por un aval, una fianza, seguros de crédito, fideicomisos en garantía, etc. Para el concurso, estos son acreedores quirografarios (y no privilegiados), porque su garantía recae sobre bienes o derechos de terceros. Pero a pesar de no conferirles el status de privilegiados, esa garantía es relevante y los ubica en una posición distinta y más favorable que la de los acreedores quirografarios, y por ello se les impide votar.

Se ha interpretado que esta exclusión afecta al crédito, no a la persona. De modo que si un mismo acreedor tuviera otros créditos quirografarios no garantizados, por estos últimos sí tendrá derecho a voto.<sup>351</sup>

La ambigüedad e indeterminación del giro “adecuadamente garantizados” utilizada por el legislador genera dificultades a la hora de aplicar esta norma. ¿Cuándo un crédito está “adecuadamente” garantizado? Esta interrogante ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias, a la hora de definir las circunstancias a las que ha de atender el síndico o interventor –que en el listado de acreedores deberá indicar si el acreedor tiene o no derecho a voto- a fin de determinar si un acreedor se encuentra o no comprendido en esta categoría. Hay quienes consideran que un crédito está “adecuadamente garantizado” cuando se constata que la garantía del tercero ha sido formal y correctamente constituida a favor del acreedor.<sup>352</sup> Otros sostienen, en cambio, que en algunos casos puede no ser suficiente con un control formal de la garantía (caso de la garantía que recae sobre un bien, que necesita evaluación de su valor de mercado o de

---

349 Así lo sostienen FERRER MONTENEGRO y RODRIGUEZ MASCARDI en *Los créditos y el concurso*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, p. 76 y en “Los acreedores sin derecho a voto en la Ley Concursal Uruguaya 18.387”, publicado en *Ensayos Concursales, La Ley*, Montevideo, 2016, p. 156.

350 Por ese mismo fundamento, los créditos de estas personas especialmente relacionadas con el deudor son subordinados (art. 126 LCRE).

351 Cfr. RODRIGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO, “Los acreedores sin derecho a voto...”, p. 159.

352 Es la posición de GERMAN, Daniel, en “Acreedores sin derecho a voto por encontrarse sus créditos adecuadamente garantizados”, publicado en GERMAN, Daniel –dir- et. al, *Actualidad del Derecho Concursal*, Ed. Idea, Montevideo, 2017, 163 a 169.

subasta) para poder determinar si es adecuada o no para cubrir el crédito al que accede, y resultar necesario controlar otros elementos, debiendo para ello el síndico valerse de toda la información que esté a su alcance. Éstos últimos entienden que si agotados los medios el administrador concursal no logra determinar si el crédito de ese acreedor está suficientemente garantizado o no, la norma debe interpretarse la norma en forma restrictiva y no privarlo del derecho de voto.<sup>353</sup>

c) Acreedores que hubieran adquirido su crédito por acto inter vivos luego de declarado el concurso. El propósito de esta exclusión es evitar la “compra pico a pico” de créditos de acreedores hostiles, para obtener la aprobación del convenio. Busca igualmente evitar la realización de maniobras fraudulentas que den lugar a la votación del acreedor complaciente, ante la sospecha de que su voto esconde al propio deudor, actuando a través de interpuesta persona.

También en este caso la exclusión del derecho de voto afecta al crédito y no al acreedor, por lo que si estos acreedores tuvieran otros créditos quirografarios anteriores al concurso, por esos últimos sí podrán votar.

La exclusión no aplica a los casos en que la adquisición fuera a título universal o por ejecución forzosa, ya que en tales supuestos no existiría el fraude que se pretende neutralizar.

d) Acreedores en situación de conflicto de intereses. Esta categoría es más amplia que las anteriores, y permite excluir del voto a distintos acreedores que incurran o que mantengan un conflicto de interés.

La doctrina ha explicado que el conflicto de interés que justifica la exclusión del voto de estos acreedores, puede darse en dos hipótesis, que han sido analizadas por la doctrina argentina.<sup>354</sup> Una de ellas, la del acreedor que tenga un conflicto de intereses con el resto de los acreedores y actúe en connivencia con el concursado, para imponer al resto una decisión que no resulte favorable al interés de los acreedores de lograr la mayor satisfacción de sus créditos, inclinando la decisión a favor del deudor (acreedor complaciente). Otra, la del acreedor que motiva su actuación en intereses propios, contrarios al resto de los acreedores, que abusa de su posición en perjuicio del resto, y responde a un interés propio dirigido a frustrar el acuerdo colectivo en forma disfuncional a los intereses del concurso (el denominado “acreedor hostil”).

La principal dificultad de esta categoría (a diferencia de las anteriores, que apuntan a situaciones objetivas), radica en la prueba que habrá de producirse de la existencia del conflicto invocado.

### **Voto de acreedores privilegiados generales y especiales.**

Estos acreedores no están excluidos del derecho de voto. A su respecto, el art. 127 LCRE dispone que si el acreedor privilegiado (especial o general) vota en la Junta de Acreedores, “se entenderá que renuncia a su privilegio general o especial, transformándose en un acreedor quirografario”.

Como el acreedor privilegiado tiene una situación más favorable que la del resto de los

---

353 Así BACCHI, Adriana y AYUL, Zamira en “Derecho de voto y acreedores adecuadamente garantizados”, ponencia presentada en la Semana Académica 2014 del instituto de Derecho Comercial (Facultad de Derecho, Universidad de la República), publicado en “Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho Comercial”, Fundación de Cultura Universitaria, 2014, p. 409-414.

354 FABIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Exclusión de voto en los concursos: Un camino en permanente construcción”, en Vitolo-Pardini (Dir) et.al., La tutela de los acreedores en los procesos concursales, Bs.As., 2006, Ed.Ad Hoc. p.157 y ss.

acreedores, no debe decidir la suerte de estos créditos. Si lo hiciera, podría estar actuando en forma abusiva. Por tal motivo, para el caso en que vote, se lo sanciona con la pérdida de su privilegio.

Sin perjuicio de esto, si ese acreedor privilegiado especial fuera además titular de créditos quirografarios, en caso que vote “se entenderá que vota exclusivamente por los créditos quirografarios, salvo que, al emitir el voto, manifieste que vota por la totalidad de los créditos” (art. 127, inc. 2 LCRE).

### **Situación de los acreedores subordinados.**

Ante la ausencia de una norma que especifique expresamente qué acreedores tienen derecho a voto, y siendo que los créditos subordinados resultan alcanzados por los efectos del convenio

De conformidad con el art. 111 LCRE, “son créditos subordinados: 1. Las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza. 2. Los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor”.

Como ya vimos, las personas especialmente relacionadas con el deudor han sido excluidas del derecho al voto.

La cuestión se ha planteado en relación a aquellos otros acreedores subordinados que no han sido excluidos del derecho de voto, dividiendo a la doctrina. Prestigiosos exponentes sostienen que la normativa concursal no priva del derecho de voto a todos los acreedores subordinados sino tan solo a las personas especialmente relacionadas con el deudor, excluidas del derecho a voto por el art. 116 LCRE. En consecuencia, aquellos otros créditos subordinados que no han sido excluidos (caso de los créditos por multas y otras sanciones pecuniarias -subordinación legal, art. 111 LCRE-, o caso de los créditos subordinados por voluntad de las partes -subordinación voluntaria-), pueden votar la propuesta de convenio, porque puede que nunca lleguen a cobrar.<sup>355</sup> En posición contraria a esta, hay quienes consideran que los acreedores subordinados (todos) están privados del derecho voto, y que los únicos que forman la voluntad de la Junta de Acreedores son los acreedores quirografarios.<sup>356</sup>

Si atendemos a las normas que regulan la adopción de resoluciones, nos encontramos con que el art. 125 LCRE, al regular las mayorías, dispone que los votos favorables con los que se conforman esas mayorías son sólo de acreedores quirografarios, no de acreedores subordinados. Paralelamente, el art. 126 LCRE dispone, que no tendrán derecho de voto las personas especialmente relacionadas con el deudor, sin hacer referencia a los acreedores por multas y otras sanciones pecuniarias (que son la otra clase de créditos comprendidos dentro de la categoría de créditos subordinados).

---

355 Así FERRER MONTENEGRO Y RODRIGUEZ MASCARDI en “Los créditos y el concurso”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016; “Los acreedores sin derecho a voto en la ley concursal uruguaya 18.387” en Ensayos Concursales.

356 Así OLIVERA GARCIA, “La jerarquización del acreedor quirografario en la nueva ley uruguaya de concursos”, en Panorama de Derecho Concursal Uruguayo: estudio sobre la Ley Nº 18.387, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 156. AUMENTE, Jesús y CIAVATONE, Alfredo, “Votación de la propuesta de convenio. Problema que plantea el régimen de mayorías en la Ley 18.387”, ponencia presentada en la Semana Académica 2016 del Instituto de Derecho Comercial (Facultad de Derecho, Universidad de la República), publicada en Realidad del Derecho Comercial: tensiones y sinergias en su práctica, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, p. 373- 378.

En ese contexto, en nuestra opinión, no puede entenderse que el acreedor subordinado titular de multas y otras sanciones pecuniarias esté privado del derecho de voto.<sup>357</sup> Aunque podrá asistir a la junta de acreedores, su voto no se computará a los efectos del cálculo de las mayorías requeridas. Si podrá computarse -como veremos al abordar el régimen de mayorías- en los casos en que la propuesta plantee un tratamiento especial para sus créditos (art. 145 LCRE). Es posible interpretar además que podrían votar en contra de la propuesta que se apruebe por mayoría, a fin de formular luego oposición contra la aprobación judicial del convenio.<sup>358</sup>

### **Principio de preeminencia de las mayorías.**

La decisión de aprobar o no la propuesta de convenio recae entonces sobre los acreedores quirografarios.

Siguiendo la tendencia de varios siglos, para que la propuesta sea vinculante para todos los acreedores que se verán alcanzados por los efectos del convenio, no se exige la voluntad conforme o pronunciamiento favorable de la unanimidad de tales acreedores. A diferencia de lo que ocurre en materia contractual (donde se exige el consentimiento de todas las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad), rige el principio mayoritario. Es el pronunciamiento favorable de las mayorías de acreedores exigidas legalmente el que determina que la solución así adoptada y acordada sea impuesta a todos los acreedores quirografarios y subordinados.

Ante la situación de insolvencia del deudor concursado y la imposibilidad de los acreedores de ejercer acciones individuales para el recupero de sus créditos, esta es la única solución posible. Conseguir el consentimiento unánime es prácticamente imposible, más aún cuando puede haber acreedores tardíos que no sean conocidos por el concurso. Además, es la más eficiente, dado que en un sistema que procura reducir lo más posible la destrucción de valor ocasionada por la crisis, la decisión de la mayoría de los acreedores procurará obtener la mayor satisfacción posible de sus créditos.<sup>359</sup>

Así, tal como lo desarrollaremos en el punto siguiente, la LCRE regula las mayorías, exigiendo como regla general la mayoría absoluta de votos de créditos quirografarios, flexibilizándola cuando la propuesta contiene una fórmula más beneficiosa para los acreedores, y aumentándola cuando la fórmula es más gravosa para ellos, y exigiendo dobles mayorías cuando ciertos acreedores pueden verse perjudicados.

Luego de que la mayoría necesaria de acreedores aprueba el convenio, el mismo se somete a la aprobación del Juez concursal. Una vez aprobado judicialmente por sentencia firme, tendrá fuerza vinculante para todos los acreedores quirografarios y subordinados por disposición de la ley concursal (art. 158 LCRE). Esa decisión de la mayoría se impone al resto entonces por decisión de

---

357 Siguiendo en este aspecto a RODRIGUEZ MASCARDI y FERRER MONTENEGRO.

358 El legislador admite expresamente que el acreedor subordinado formule oposición al convenio extrajudicial. Al trata el régimen de oposición al convenio judicial, no hace referencia alguna al mismo, pero podría quedar comprendido dentro del elenco de acreedores legitimados para formular oposición (que son los acreedores “que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto y los que hayan votado en contra de la propuesta de convenio” (art. 151.1 LCRE).

359 En palabras de OLIVERA GARCÍA, “el legislador pone en manos de los acreedores quirografarios la toma de las decisiones más trascendentes del concurso... considera que existe una perfecta alineación de intereses entre el acreedor quirografario y la Economía en su conjunto. Ambas pretenden por igual impedir la destrucción de valor que las situaciones de crisis producen. La preservación del valor de las estructuras empresariales coincide con el afán del acreedor quirografario por optimizar la recuperación de su crédito” ( “La jerarquización del acreedor quirografario en la nueva ley uruguaya de concursos”, publicado en OLIVERA GARCÍA –dir.- et. al., Panorama..., p. 161 y 162.



los acreedores que votaron favorablemente, y principalmente, por la aprobación judicial<sup>360</sup> y por imperio de la ley que así lo dispone. Es en definitiva la ley concursal la que dispone ese efecto obligatorio, vinculante, de la decisión de la mayoría para todos los acreedores, incluyendo los disidentes y tardíos.

Los efectos del convenio se impondrán a aquellos acreedores quirografarios que hubieren votado a favor de la propuesta (en cuyo caso la aplicación del convenio será producto de la autonomía de su voluntad) y a los subordinados; a los disidentes que se hubieren manifestado expresamente en contra de la aprobación de la propuesta que resultara aprobada (que deberán respetar la fórmula de pago aceptada por la mayoría, pese a haber la autonomía de su voluntad en forma contraria a lo que resultó plasmado en el acuerdo); a los que se hayan abstenido de votar; a los que no hayan podido pronunciarse respecto de la propuesta por ser privados del derecho de voto por la ley concursal; a los que hubieren verificado su crédito pero hayan estado ausentes en la junta de acreedores; a los pequeños acreedores que hayan sido representados por el síndico (independientemente de que ésta haya votado en su representación favorablemente o no la propuesta); a los que hayan solicitado la verificación de su crédito en forma tardía sin haber obtenido aún pronunciamiento al respecto,<sup>361</sup> y a los que aún no hayan verificado su crédito.

#### **Mayorías exigidas para la aprobación del convenio en la junta de acreedores.**

a) Criterio general: mayoría absoluta. De conformidad con el art. 144 LCRE, “para que la propuesta de convenio se considere aceptada, será necesario que voten a favor de la misma acreedores que representen, como mínimo, la mayoría del pasivo quirografario del deudor” (inc. 1º).

El criterio general para la aprobación del convenio judicial es entonces el de la mayoría absoluta del pasivo quirografario del deudor.<sup>362</sup> En consecuencia, para el cómputo de esta mayoría, debe tenerse en cuenta todo el pasivo quirografario, incluyendo en el cómputo a aquellos acreedores quirografarios que estén excluidos del derecho de voto.<sup>363</sup> Se trata del voto favorable de la mitad más uno de los créditos quirografarios.

Debe tenerse en cuenta que el voto se computa en función de los créditos, y no de las personas de los acreedores. Se ha destacado que el voto favorable de un solo acreedor podría resultar suficiente en teoría para aprobar un convenio.

Martínez Blanco, con quien coincidimos, sostiene que esta mayoría opera como mínimo para considerar la propuesta en la Junta de Acreedores, de modo tal que si los acreedores asistentes no alcanzan a cubrir esa cantidad, la propuesta debe ser rechazada.<sup>364</sup>

b) Mayorías especiales. Seguidamente, el art. 144 inc. 2º exige mayorías especiales para determinadas propuestas: “cuando la propuesta de convenio implique el otorgamiento de quitas superiores al 50% (cincuenta por ciento) del monto de los créditos quirografarios y/o plazos de

---

360 Es la opinión de CREIMER (op. cit.) y de LOPEZ Y BADO (op. cit.).

361 Estos potenciales acreedores, en nuestro ordenamiento, no podrán votar dado que recién formarán parte de la masa pasiva una vez culminado favorablemente el proceso de verificación de sus créditos.

362 Esta norma presenta una discordancia con el art. 163 LCRE, que en sede de convenio extrajudicial, hace referencia al pasivo quirografario “con derecho a voto”.

363 Así lo interpretan FERRER MONTENEGRO y RODRIGUEZ MASCARDI en Los créditos... .

364 MARTINEZ BLANCO, op. cit., p. 346.

pago superiores a diez años, será necesario que voten a favor de la misma acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto” (lit. a).

Al tratarse de una propuesta que puede resultar gravosa para los acreedores, se exige una mayoría calificada, una cantidad de votos favorables mayor que la mayoría absoluta requerida con criterio general. Esto constituye un mecanismo de garantía para evitar abusos, a la vez que un desincentivo al deudor a proponer propuestas de este tipo, que deberá enfrentar una mayor dificultad a la hora de recabar los votos de sus acreedores quirografarios.

En cambio, “cuando la propuesta de convenio consista en el pago íntegro de los créditos quirografarios en plazo no superior a dos años o en el pago inmediato de los créditos quirografarios vencidos con quita inferior al 25% (veinticinco por ciento), será suficiente que voten a favor acreedores que representen una porción del pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote en contra, siempre que los votos favorables representen, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducido el pasivo sin derecho a voto” (lit. b). Se exige entonces una mayoría simple (votos a favor que superen los votos en contra), aunque calificada (que los votos favorables representen al menos el 25% del pasivo quirografario). Al contrario del caso anterior, siendo que esta propuesta contiene una fórmula razonablemente beneficiosa para los acreedores quirografarios (casi idílica en un escenario de insolvencia), se exige una mayoría simple, calificada, que se traduce en una exigencia menor que la establecida como criterio general (mayoría absoluta, num. 1º).<sup>365</sup>

c) Doble mayoría requerida para propuestas con categorías de acreedores. En caso que la propuesta incluya una categorización de créditos, que implique ventajas en favor de uno o varios acreedores o clases de créditos, además del voto favorable de las mayorías antedichas, se requiere para su aprobación el voto favorable de acreedores que representen una porción del pasivo no beneficiado superior a la correspondiente a aquellos acreedores que hubieran votado en contra (art. 145 LCRE).

Se exige así una doble mayoría que opera como garantía para los acreedores que se verán perjudicados, en virtud de la flexibilización de la par conditio creditorum ocasionada al conferir ventajas a favor de algunos acreedores.

### **Consentimiento individual de acreedores.**

Además de las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta, cuando la misma suponga nuevas obligaciones, para uno o varios acreedores, será necesario su consentimiento individual, el que deberá ser presentado antes de que la propuesta sea sometida a votación (art. 146, inc. 1º LCRE).<sup>366</sup>

La mayoría de los acreedores podrá imponer su voluntad al resto respecto de la solución a aplicar para la cancelación de los créditos anteriores al concurso, pero no podrá imponer nuevas obligaciones a otros acreedores. Para ello, es indispensable que aquellos acreedores que puedan

---

365 Esto es una novedad en nuestro sistema, ya que hasta la LCRE la votación se definía únicamente en función de los votos a favor.

366 Esta norma contiene una excepción: “No será necesario el consentimiento individual de los acreedores especialmente relacionados con el deudor cuando la propuesta prevea la conversión de los créditos de que fueran titulares esos acreedores en acciones o en participaciones sociales de la sociedad deudora” (inc. 2º).

resultar obligados a cumplir con nuevas prestaciones, manifiesten expresamente su consentimiento para contraer esa obligación, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

Por otra parte, cuando la propuesta de convenio tenga como objeto la cesión de todo o parte del activo en pago a acreedores (convenio de cesión en pago), requiere el consentimiento individual de los acreedores cesionarios (art. 148 LCRE). En este caso, prevalece el principio de autonomía de la voluntad que rige la paga por entrega de bienes, en virtud del cual un acreedor sólo resultará obligado a recibir en pago de su crédito una cosa distinta de la debida, si así lo consintiera voluntariamente.<sup>367</sup>

A este último respecto, resulta que si la propuesta de convenio implicara la cesión de activos en pago de todos los créditos, entonces será necesario el consentimiento individual de todos los acreedores, no siendo de aplicación el principio mayoritario.

### **Mayorías exigidas en el convenio con adhesión privada de acreedores (convenio extrajudicial).**

Cuando el deudor presenta para la aprobación del Juez concursal una propuesta de convenio con la adhesión (suscripción) de los acreedores al convenio (convenio extrajudicial), las mayorías difieren de las antes indicadas. También aplican a este convenio extrajudicial el principio de preeminencia de las mayorías y las consideraciones que hemos efectuado acerca de los acreedores privilegiados y subordinados, con las diferencias que expondremos ahora.

La LCRE exige que la propuesta de convenio que se presente haya sido “suscrita por acreedores que representen la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto. Cuando la propuesta de convenio implique el otorgamiento de quitas superiores al 50% (cincuenta por ciento) del monto de los créditos quirografarios y/o plazos de pago superiores a diez años, será necesario contar con adhesiones a la misma de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto” (art. 163 LCRE).

Como puede advertirse, esta norma presenta similitudes y divergencias con la que regula las mayorías aplicables al convenio judicial. En primer lugar, también exige la mayoría absoluta de votos. Pero en este caso, la mayoría que exige es “del pasivo quirografario con derecho a voto”, a diferencia del art. 144 LCRE aplicable al convenio aprobado en la Junta de Acreedores, que refiere en cambio a “la mayoría del pasivo quirografario del deudor”, sin aludir al derecho a voto. En consecuencia, para el cómputo de la mayoría para la aprobación de este convenio extrajudicial, no debe tenerse en cuenta todo el pasivo quirografario, sino sólo el pasivo quirografario con derecho a voto, excluyéndose del cómputo a aquellos acreedores quirografarios privados de su derecho de voto por el art. 126 LCRE.

En segundo lugar, al igual que para los convenios aprobados en Junta de Acreedores, cuando la propuesta de convenio implique el otorgamiento de quitas superiores al 50% del monto de los créditos quirografarios y/o plazos de pago superiores a diez años, exige la mayoría especial o calificada de dos tercios del pasivo quirografario con derecho a voto.

A diferencia del art. 144 LCRE, al regular las mayorías, el art. 163 LCRE no prevé una mayoría especial para las propuestas de convenio que consistan en el pago íntegro de los créditos

---

<sup>367</sup> Este principio está consagrado en los arts. 1490 del Código Civil y 943 del Código de Comercio uruguayos.

quirografarios en plazo no superior a dos años o en el pago inmediato de los créditos quirografarios vencidos con quita inferior al 25%. En consecuencia, las propuestas de convenio extrajudicial de esas características requerirán para su aprobación de la adhesión de la mayoría absoluta de acreedores quirografarios con derecho a voto (mayoría distinta -más elevada- de la exigida para tales propuestas bajo la modalidad de convenio judicial).

Por otra parte, en los artículos que regulan esta modalidad de convenio, no se exige la doble mayoría requerida por el art. 145 para la aprobación de propuestas que prevean categorías diferenciadas de acreedores, ni se hace remisión a esa norma.<sup>368</sup> Sin perjuicio de esto, entendemos que este requisito es también aplicable a los convenios extrajudiciales. Esta conclusión se deriva de una interpretación armónica de las normas del Título VII de la LCRE. Se trata de una mayoría exigida en el Capítulo II (“Consideración y votación de la propuesta”), que opera como norma general aplicable a todos los convenios, salvo que en materia de convenio extrajudicial se establezca algo distinto; cosa que no se establece. Además, esta doble mayoría busca restablecer el desequilibrio creado entre los acreedores por la categorización, que flexibiliza la par conditio creditorum. Ese desequilibrio ocurre tanto en el caso del convenio judicial como en el del extrajudicial. Si no se exigiera para la aprobación del convenio extrajudicial, se estaría afectando la igualdad de los acreedores, sin dar garantías suficientes a los acreedores no beneficiados.

Las normas que regulan el convenio extrajudicial tampoco exigen el consentimiento individual de acreedores cuando la propuesta suponga nuevas obligaciones para ellos (exigido por el art. 146, inc. 1º). La interpretación armónica antes aludida de la ley nos conduce a interpretar que este consentimiento también debe ser exigido para las propuestas que se presenten con adhesiones. Como ya expresamos, las mayorías de acreedores pueden decidir la suerte de los créditos anteriores al concurso, pero no imponer nuevas obligaciones de cargo de otros acreedores; para ello, es necesario el consentimiento de los acreedores que resulten obligados a cumplir con nuevas prestaciones, en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Del mismo modo, corresponde preguntarnos si cuando los convenios extrajudiciales tengan como objeto la cesión de todo o parte del activo en pago a acreedores (convenio de cesión en pago), requieren el consentimiento individual de los cesionarios, exigido por el art. 148 LCRE (y respecto del que el Capítulo V sobre convenio extrajudicial guarda silencio). Por los mismos motivos antes expuestos, entendemos que la conclusión que se impone es la afirmativa.

### **Aprobación judicial del convenio. Oposición a la aprobación.**

Aprobado el convenio por las mayorías de acreedores quirografarios requeridas en la Junta de Acreedores, el Juez concursal dictará sentencia aprobando el convenio y se abrirá un plazo de cinco días a contar desde el día siguiente al de la conclusión de la Junta para que puedan formularse oposiciones a la aprobación judicial del convenio (arts. 151 a 153 LCRE).

Si el convenio fuera presentado ante el Juez concursal habiendo previamente recabado en forma privada las adhesiones de los acreedores, el convenio se presenta para su aprobación judicial, y el proceso de aprobación - que hasta ese momento era extrajudicial- se judicializa. El Juez dictará sentencia suspendiendo la junta de acreedores, ordenando publicar un extracto de la propuesta convocando a los acreedores a presentar sus oposiciones dentro de los veinte días

---

368 Sí hace esa remisión el art. 145 LCRE en sede de acuerdo privado de reorganización.

siguientes a la última publicación (arts. 163 y 164 LCRE).

El proceso de oposición a la aprobación judicial del convenio es común a ambas modalidades de convenio, aunque los acreedores legitimados para formular oposición difieren en uno y otro caso.

Legitimación de los acreedores disidentes para oponerse a la aprobación judicial del convenio

a) Legitimación para la oposición a la aprobación del convenio aprobado en la Junta de Acreedores. Podrán formular oposición a la aprobación judicial del convenio judicial: “1. Los acreedores que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto y los que hayan votado en contra la propuesta de convenio. 2. El síndico o el interventor” (art 151 LCRE).

De este modo, los únicos acreedores que podrán oponerse a la aprobación del convenio son aquellos que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto, y los acreedores disidentes que hubieren votado en contra de la propuesta del convenio.

Se trata de acreedores disidentes, que no están de acuerdo con el convenio aprobado. En un caso, el acreedor no pudo votar en forma contraria al convenio, por haber sido privado ilegítimamente de su voto. En el otro, ejerció su derecho de voto, manifestándose en contra de la propuesta. De cara a la formulación de la oposición, es una carga de cualquiera de los casos estos acreedores tomar todos los recaudos para dejar la constancia correspondiente en el acta de la Junta de Acreedores, para estar en condiciones de acreditar su legitimación a la hora de formular la oposición.<sup>369</sup>

A diferencia de otros ordenamientos concursales, no podrán oponerse los acreedores que no hayan asistido a la junta. Para estar en condiciones de formular oposición, deben asistir y votar en contra de la propuesta (o dejar constancia de haber sido privados de su derecho de voto, si se les hubiera impedido votar en contra).

Finalmente, no podrán oponerse los acreedores sin derecho de voto (art. 126 LCRE),<sup>370</sup> dado que ese derecho es el presupuesto indispensable de ambos supuestos de legitimación previstos.

Cuando la causal de oposición que invoquen sea la infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta, o en el contenido del convenio, podrá formular la oposición cualquier acreedor que reúna las características indicadas (y el síndico o interventor). En cambio, cuando se invoquen las causales de la objetiva inviabilidad del cumplimiento del convenio, o de que el o los votos decisivos para la aceptación de la propuesta hayan sido emitidos por quien no era titular real del crédito, o hayan sido obtenidos mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios, sólo podrán formular la oposición un acreedor o acreedores que representen al menos el 10% del pasivo quirografario (y el síndico o interventor).

b) Legitimación para la oposición a la aprobación del convenio presentado con adhesiones. En el caso del convenio extrajudicial (presentado a la aprobación judicial con las adhesiones de acreedores recabadas en forma privada), la regulación de la legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio es diferente de la que rige para el convenio judicial.

Quienes pueden oponerse a la aprobación judicial del convenio extrajudicial, son “los

---

369 Art. 128, inc. 2º LCRE: “Los asistentes tendrán derecho a que conste en el acta el sentido de sus intervenciones y que se adjunten a ella los escritos que presenten si no figurasen ya en los autos”.

370 Cfr. LOPEZ y BADO, op. cit., p. 122.

acreedores quirografarios y subordinados del deudor, con excepción de aquellos que lo hubieran suscrito, y el síndico e interventor” (art. 164, inc. 2º LCRE).

En este caso, las adhesiones al convenio se recaban por el deudor en forma privada. No se exige (a diferencia del caso del convenio judicial) a los acreedores que para formular oposición hayan sido privados ilegítimamente de su derecho de voto, ni que hayan votado en contra de la propuesta, por la sencilla razón de que no hay un ámbito en el que se desarrolle la votación ni se lleva a cabo votación alguna. A diferencia de lo que ocurre en el convenio judicial, no tenemos acreedores “disidentes”, que hayan estado en contra de la aprobación de la propuesta, sino simplemente acreedores “no adherentes”.

En consecuencia, podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio todos aquellos acreedores quirografarios que no hayan adherido a la propuesta, independientemente de cuál haya sido el motivo de esa no adhesión; sea que hayan manifestado o no al deudor su negativa a suscribir el convenio, y que hayan sido convocados o no por el deudor para suscribir el convenio. Podrán también oponerse los acreedores subordinados. Respecto de estos últimos, si bien se legitima a todos los subordinados sin distinción a oponerse, puede entenderse que sólo estarán legitimados para hacerlo los acreedores subordinados por multas y demás sanciones pecuniarias (art. 111.1 LCRE); no así las personas especialmente relacionadas, dado que, al estar excluidas expresamente del derecho de voto (art. 126.1 LCRE), no tienen derecho a pronunciarse acerca del contenido del convenio.

Otra importante diferencia con el convenio judicial, es que en este caso se establece que podrán oponerse a la aprobación del convenio “los acreedores quirografarios y subordinados del deudor”, sin que se exija que tengan derecho a voto. Bajo el tenor literal de esta norma, podrían oponerse todos los acreedores quirografarios y subordinados, aun cuando no tengan derecho de voto (art. 126 LCRE). Entendemos que se trata de una omisión involuntaria del legislador, ya que habilitar a los acreedores sin derecho de voto a pronunciarse sobre el convenio sería un contrasentido.

### **Causas de oposición.**

Las causas de oposición a la aprobación del convenio se encuentran establecidas en forma taxativa en el art. 152 LCRE, y son las siguientes:<sup>371</sup> (i) infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta, (ii) infracción legal en el contenido del convenio, (iii) que el o los votos decisivos para la aceptación de la propuesta hayan sido emitidos por quien no era titular real del crédito o hayan sido obtenidos mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios, y (iv) que el cumplimiento del convenio sea objetivamente inviable.

Las indicadas en los numerales (i) y (ii) están consagradas en el art. 152, inc. 1º LCRE, y pueden oponerse por cualquier acreedor legitimado al efecto. En cambio, las indicadas en los numerales (iii) y (iv) están consagradas en el inc. 2º del art. 152 LCRE, y, cuando recaen sobre un convenio judicial aprobado en la Junta de Acreedores, sólo pueden oponerse por un acreedor o acreedores

---

371 Son de aplicación tanto a la oposición a la aprobación del convenio judicial, como del convenio extrajudicial, por remisión expresa del art. 164 al art. 152 LCRE.

que representen al menos un 10% del pasivo quirografario.<sup>372</sup> De alguna manera se hace jugar el principio mayoritario, al impedir que un acreedor (o acreedores) de menor peso quisiera hacer caer el convenio por estas causales.

A continuación formularemos algunos breves comentarios sobre estas causales.

a) Infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta. Los requisitos exigidos por la ley para la constitución y celebración de la Junta de Acreedores se exigen con la finalidad –entre otras- de garantizar los derechos de todos los acreedores concursales. Es por ello que se consagra la infracción en el cumplimiento de tales requisitos como causal de oposición a la aprobación judicial del convenio. Para que se configure la infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta, la ley exige que el opositor “haya denunciado la infracción durante la Junta o en el momento en que se hubiera producido” (art. 152 inc. 1º LCRE).

Evidentemente, esta causal que solo podrá invocarse respecto de convenios aprobados en Junta, no de convenios extrajudiciales.

b) Infracción legal en el contenido del convenio. Recordamos que el convenio concursal puede tener cualquier contenido, en la medida que sea lícito y que no sujete la eficacia del convenio a condición alguna.

En consecuencia, esta causal podría invocarse en el caso de ilicitud en el contenido del convenio. Entendemos que podría ser también el caso en el que el contenido del convenio resulte abusivo, a la luz del abuso de derecho. Podría invocarse asimismo si el convenio estuviera sujeto a cualquier clase de condición.

c) Irregularidades en el voto. Esta causal supone que los votos decisivos para la aceptación de la propuesta hayan sido emitidos por quien no era titular real del crédito, o que hayan sido obtenidos mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios. Son situaciones en las que algunos de los votos favorables a la propuesta y decisivos para su aprobación, se formularon de esa manera en el marco de un fraude a los acreedores.

d) Cumplimiento objetivamente inviable. Para pronunciarse respecto de la viabilidad o no del convenio, y para fundar su oposición en base a esta causal, será de fundamental importancia para el acreedor contar con el plan de continuación.

Por tal motivo, reiteramos que en nuestra opinión la presentación del plan de continuación debe ser exigida tanto en los casos de convenios a ser aprobados en la Junta de Acreedores, como de convenios que se presenten con las adhesiones necesarias de acreedores.

#### **Aprobación judicial del convenio. Facultades del juez concursal.**

a) Aprobación en caso de formularse oposición. En caso que cualquiera de los sujetos legitimados formulara oposición a la aprobación judicial del convenio en base a las causales previstas, “el Juez dictará sentencia aprobando o no el convenio, sin que en ningún caso pueda

---

372 Este requisito no aplica en el caso del convenio extrajudicial (art. 162 LCRE). Adviértase como nuevamente aquí el legislador alude al pasivo “quirografario” y no al pasivo quirografario “con derecho a voto”. Sin embargo, como sólo tienen legitimación activa para oponerse invocando alguna de estas causales, acreedores con derecho a voto (que hayan votado en contra, o que hayan sido privados ilegítimamente de su derecho de voto), entendemos que sólo podrán oponerse acreedores quirografarios con derecho de voto.



modificarlo” (art. 155 LCRE).

Para el caso de que resuelva no aprobarlo por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, en esa misma sentencia habrá de convocar a una nueva Junta para considerar y votar nuevamente la propuesta.

De aprobarlo, la sentencia firme que lo apruebe será publicada por tres días en el Diario Oficial (art. 156 LCRE), la que podrá ser objeto de apelación con efecto suspensivo (art. 252 LCRE).

b) Aprobación en caso de no formularse oposición. El art. 154 LCRE dispone que en caso de no formularse oposiciones dentro del plazo correspondiente, “el Juez dictará auto en el primer día hábil posterior aprobando el convenio de acreedores”.

En este contexto, siendo los acreedores quirografarios los protagonistas del concurso, y siendo los acreedores y el síndico quienes se encuentran legitimados a oponerse a la aprobación judicial del convenio, nos cuestionamos: ¿puede el Juez no aprobar un convenio aprobado por los acreedores, si no se formulan oposiciones a la aprobación judicial?<sup>373</sup> ¿Puede rechazar un convenio aprobado por las mayorías necesarias de acreedores, respecto del que no se haya formulado oposición?

De conformidad con lo preceptuado en el art. 155 LCRE, el Juez concursal no podrá modificar el convenio. No hay posibilidad de que el Juez apruebe una propuesta distinta de la aprobada por los acreedores, ni mucho menos de que la apruebe o de que imponga su aprobación si no fuera aprobada por los acreedores.<sup>374</sup>

En nuestra doctrina, hay quienes sostienen que el carácter imperativo del art. 154 LCRE impone al Juez concursal el inmediato dictado de la resolución aprobando el convenio de acreedores si no se formularen oposiciones en el plazo correspondiente, sin que realice un control de legalidad sobre el convenio.<sup>375</sup> En esa línea, se ha afirmado que el Juez debe limitarse a decidir sobre las cuestiones que le planteen como consecuencia de las oposiciones.<sup>376</sup>

Por el contrario, entendemos que como en todo pronunciamiento jurisdiccional, a la hora de resolver acerca de la aprobación del convenio el juez debe analizar que el mismo cumpla con los requisitos legales para su aprobación, tanto los que resultan de la ley concursal, como de los principios generales que inspiran a todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, su rol no debe acotarse al del “Juez cuenta porotos” -utilizando la aguda expresión de MAFFIA-, limitado a computar las mayorías de votos. El Juez no debería aprobar una propuesta ilícita bajo la ley concursal, sea por tener contenido ilícito, o por no cumplirse con cualquiera de los aspectos formales que la ley exige a su respecto.<sup>377</sup> En ese contexto, no debería aprobar convenios que resulten abusivos, en aplicación de los principios sobre el abuso de derecho, consagrados en el Derecho Civil y aplicables a todo el sistema.

---

373 Estas consideraciones también son de aplicación a la sentencia que ha de dictar aprobando el convenio extrajudicial (art. 163 LCRE), así como a la que se debe dictar en la Junta de Acreedores que reúne las mayorías de acreedores para aprobar el convenio (art. 129 LCRE: “(Aprobación judicial de las resoluciones en la Junta). Los acuerdos de la Junta de Acreedores deberán ser homologados por el Juez del concurso”). Son igualmente aplicables a los casos en que, habiéndose formulado oposición, el Juez pueda considerar que el convenio no deba ser aprobado, en mérito a otras circunstancias distintas de las invocadas por los acreedores, síndico o interventor al formular la oposición.

374 A diferencia de los sistemas que aplican el cramdown.

375 Así LOPEZ y BADO en op. cit., p. 134 y 135

376 Así OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Acuerdos privados y concursalidad. Una visión desde el derecho uruguayo”, en OLIVERA GARCÍA –dir.- et. al., Panorama..., p 332.

377 Cfr. RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, en Cuaderno... , p. 212..

En cuanto a la conveniencia y viabilidad de la propuesta, se ha sostenido –en opinión que compartimos– que son cuestiones de resorte de los acreedores y del síndico e interventor (que podrían oponerse a la aprobación judicial del convenio en atención a ello).<sup>378</sup> El Juez debe velar por el cumplimiento de los requisitos exigidos al convenio y al proceso de aprobación de ese convenio (y la viabilidad del convenio no es un requisito del mismo sino una causal de oposición a su aprobación).

#### **Efectos de la aprobación del convenio sobre los acreedores. Situación de acreedores disidentes y tardíos.**

Una vez aprobado judicialmente, el convenio despliega sus efectos a partir de la fecha en que alcance firmeza la resolución judicial que lo aprueba (art. 157 LCRE).

A partir de ese momento “será obligatorio para el deudor y para todos los acreedores quirografarios y subordinados cuyos créditos fueran anteriores a la declaración judicial de concurso, incluidos los que, por cualquier causa, no hubieran sido verificados” (art. 158 LCRE). Así, el convenio aprobado judicialmente por sentencia firme será obligatorio para los acreedores quirografarios disidentes que se hubieren opuesto a su aprobación, para los que no hubieren asistido a la Junta, para los acreedores quirografarios y subordinados que se hubieran opuesto a la aprobación judicial y para los tardíos. Este efecto vinculante se deriva de la voluntad expresada por la mayoría dando cumplimiento a todos los requisitos legales para la adopción de esa decisión, por la aprobación judicial y por imperio de la ley concursal que así lo dispone para todos los acreedores, incluyendo los disidentes y tardíos. No alcanza a los acreedores privilegiados especiales ni a los generales.

Con su aprobación judicial firme, se produce el efecto novatorio sobre los créditos de estos acreedores, los que quedarán “definitivamente extinguidos en la parte en que se hubiera hecho condonación al deudor” y que serán “exigibles conforme a lo pactado” (art. 159 LCRE). Opera así una novación objetiva de los créditos privilegiados y subordinados.

Aquellos acreedores que no hayan votado favorablemente la propuesta de convenio (es decir, los acreedores disidentes que hayan votado en contra y quienes se hayan abstenido de votar en el convenio judicial, y quienes no hayan adherido al convenio extrajudicial) mantienen sus acciones por la totalidad de los créditos contra obligados solidarios, fiadores y avalistas del deudor (art. 160 LCRE).

#### **Conclusiones.**

La ley concursal uruguaya consagra el convenio de acreedores como mecanismo para la solución de la situación de insolvencia del deudor concursado, que permite la continuación de la empresa viable y socialmente útil y de lograr la mayor satisfacción posible de sus créditos.

A la hora de formular y presentar la propuesta, se da amplia flexibilidad al deudor a fin de permitirle proponer una propuesta en condiciones tales que se adapten a su situación, y que resulte admisible para sus acreedores.

La propuesta de cancelación de créditos formulada por el deudor habrá de ser aprobada o

---

378 Cfr. LOPEZ y BADO, op. cit., p. 134.

rechazada en función de la voluntad de una mayoría de acreedores quirografarios. El legislador parte de la base de que la motivación de esos acreedores que conforman la mayoría será lograr la mayor satisfacción posible de sus créditos, por lo que la solución a la que arriben ha de ser la más eficiente.

Para que la decisión de esa mayoría se imponga legítimamente sobre la minoría de acreedores, como garantía para tales acreedores que deberá adaptar su conducta a lo decidido por otros viendo sacrificada o mermada la autonomía de su voluntad, la ley adopta una serie de medidas tendientes a evitar posibles abusos y a salvaguardar los derechos de esa minoría. Así, regula los requisitos que debe reunir la propuesta de convenio, dando un amplio margen al deudor al proponerlas. Regula la constitución y celebración de la Junta de Acreedores, y exige el apoyo de ciertas mayorías de acreedores, de modo tal de tutelar los derechos de todos los acreedores quirografarios y subordinados a los que habrá de alcanzar la solución prevista en el convenio si resultare aprobado, especialmente los derechos de aquellos acreedores que no manifiesten su voluntad favorable al convenio, caso de los acreedores disidentes, acreedores que se abstengan de votar, ausentes y tardíos.

Con ese mismo fin, procura evitar posibles abusos del deudor y de las mayorías: exige que la propuesta de convenio sea lícita, que no esté sujeta a condición y que vaya acompañada de un plan de continuación que permita evaluar la viabilidad del cumplimiento del convenio; excluye del voto a determinados acreedores que pueden tener una motivación fraudulenta, connivente con el deudor, o contraria con el interés de los acreedores quirografarios de lograr la mayor satisfacción posible de los créditos; habilita la oposición de acreedores y del síndico o interventor para corregir posibles desviaciones y abusos.

Luego, la propuesta se somete a la aprobación del Juez, que debe verificar que se hayan reunido las mayorías exigidas legalmente. Además, en el ejercicio de su función jurisdiccional debe verificar que el acuerdo se haya alcanzado dando cumplimiento a las disposiciones legales de la ley concursal y en el marco del jurídico todo, rechazando aquellas que resulten aprobadas por un abuso del derecho del deudor o de los acreedores que conforman la mayoría (a nuestro entender, sea que se haya planteado o no oposición a la aprobación judicial del convenio por parte los acreedores, el síndico o el interventor).

En suma, la imposición del efecto vinculante del convenio a todos los acreedores quirografarios y subordinados del deudor dispuesta por la ley concursal, se enmarca en una regulación que – aunque tiene varios aspectos que podrían ser mejorados-, consagra diversos mecanismos de protección de los derechos de todos los acreedores que se verán afectados por esa decisión, incluyendo a los acreedores disidentes y tardíos.

### **Bibliografía.**

AUMENTE, Jesús y CIAVATTONE, Alfredo; “Votación de la propuesta de convenio. Problema que plantea el régimen de mayorías en la Ley 18.387”, ponencia presentada en la Semana Académica 2016 del instituto de Derecho Comercial (Facultad de Derecho, Universidad de la República), publicada en Realidad del Derecho Comercial: tensiones y sinergias en su práctica, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016.

BACCHI, Adriana y AYUL, Zamira; “Derecho de voto y acreedores adecuadamente garantizados”, publicado en Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho

Comercial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

CABRERA DAMASCO, Fernando; "La conveniencia que el acuerdo concursal se pronuncie sobre determinados puntos", ponencia presentada en IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, Uruguay, 12 a 14 de noviembre de 2008), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

CABRERA DAMASCO, Fernando; "Los números de las presentaciones concursales: la realidad del año 2015", publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, t. 3, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2016.

CREIMER, Israel, en "Concursos. Ley No. 18.387 de 23 de octubre de 2008", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

FAVIER DUBOIS (H), Eduardo M., "Exclusión de voto en los concursos: Un camino en permanente construcción", publicado en Vitolo-Pardini (Dir) et. al., La tutela de los acreedores en los procesos concursales, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

FERRER MONTENEGRO, Alicia y RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita; Los créditos y el concurso, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016.

GERMAN, Daniel; "Acreedores sin derecho a voto por encontrarse sus créditos adecuadamente garantizados", publicado en GERMÁN, Daniel (dir.) et. al., Actualidad del Derecho Concursal, Editorial Idea, Montevideo, 2017.

GRAZIOLI MILBURN, María Lucía; "Subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor", publicado en Tres pilares del moderno Derecho Comercial, Semana Académica 2011 del Instituto de Derecho Comercial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011.

LOPEZ RODRIGUEZ, Carlos (dir), BADO CARDOZO, Virginia (col); Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial. Análisis exegético, T. 2, La Ley, Montevideo, 2015.

MARTINEZ BLANCO, Camilo; Manual del Nuevo Derecho Concursal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

MARTINEZ VIGIL, Daniel; "¿Hecha la ley... hecha la trampa?: documentación que debe acompañar a la propuesta en las distintas modalidades de convenio", publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, T. 1, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014.

OLIVERA GARCIA, Ricardo; Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Acuerdos privados y concursabilidad. Una visión desde el derecho uruguayo" y "La jerarquización del acreedor quirografario en la nueva ley uruguaya de concursos", publicados en OLIVERA GARCÍA, Ricardo (dir.) et. al., Panorama de Derecho Concursal Uruguayo: estudio sobre la Ley Nº 18.837, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita; Cuaderno de Derecho Concursal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENEGRO, Alicia; Los créditos y el concurso, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENEGRO, Alicia; "Los acreedores sin derecho a

voto en la ley concursal uruguaya 18.387”, en Ensayos concursales, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita; “Los créditos subordinados”, en RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENEGRO, Alicia, Ensayos concursales, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

**CAPÍTULO OCHO.****PROPUESTA DE ACUERDO PARA ACREEDORES QUIROGRAFARIOS Y SU HOMOLOGACIÓN EN CONCURSO DE SOCIEDADES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.****Efraín Hugo RICHARD. Argentina.****Delimitación del contenido y apreciaciones iniciales**

La premisa para contextualizar el tema a desarrollar se centra en el “Contenido mínimo exigible a una propuesta concordataria para imponerse a disidentes, a la luz de los principios generales del Derecho”, respecto de la cual es conocida nuestra particular visión de la problemática en relación con las quitas en el concurso de sociedades, de tal forma que formalizamos esta presentación vinculada al derecho de la República Argentina, específicamente en la integración del Derecho Societario con el Derecho Concursal.

Proteger a los acreedores que no se expresaron favorablemente en torno a la propuesta, porque no se adhirieron o no podían adherirse por estar en trámite de reconocimiento, debe ser la preocupación indubitable de la investigación.

Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones obiter dictum del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”.<sup>379</sup>

---

379 En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en La Ley del 15.08.2008 pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadio Martínez.

Como compartimos este diagnóstico, tan brutal<sup>380</sup>, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS–.<sup>381</sup>

No es costumbre distinguir, para este tipo de análisis, sobre cual es el sujeto del concurso, o sobre los distintos aspectos a analizar sobre la legalidad de una propuesta concordataria y de la posibilidad de homologación del acuerdo en su caso.

Lo afrontamos dentro del marco de la legislación argentina aunque, a la luz de los principios generales del Derecho, por lo que nuestras reflexiones pueden ser útiles en otros marcos legislativos con normas no tan precisas, o para el análisis de futuras reformas de los sistemas, frente a los continuos cambios o ajustes normativos en el derecho concursal en el intento de asegurar la “conservación de la empresa” y no necesariamente de los socios.

La primera estrategia de una presentación en concurso formalizada bajo un plan de insolvencia<sup>382</sup> es de la tratar que se verifique la menor cantidad de créditos quirografarios.<sup>383</sup> De esta manera con el pago por un tercero de créditos hipotecarios, alguna subrogación o alguna cesión y las renunciaciones correspondientes al privilegio o al derecho real, se alcanza la mayoría a menor costo para imponer el acuerdo predatorio –de quita y enriquecimiento de los socios- a los acreedores normales que no aceptan ese tipo de acuerdo y a todos los que no han sido admitidos o no han iniciado aún el trámite de verificación. Así Holand, para otra cuestión<sup>384</sup> se refiere como cuestiones conflictivas a los “créditos no resueltos”, sugiriendo la posibilidad de introducir “un nuevo período informativo” o “implantación de un informe sindical obligatorio, conjunto o previo a las autorizaciones respectivas, sobre la composición actualizada del pasivo”.

Ello implica que cuando el juez resuelve que un acuerdo no es abusivo se lo está imponiendo no sólo al tercio que no voto favorablemente el acuerdo, sino a todos los acreedores aún no verificados o declarados admisibles, pero que tienen como prenda común el patrimonio de la sociedad concursada. El juez al resolver debe tener en cuenta cuanto ello representa, porque constituye el monto del enriquecimiento que genera a favor de los socios al imponer la quita y espera.<sup>385</sup>

---

380 En el mismo sentido de la inmoralidad de los negocios puede leerse Harvard Business School and the propagation of immoral profit strategies, artículo de Duff Madonal del 6 de abril de 2017 en Neusweek.com donde se señala “By propagating ideologically inspired amoral theories, business schools have actively freed their students from any sense of moral responsibility”. (<http://a.msn.com./r/2/BBztobi?a=1&m=EN-us>)

381 Ntos. “REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS?” Comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del Siglo XXI”, Barranquilla, COLOMBIA, 12 al 14 de octubre de 2005, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007, y Perspectiva del Derecho de Insolvencia edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus Córdoba 2010.

382 PALACIO LAJE, Carlos Delitos de vaciamiento de empresas, citado.

383 Venimos apuntando que un principio de congruencia impone que si se rechaza la verificación o admisibilidad de un crédito documentado en títulos valores, bajo la doctrina Diffry, basada en la posibilidad de un consenso fraudulento para incorporar acreedores falsos al concurso, corresponde la remoción o intervención parcial de los administradores societarios, si son los mismos que otorgaron esos títulos

384 HOLAND, Mario D. Acerca de la obtención de mayorías para la promoción de la demanda de inoponibilidad concursal en DE LA INSOLVENCIA, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo II pág. 419 y especialmente a pág. 422

385 Nto. “LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL ¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?” en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, República Argentina



Se verá que, al referirse a este mínimo, se titula “abuso de derecho”, aunque la entonces Fiscal General de Cámara Comercial, Alejandra Gils Carbó también se refería al fraude, que “consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra, citando que un acto jurídico es fraudulento cuando si bien sus otorgantes obran legitimados ‘formalmente’ por una norma legal, en realidad eluden otra u otras que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se proponen”.<sup>386</sup>

El nudo de la cuestión es el art. 52 apartado 4 de la Ley de Concursos y Quiebras n° 24522 y sus reformas –LCQ-: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

### **El método para analizar las quitas en concurso de sociedades.**

Debemos introducirnos, si bien sintéticamente, en aspectos de metodológicos, particularmente con el advenimiento del Código Civil y Comercial Argentino –CCC- vigente desde el 1° de agosto de 2015.<sup>387</sup>

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCC. La cuestión conlleva a que el sistema concursal no es una isla y que debe integrarse con todas las normas. Ante un análisis exclusivamente cuantitativo, sin criterios precisos sobre el límite, se compone una vertiente casi única de los análisis sobre la cuestión propuesta para este ensayo: la cuantía de la predación al derecho de propiedad de aquellos a los que se les impondrá la propuesta, homogándola judicialmente y transformándola en acuerdo concursal. Teniendo en cuenta a su vez que la supuesta mayoría es de los créditos verificados hasta un determinado momento, y no de la totalidad del pasivo.

E. Daniel Truffat<sup>388</sup> se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del Título Preliminar del CCC: “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar”.(...) Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.(...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil.(...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”.(...) Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”.

---

386 GILS CARBÓ, Alejandra La exclusión del voto en el concurso preventivo en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo citado, pág. 343 y ss., especialmente p. 347, con cita a BELLUSCIO-ZANONI Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado tomo I, editorial Astrea, Buenos Aires p. 428

387 Ntos. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires; “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y RESPONSABILIDAD, INCLUSO DE SOCIOS NO SOLIDARIOS” en Revista de las sociedades y Concursos, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires, entre otros

388 En el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México D.F. (México), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “sobre los concursos “a medida”, a la luz de la actual realidad normativa”

El análisis cuantitativo no se lo vincula a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad, como hemos sostenido con el Prof. Plenario Dr. José Luis Palazzo, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho U.N.C.<sup>389</sup>. Hemos escuchado en conferencias a Daniel Roque Vitolo sosteniendo el límite de validez de las quitas –por lo menos frente a los que no expresaron opinión, no podían hacerlo o formalizaron posición negativa-, sin distinguir en este supuesto entre concurso de personas humanas y jurídicas, como lo haremos posteriormente.

Un tercio sería, desde esa visión, el límite de la quita –más lo que significa la espera- para que la propuesta no fuera constitucionalmente reprochable.

Muchos de esos desacuerdos doctrinarios, y las continuas reformas a la legislación concursal, como se acordó en el último Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal –Villa Giardino 10/12 de septiembre de 2015- se generan por una falta de coordinación entre las legislaciones societaria y concursal, y que si esa sistematización –hoy indubitable a tenor del referido art. 2 CCC-, debería empezar por una interpretación congruente de ambas, antes de pensar en una nueva reforma concursal, para determinar claramente que se debe reformar.

Sobre el método para fijar ese mínimo, en un ensayo<sup>390</sup> que introduce en el análisis de las normas, una suerte de teoría de la verdad, pues ello intenta la universalización del fenómeno interpretativo desde lo concreto, se aceptan distintas doctrinas y atendiendo a un problema que enfrenta a alguna de las mismas se apunta a “cual es –adelantando conceptos de la hermenéutica de Gadamer- ¿la distancia en el tiempo existente entre los textos normativos y la actualidad del intérprete”. Y luego explicita la interpretación originalista versus la Interpretación progresiva o evolutiva, enmarcando doctrinalmente, sin quererlo, el problema que hoy tenemos entre manos con la abusividad y fraude de las propuestas.

### **La integración sistémica.**

Impone el CCC la unidad del derecho, particularmente la prevalencia del derecho especial de las personas jurídicas, de sus normas imperativas, en orden al rol de garantía del patrimonio social –seudo capital social-, y las demás normas integratorias que tienden a prevenir cuando no a eliminar la crisis de las sociedades.

En ese sentido el art. 150 CCC, fija la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, el CCC en el título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación, dispone: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”.

Para las sociedades la ley especial es la LGS, “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas.

---

389 PALAZZO, José Luis y nosotros “Visión básica constitucional de propuesta irrita de quita y espera” en libros del VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

390 GORDILLO SARAIVIA, Francisco Matías “Interpretación originalista vs. Interpretación evolutiva. Crítica y propuesta a través de la hermenéutica de Gadamer”, en Revista de la facultad, Vol. VII n°1 nueva serie II 2016 pág. 169, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Directora Zlata Drnas de Clément

Son imperativas aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa, aludidas en el adagio latino *ius publicum privatorum pactis mutari nequit*, a las que Del Vecchio llama *taxativas*, en latín *normae cogenti* o *ius cogens*: mandan independientemente de la voluntad de las partes de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de éste fin está cabalmente disciplinada en la norma misma.<sup>391</sup>

No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquélla de las partes. El fin de la norma es de interés superior y se identifica con su contenido.

Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quiénes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también ciertas previsiones opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley se impone a la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

En este ensayo queremos poner de relieve la esforzada labor de la magistratura ante una comunidad al margen de la ley, a la que el Congreso de la Nación Argentina recurre para acotar los efectos de actos que generan daños. Ello se destaca en el Título Preliminar del CCC,<sup>392</sup> que lleva a importantes análisis a partir del criterio generalizante previsto en su art. 2º,<sup>393</sup> en torno a la funcionalidad de las personas jurídicas, específicamente de las sociedades, particularmente en situaciones de crisis.<sup>394</sup>

En tal sentido, además de las normas referidas, las previsiones contenidas en: “ARTÍCULO 9º.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, a la que se suma la disposición del “ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas

---

391 COLOMBRES, Gervasio “Curso de Derecho Societario”, Parte General, ed. Abeledo Perrot, 1972, p. 84, siguiendo a Georg Henrik Von Wright, “Norm and action a logical enquiry”, Londres, 1963

392 Nto. “Integración de la ley general de sociedades con el código civil y comercial”, en Revista de las sociedades y Concursos, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

393 Art. 2 CCC. Interpretación... teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, ... los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento

394 Nto. “Sobre el título preliminar del proyecto de código civil y comercial”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires

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

Adviértase el importante rol que se otorga a la judicatura. Pero en el tema de esta presentación, corona esas disposiciones el “ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.<sup>395</sup> Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley. Las normas societarias a las que referiremos tienen carácter imperativo cuanto menos. Como premisa: las normas imperativas de la ley societaria -al margen de si constituyen o no reglas de orden público-, son inderogables.

Ya hemos reflexionado sobre las normas imperativas en general, más adelante deberemos hacerlo con las específicas de la Ley General de Sociedades –LGS-.

#### **El sujeto del concurso y la legalidad de la propuesta.**

Lo expresado precedentemente impone revisar la congruencia de la LGS en el concurso de una sociedad, persona jurídica.

La LCQ, tiene pocas referencias en orden a distinguir recaudos para el supuesto que se tratare de personas humanas o de personas jurídicas, dentro de las que clasifican las sociedades. Relucen en normas específicas los arts. 6, sobre ratificación, y muy particularmente la previsión del art. 48 LCQ, texto conforme ley 25589, que impone una nueva ronda de negociaciones y posibilidades ante la no obtención de las mayorías necesarias en el caso de concurso de sociedades, incluso cooperativas, permitiendo propuestas de terceros.

Desde un método particular, que parte del análisis del derecho de sociedades actual en la República Argentina,<sup>396</sup> queremos reflexionar sobre el mínimo en las propuestas concordatarias, sin descuidar aspectos periféricos de legalidad de las mismas.

Queda así formalizada nuestra advertencia metodológica.

#### **Sobre la legalidad y admisibilidad de la propuesta.**

El tema introduce en otros aspectos legales: uno como se integra la propuesta y otro sobre ese contenido mínimo o sea el sacrificio que puede imponerse a los disidentes, pasando sobre otros aspectos periféricos.

---

395 Nto. “El abuso de derecho y fraude a la ley en materia comercial y los principios generales del nuevo Código Civil y Comercial”, en Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario, n° 5 abril 2015, Universidad Nacional de Córdoba.

396 Nacida esa visión de la similar regulación en el anterior sistema societario español,

**La certeza de la propuesta.**

La propuesta que prometa pagos a término o imponga esperas debe tener fechas y/o plazos determinados, o sea que se cuenten desde un hecho o acto ya producido, por ejemplo la fecha de presentación en concurso. Debe descartarse el plazo incierto como el que empiece a correr desde la homologación judicial firme del acuerdo, pues queda sujeto a las demoras burocráticas del proceso o a recursos improponibles que generan una actividad judicial aunque sea para descartar airadamente el agravio supuesto.

Se impide al juez aceptar como lícita una propuesta de espera en concurso, como lo hizo el juez mendocino Arcana en el caso Villanueva,<sup>397</sup> preventivamente y apenas presentada, haciendo referencias también a su afectación al derecho de propiedad por la quita que proponía.

**Las costumbres contra leggem.**

Parece que se ha anclado el análisis de la legitimidad de las quitas y de la eliminación de todo tope en los concursos –inclusive de sociedades–, limitando la interpretación a un problema de cuantificación, con un espíritu jurisprudencial de no interiorizarse demasiado en los intereses de los acreedores, y ni siquiera en la integridad de la ley de concursos. Por eso sumamos a estas apreciaciones al deber de no dañar, a la buena fe negocial – art. 9 CCC–, a la protección del mercado denunciando las prácticas concursales contra leggem.<sup>398</sup>

Abordar académicamente esta cuestión entraña una misión casi imposible, pues se ha entronizado profesional y judicialmente la licitud de quitas y esperas, incluso desmesuradas en los concursos preventivos, particularmente en nuestro país. Así la visión se enturbia con invocaciones a supuestos conflictos sociales, valores insoslayables de la conservación de la empresa y exitosas maniobras dilatorias que centran la atención en aspectos procesales y concursales alejados del sistema jurídico y axiológico integral. El nuevo CCC sigue siendo sido ignorado en los cambios que, a nuestro entender incorpora, como lo veremos al referirnos a muy reciente jurisprudencia y doctrina.

Trataremos de introducir finamente el bisturí como una suerte de autopsia, pero con la esperanza que el resultado anatomo-patológico sirva para salvar empresas, y más que ello un sistema macroeconómico de lealtad comercial, buena fe en las relaciones comerciales y correcto desenvolvimiento de las sociedades comerciales, respetando la autonomía de la voluntad en su constitución y apuntando a responsabilidad por daño en su funcionalidad si se marginan normas imperativas.

---

397 En Expte. N° 69.170 “VILLAFANE, JUAN AGUSTIN P/ CONC. PREV.” en Mendoza, 10 de Julio de 2.008.

398 VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “El contraderecho: las normas imperativas del derecho societario”, en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de La Empresa, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161. De los mismos autores “El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas)”, en Pensar en Derecho, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

**La legalidad de la propuesta.**<sup>399</sup>

La doctrina es concordante en que la crisis, especialmente en el caso de sociedades, debe afrontarse lo más tempranamente posible, interna, confidencial, privadamente de ser posible o de no recurriendo al concurso preventivo o al acuerdo preventivo extrajudicial.<sup>400</sup> Pero un desencuentro se genera al no distinguir entre el concurso de una persona humana y el de una persona jurídica, particularmente sociedad sujeta a normas específicas y, por tanto, a ciertas complejidades que suelen omitirse. Esta será nuestra visión en este ensayo.

Bajo esta óptica afrontamos la temática de legalidad de la propuesta y del acuerdo en concurso de sociedades y su homologación, que entendemos tiene dos aspectos: la legalidad en si misma de la propuesta, tanto del órgano que debe proponerla como de su contenido y, para su homologación la consideración que en ningún caso implique abuso de derecho o fraude a la ley (art. 52 ap. 4 LCQ).

**Órgano societario legitimado para formalizar la propuesta.**

En primer lugar debería mediar expedición judicial sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando esta es una sociedad, revisando la legitimación de la persona u órgano que la formalizó –al margen de la representación de quién la haya acercado al juicio universal-, y si aquél órgano de la sociedad tenía competencia para hacerlo.

Nos hemos pronunciado en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y de la Insolvencia de Rosario con la Profesora Luisa Borgarello,<sup>401</sup> reiterando, con su conformidad, algunos párrafos donde citamos al distinguido camarista Dr. Heredia: “Presentar la propuesta de acuerdo a los acreedores, en los concursos de sociedades comerciales, no debe confundirse con su formulación... debe señalarse que la ley concursal dispone en su art. 6 que cuando se trata de una persona de existencia ideal la solicitud de apertura del concurso preventivo la deberá efectuar el representante legal, previa resolución, en su caso del órgano de administración. Pero la resolución de continuar el trámite iniciado que debe presentarse en el expediente dentro del plazo de treinta días de la fecha de presentación, corresponde al órgano de gobierno... A la fecha de la ratificación de la presentación en concurso, el órgano de administración ya debería haber puesto a consideración de los socios la posible propuesta como solución de los problemas patrimoniales de la sociedad, el plan para superarlos y la propuesta que entienden debería formalizarse a los acreedores. Indudablemente se trata de una omisión del legislador, que ya existía en la normativa concursal derogada (Ley Nº 19.551), que impone analizar a través de las normas substanciales que órgano puede formalizar para considerar que la propuesta no fue formulada por órgano societario

---

399 GRAZIABILE, Dario – RICHARD, Efraín Hugo “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

400 PACCHI, Stefania “Empresa y crisis: eficiencia de los mecanismos de resolución de la crisis”, conferencia magistral de apertura del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Villa Giardino (Sierras de Córdoba), 10 a 12 de setiembre de 2015. RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.

401 Legitimación para formular propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades comerciales, Tomo 1, p. 763 de los libros del Congreso referido.

incompetente, y sea imputable a la persona jurídica... Manifestada ya la improcedencia de que la propuesta sea formulada por el representante legal o el apoderado, corresponde establecer cuál es el órgano societario competente para resolver cuál va a ser la propuesta de acuerdo preventivo que formulará la sociedad... No podemos dejar de afirmar que el órgano de administración debe efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión... Ese órgano es el que debe convocar, con tales estudios, al órgano de gobierno. Como acertadamente lo señala Heredia,<sup>402</sup> citando a Ragusa Maggiore, no puede reconocerse en el órgano de administración la facultad de decidir la propuesta de acuerdo, cualquiera que sea su contenido... la decisión... debe emanar del órgano de gobierno de la sociedad ya que deviene una cuestión de trascendencia para el derrotero de la vida societaria. Evidentemente la propuesta debe reflejar la voluntad del concursado y la voluntad del concursado cuando se trata de una sociedad, es la voluntad social. La posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva o ilegal, autorice la aplicación del art. 48 LCQ,<sup>403</sup> de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros, como así también la posibilidad de incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción prevista en el art. 54 in fine LS contra los controlantes abusivos o torpes<sup>404</sup>; el costo impositivo que podría generar una propuesta de quita y espera por la ganancia que genera en el patrimonio de la sociedad y de los socios, impone, en una visión societaria, la intervención del órgano de gobierno de la sociedad para formular la propuesta y el plan que la integra por exigencia legal. Incluso, cuando los terceros acreedores afectados por la propuesta írrita homologada – y que no votaron- intentaran accionar contra los socios de control (art. 54 in fine LS), estos podrían sostener que no les es imputable la acción, por no haber intervenido al respecto y corresponder al Juez la homologación de un acuerdo en el que no intervinieron. Algunas opiniones doctrinarias sostienen que bastaría la ratificación por parte del órgano de gobierno de la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los administradores”.<sup>405</sup>

Resulta claro que esa ratificación de la propuesta por el órgano de gobierno señala la ilegalidad de la formulada con anterioridad por otro órgano, con los riesgos que importa ante los plazos perentorios para presentar una propuesta válida. Casi concluíamos con la Profesora Borgarello que “resultaría conveniente que la decisión del órgano de gobierno sobre estos temas sea debatida en la reunión o asamblea que debe llevarse a cabo a los fines del cumplimiento del art. 6 LCQ. Esa asamblea autorizaría<sup>406</sup> modificaciones de la propuesta que fuere menester efectuar en el desarrollo de la negociación con los acreedores durante el período de exclusividad”.

---

402 HEREDIA, Pablo, op.cit., T 2, pág.50

403 Nto. “CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA” en RDCO Julio-Agosto 2006, nº 519, dentro de la 9ª parte: “Pero el enriquecimiento de los socios, la posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva, autorice la aplicación de la legitimación para nuevas propuestas, incluso heterónomas (art. 48 LCQ) de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros”

404 RICHARD obra y parte citada “El enriquecimiento de los socios ..., el incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción del art. 54 in fine LS contra los controlantes, impone, en una visión más estricta, que la propuesta de acuerdo a los acreedores sea formalizada por el órgano de gobierno de la sociedad”.

405 GARCIA MARTÍNEZ, R. y FERNANDEZ MADRID, J, Concursos y Quiebras, Contabilidad Moderna, Bs.As., 1.976, pág.511; FARINA, Juan M., Concursos de las Sociedades Comerciales, Zeus, Rosario, 1.972, T.1, pág. 150

406 RICHARD, trabajo citado “Un primer tema de aplicar el derecho societario a la solución de la crisis, es determinar que órgano de la sociedad debe formalizar la propuesta a los acreedores. Sin duda que ella podría ya formalizarse en el mismo acto que el órgano de gobierno ratifica la presentación en concurso decidida por el órgano de administración”. Así lo sostuvimos también con la Prof. Borgarillo.



Nuestro colega y Director de la página electrónica del IIDC Prof. Miguel Raspall se ha expedido en similar sentido,<sup>407</sup> marcando la significación de la cuestión “La propuesta (oferta de acuerdo) implica un nuevo compromiso, una nueva obligación que asume el deudor con relación a los acreedores en caso que la misma sea aceptada y como tal, quien la formula debe tener la capacidad legal para hacerlo, de tal manera que el acto pueda imputarse válidamente al ente social”, y afronta una cuidadosa investigación recorriendo la opinión de los autores que a esta cuestión nos hemos referido, clasificando las respuestas, reprochando que “Es común ver que en concursos preventivos de sociedades directamente la propuesta la presenta el abogado patrocinante, sin cumplimentar ningún otro recaudo. No es firmada por el representante legal, no se acompañan actas que muestren el tratamiento y aprobación de la misma siquiera por el órgano de administración, etc. Igualmente, frente a determinados tipos de propuestas, no se presenta el acta de reunión de socios o de asamblea que trata la misma y la aprueba por las mayorías legales y estatutarias”. Concluye Raspall: “Una actuación diligente en esta materia, que para los debates doctrinarios y evitará sorpresas desagradables, parte de considerar que no es suficiente con la conformidad o ratificación en su caso, otorgada por el órgano de gobierno con el pedido de presentación en concurso preventivo”.

El órgano que determina la propuesta hace a la responsabilidad de socios en su caso (arg. arts. 99 y 254 LGS y 167 in fine CCC), sobre lo que volveremos.

#### **La integración de las propuestas.**<sup>408</sup>

Las normas que se concatenan respecto a la propuesta y su homologación son las contenidas en los arts. 43, el 45 - 4º párrafo, 49 y 52. LCQ.

En ningún momento se prevé resolución particular del Tribunal sobre: 1. legalidad de la propuesta, en su contenido y por la imputabilidad de la misma a la sociedad concursada; 2. presentación y legalidad del “régimen de administración”, 3. configuración del Comité de Acreedores con aceptación preventiva mayoritaria de acreedores o 4. legitimación de las personas –físicas o jurídicas- que pueden adherir a la propuesta de acuerdo.

En cambio el art. 42 LCQ impone que el juez debe dictar resolución respecto a la propuesta de categorización de acreedores.

Cabe suponer que el Juez tiene libertad para hacer apreciaciones sobre ello en cada caso, de no deberá hacerlo en el momento de decidir sobre la homologación de la propuesta, para la oponibilidad a todos los intervinientes en este proceso de reorganización del patrimonio del concursado, de intervención múltiple y obligatoria de los acreedores convocados.

Existencia de un régimen de administración.

El Tribunal tendría que expedirse sobre la presentación del régimen previsto en el art. Art. 45...4º párrafo “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”.

---

407 RASPALL, Miguel Propuesta de acuerdo en los concursos preventivos de las sociedades. Quién es el legitimado, ¿el órgano de administración o el órgano de gobierno? En Editorial ZEUS, Rosario 25 de febrero de 2008, año XXXV, Revista nº 6 tomo 106, pág. 261.

408 GRAZIABILE, Dario – RICHARD, Efraín Hugo “La legalidad de la propuesta y del acuerdo en concurso de sociedades y su homologación”

Heredia señala “Del art. 45, LCQ, resulta que el deudor debe acompañar como parte integrante de la propuesta un régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, así como la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio”.<sup>409</sup>

¿Qué es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal.

La falta de presentación de ese régimen o al no ser imputable a la sociedad, implicaría que no se ha presentado propuesta de acuerdo válida.

El punto hace a la visión del sistema jurídico, si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Conlleva a traer a cuento el tema del “plan de empresa” con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. Frías,<sup>410</sup> un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos, posición que tuvo el apoyo de Junyent y Muiño,<sup>411</sup> recalcando la cuestión, Alberti<sup>412</sup> señala “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación.” Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis y asegurar la viabilidad de la conservación de la empresa en crisis.

El art. 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad".<sup>413</sup> La omisión de la Memoria implica una violación de la

---

409 HEREDIA, Pablo D Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada tomo 2 arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 113, donde remata “A todo ello se ha hecho referencia en el par. 11 del comentario al art. 43, al que corresponde remitir.

410 RICHARD, Efraín Hugo Estudios en honor de Pedro J. Frías, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”, tomo III pág. 1187.

411 Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss., ya citado.

412 ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

413 La Memoria importa una obligación de los administradores para que "los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LSA)" Nto. Derecho Societario con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde se remite a “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en Doctrina Societaria y Concursal Errepar, abril 93 t. V p. 337 y ss..

ley de sociedades en su art. 234 inc. 1º.<sup>414</sup>

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”.<sup>415</sup>

### **Se trata de un requisito formal-substancial de la propuesta.**

En este sentido, la ex Presidente y actual integrante del Comité Académico del IIDC, Prof. Lidia Vaiser<sup>416</sup> se refiere al “plan de empresa”, en punto al “régimen de administración y limitación de los actos de disposición” y a la “constitución del comité definitivo”. Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece”. En “Vivisección de la propuesta de concordato”<sup>417</sup> sostiene “que la addenda introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso “plan de empresa”. Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales... Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal “La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada... El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento....En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”.... Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de

---

414 por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que “ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado” CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

415 PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización”, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

416 VAISER, Lidia “El “régimen de administración” en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, en LA LEY 1999-D, 1073.

417 VAISER, Lidia “Vivisección de la propuesta de concordato” ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia; Ed. Ad-Hoc, t. I, p. 441, y “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” en LL, diario del 05/08/1999.

un proceso concursal”.

Sobre el punto en aquel Congreso de Rosario se ha dicho “La propuesta de acuerdo preventivo que debe presentar la sociedad concursada juntamente con el régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, va a determinar los derroteros de la vida societaria por un largo tiempo que seguramente excederá con creces el período por el cual se designaron los administradores sociales, que desempeñan sus funciones en ese momento y además puede contener cuestiones cuya aprobación exceda las atribuciones que la ley le confiere a los administradores societarios, como emisión de bonos y debentures, reorganización, constitución de sociedad con los acreedores, etc.. Tales resoluciones corresponden al órgano de gobierno”.<sup>418</sup>

No puede pensarse que en la propuesta heterónoma (la de los intervinientes en la vía abierta por aplicación del art. 48 LCQ) –al igual que en la autónoma- disvaliosamente no se exija “El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado” que se requiere al síndico en el supuesto del art. 190 inc. 4º LCQ que se mantiene en forma idéntica en el nuevo texto fijado por la ley 25.589. Ello impone con más razón que ese régimen de administración tenga cierta racionalidad, como se exigía en la reforma del año 83 a la ley 19551 – luego derogada- en los acuerdos preconcursales para juzgar la validez de los actos con posterioridad, que el plan presentado conforme el art. 125-1 no fuera irracional (125-2).

Se trata a la postre que el órgano de gobierno prevea la funcionalidad de la sociedad, como forma de conservación de la empresa, durante todo el lapso de cumplimiento de la propuesta, imponiendo ciertas conductas a futuros administradores o socios. Incluso deberá analizarse si el plazo de duración de la sociedad es coherente con el plazo de pago del acuerdo, y en un todo lo que prevé ahora imperativamente el art. 100 LGS.

Limitadamente Heredia, anticipándose al comentario que hemos transcripto, reseña las facultades del síndico frente a la continuidad de la administración por parte del concursado, y correlativamente al homologarse el acuerdo se impone una continuidad, señalando “En esa inteligencia, la ley ordena que el deudor acompañe como parte integrante de la propuesta de acuerdo un “régimen especial” de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento”.<sup>419</sup> Continúa “Es decir, a partir del régimen especial que el deudor proponga, los acreedores conocerán cómo será el management de la empresa en la etapa de cumplimiento del acuerdo, lo que constituye dato de significativa relevancia a los efectos de que definan el sentido de su sufragio acerca de la propuesta que los concierna. Es claro, en este aspecto, que la aprobación de la propuesta depende, en buena medida, de que se asegure a los acreedores que la gestión empresarial luego de la homologación del acuerdo será eficiente. Desde tal punto de vista, se ha postulado que el régimen de administración contemple no menos que lo que la ley exige en los incs. 4º y 6º del art. 190 LCQ, en lo relativo al informe del síndico previo a la autorización de continuación de la actividad de la empresa en la quiebra. Es decir, el concurso preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de recursos debidamente fundado, y la explicación de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable tal explotación”, con cita del trabajo de Lidia Vaiser que hemos ponderado.

---

418 BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR PROPUESTA DE ACUERDO EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES COMERCIALES” t. 1 p. 763 de los libros del Congreso.

419 HEREDIA, ob. y tomo citados, pág. 77 y ss..

No pueden desoírse estas visiones de la obligación del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa,<sup>420</sup> por cuanto son lógicamente integrables con la presentación en concurso de una sociedad y los imperativos tanto de la legislación societaria como de la concursal. Agregamos lo expuesto Casadío Martínez: "III. Falta de información. Estimamos que uno de los mayores problemas del régimen actual para analizar si una propuesta supera el "test de abusividad" radica en la carencia de información veraz sobre la viabilidad y razonabilidad de la misma. En la actualidad Richard sostiene que todo análisis sobre una propuesta abusiva deviene en inconcluso, si no incluye la "justificación de la propuesta" para dotar a ésta de una justificación económica que la respalde y evite el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores, también llamado "plan de empresa en la propuesta de acuerdo" por Vaiser, sin que, claro está, esto sea un reemplazo de aquel informe del síndico."<sup>421</sup>

Mussi refiere una posición también globalizante: "la exigencia legal insoslayable, de que el acuerdo propuesto repose sobre un plan concreto y detallado a presentarse por el concursado, que posibilite ese análisis y dé sentido a esa valoración".<sup>422</sup> Cierra con esta certera definición: "condición mínima para que el magistrado no convalide o desapruebe a ciegas lo que han acordado el deudor y la mayoría de los acreedores". Se trata del tan mentado "plan de empresa", o "plan de rehabilitación", pieza medular en el derecho comparado, ausente en nuestra legislación.<sup>423</sup> Se trata, insisto, de que el deudor explique cómo va a hacer para cumplir lo que está prometiendo, habida cuenta que deberá atender, a más del pasivo corriente, el que motivó el juicio concursal".

Existen suficientes elementos para sostener que el plan de negocios no es una pretensión de legge ferenda, sino de la ley actual paraticularmente para sociedades y un requerimiento doctrinal uniforme, tanto respecto a la tempestividad para afrontar la crisis (el timing problem) como en la explicitación del plan de negocios para obtener la conformidad de los acreedores y la homologación por el juez.<sup>424</sup>

Ahora, la nueva redacción del art. 100 LGS impone el análisis de la viabilidad económica, que el Juez deberá tener en cuenta para no disponer la liquidación. Esa necesaria información tiene por efecto equilibrar la información asimétrica de acreedores y puede potenciar soluciones legales como la capitalización del pasivo (arts. 96 y 197 LGS).

---

420 Nto. "SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO" en libro colectivo XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina –Paraná, Pcia.de Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007- página 261, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires agosto 2007.

421 CASADIO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo "Propuesta abusiva en el concurso preventivo" en LA LEY 2007-C, 560

422 MUSSI, Alberto P. "El cramdown power o la imposición de las categorías disidentes" LA LEY 05/01/2005, 1.

423 MAFFIA, Osvaldo, "Si no salvamos a la empresa, salvemos aunque sea al empresario". En este artículo, cita algunos ejemplos "

en Bélgica, en Estados Unidos, en España, recientemente en Francia y en Alemania con sus leyes del 10 de junio y del 5 de octubre de 1994, el empresario que procure superar sus dificultades debe elaborar un "plan de salvataje" o "plan de resanamiento", que deberá ser aprobado por el Juez si estima que de ese modo la empresa podrá salir a flote.....Nuestra ley omite no solo el requisito concerniente a la ecuación financiera de la recuperación, sino el propio plan, exigencia ya consagrada y, según dijimos, vista como la piedra miliar del instituto". A pesar de que esta publicación tiene algunos años, guarda a mi juicio, rigurosa actualidad.

424 PACCHI, Stefania "EMPRESA Y CRISIS: EFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE LA CRISIS", Conferencia de apertura del XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, Villa Giardino, 10 a 12 de setiembre de 2015, en Estudios de Derecho Empresario, n° 5, Revista Digital de la Universidad Nacional de Córdoba.

### Constitución del comité de acreedores.

En tercer lugar, el juez deberá constatar “la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital”. Este requisito está vinculado a las negociaciones de la concursada con sus acreedores, una suerte de tanteo de la propuesta económica.

Se trata también de un requisito integratorio de la propuesta de acuerdo, con aspecto formal y substancial. Formalmente debe acompañarse esa integración y la aparente conformación por acreedores. Y substancialmente que esos acreedores representen la mayoría del capital.

Heredia continúa sus comentarios sobre esa integración de la propuesta: “Del mismo art. 45 LCQ, surge también que la propuesta debe contemplar la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio... En este sentido, el art. 45 LCQ, textualmente alude a la “conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo”, cuya integración “deberá estar conformada por acreedores que representan la mayoría del capital”. El art. 260 LCQ, lo repite al decir que “la propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores”. La ley tiende a que el comité controlador tenga la integración que los propios acreedores resuelvan aceptar en función del tipo de acuerdo que ofrezca el deudor, con la sola limitación de que tal integración sea representativa de, cuanto menos, la mayoría del capital comprendido en la propuesta, y que no sean menos de tres acreedores. Así lo expresa claramente el art. 260, LCQ, al decir que “sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de tres acreedores”. Como se ve, a diferencia de los comités de acreedores anteriores, el comité que controle la ejecución del acuerdo no tiene un número determinado de participantes, pero sí un número mínimo. Basta que la propuesta de integración del comité reúna las exigencias indicadas, para que el juez deba proceder a su designación en ocasión de dictar la resolución del art. 52 del cuerpo legal en examen”.<sup>425</sup>

Se ha resuelto que la exigencia al deudor de que agregue la conformación de un comité de acreedores, como integrante de la propuesta debe ajustarse a los términos del art. 260 LCQ que prevé que los integrantes del mismo son elegidos por los acreedores por mayoría de capital.<sup>426</sup>

No basta en el supuesto la voluntad de la deudora, sino que debe existir una conformidad no sólo de los integrantes del Comité, sino de esa mayoría de acreedores (por capital), lo que supone un análisis previo de la propuesta a presentar por parte de acreedores representantes de la mayoría del capital. Si bien no representa aún la mayoría necesaria para aprobar la o las propuestas, presupone una negociación seria y fundada de la factibilidad de la propuesta entre los administradores de la concursada y sus acreedores quirografarios. Se trata de una suerte de “tanteo” de la voluntad de los acreedores. Esa negociación debería estar acompañada de adecuada información sobre la magnitud de la crisis y la posibilidad de cumplimiento, o sea la forma de superar la crisis (arg. art. 100 LGS).

En su faltante debería tenerse por no formalizada la propuesta conforme la ley.

Tal integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe

---

425 Ob y tomo citados pág. 78.

426 CNCVom. Sala E. 10.09.98 in re “La Ganga S.A., s/ concurso preventivo”, señalada por Heredia.



dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara, eventualmente exigiéndolo el juez acreditar en plazo perentorio.

Esta cuestión se encuentra ratificada por otra norma, como vimos, que ahora transcribimos en extenso: “Controlador. Comité de acreedores. Art. 260. El comité provisorio de acreedores en el concurso es un órgano de información y consejo. El comité definitivo es el controlador necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo, y en la liquidación en la quiebra. Sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de 3 (tres acreedores). La propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores. El comité constituido para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo... Debe informar de su gestión a los acreedores con la periodicidad que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 (cuatro) meses...Contratación de asesores profesionales. El comité de acreedores podrá contratar profesionales abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasados y cualquier otro que considere conveniente, para que lo asista en su tarea con cargo a los gastos del concurso. La remuneración de dichos profesionales será fijada por el juez al momento de homologación del acuerdo”.

Adviértase el énfasis del legislador respecto a la integración de la propuesta de acuerdo con la designación del comité controlador “necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo”, y la obligatoria mención en la propuesta de la periodicidad de la información “que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 meses”, lo que contrasta con las predatorias propuestas de acuerdo que se pusieron de moda sin tener en cuenta las previsiones concursales, constitucionales y del derecho privado para tornar viable una propuesta. Énfasis que se recoge desde el Capítulo II Funcionarios y empleados de los concursos. Sección I, Designación y Funciones, cuando en la “Enunciación” que contiene el art. 251 además del síndico y el coadministrador incorpora “los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo”, que -como ya hemos visto- su designación se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero “tanteo” de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.

Se solían omitir los comentarios en torno a la integración de la propuesta de acuerdo con el régimen de administración y la conformación del comité de acreedores. Hoy el tema toma especiales características al imponer la ley 26.684 que ese Comité este integrado por un trabajador. En efecto, el comité de control inicial se encuentra integrado por los tres acreedores de mayor monto denunciados por el deudor en su presentación en concurso preventivo y por un representante de los trabajadores, elegidos por éstos (art. 14 inc. 13 LCQ). Al dictar la sentencia de categorización –art. 42 LCQ-, el juez “designará a los nuevos integrantes del comité de control, el cual quedará conformado como mínimo por un acreedor por cada categoría de las establecidas, debiendo integrar necesariamente el acreedor de mayor monto dentro de la categoría y por dos nuevos representantes de los trabajadores de la concursada elegidos por los trabajadores, que se incorporarán la ya electo por el art. 14 inc. 13”.<sup>427</sup> Ya no podrá dejar de existir un comité de control. Por otra parte el art. 45 LCQ no ha sido modificado.

---

427 DI LELLA, Nicolás CONCURSO PREVENTIVO. Leyes 24.522, 25.563, 25.589, 20.086, 26.684 y Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Advocatus, junio 2015, págs.780 y ss. donde se podrá ver un mejor desarrollo.



### **El aspecto económico de la propuesta.**

El Art. 43 segunda párrafo LCQ enumera en forma enunciativa sobre en que pueden consistir las propuestas. En materia de sociedades pensamos que alguna de ellas pueden ser ilegales en cuanto ponen el peso de solucionar la crisis y asumir el daño en los acreedores, beneficiando a los socios al disminuir pasivo, por lo que algunos autores como Truffat, Botteri y Carlino las aceptan siempre que exista “esfuerzo compartido”, lo que después comentaremos. Varias de ellas pudieron ser adoptados privadamente por previsiones de la ley societaria: reintegro, capitalización de pasivo, reorganización de la sociedad, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones o en un programa de propiedad participada.

No podrá aceptarse que el Juez se limite a la homologación con las formulaciones lacónicas de que se alcanzaron las mayorías, si es que hay cesionarios o subrogados; que lo hace para la conservación de la empresa si no existe una presentación coetánea sobre el plan de cumplimiento y la integración del comité; y las expresiones sobre que no se alcanzaría más en la liquidación, y en observación del informe general no toma en cuenta las posibles acciones de ineficacia y responsabilidad, e incluso atento la fecha de la cesación de pagos las acciones individuales de responsabilidad de acreedores quirografarios vinculados con posterioridad a esa fecha.

### **Sobre la mayoría de acreedores que votan la propuesta.<sup>428</sup>**

Periféricamente formalizamos un comentario sobre la forma en que se integran las mayorías para aprobar propuestas predatorias, por cesiones ilegales, donde algo hemos logrado, como resulta en el caso “Mandalunis”, con el voto ampliado de la camarista Julia Villanueva en fallo del 14/2/2014, y lo relatamos en polémica con Graziabile en ensayo conjunto.<sup>429</sup> El español Juan Luis Moreno Fontela<sup>430</sup> refiere este supuesto como un criterio subjetivo por fraude a la ley, conforme el art. 52.4 LCQ, que impide al juez homologar, cuando en realidad debe simplemente excluir ese voto, conforme aplicación de normas del derecho civil sobre la relatividad de los efectos de los contratos, que no pueden afectar a terceros.<sup>431</sup>

Porcelli sostiene que “la propuesta es abusiva cuando las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los

---

428 “PROPUESTA ÍRRITA APROBADA CON VOTO CONNIVENTE”\* con el penalista Carlos PALACIO LAJE Tomo I pág.757 ; Darío J. Graziabile y Efrain Hugo Richard EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO Publicado en Verificación Concursal de Créditos, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Bs.Aires, 2015, pág. 162.

429 En el fallo Mandalunis se recepta mi posición en el ensayo “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en AA.VV., Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, t. I, Advocatus, Córdoba, 2010, ps. 515/552.

430 Este joven distinguido jurista español ha propuesto indirectamente una polémica con su artículo “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos críticas a Richard”, que en este número de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones precede a mi respuesta “Ante las crisis societarias consultemos la ley específica”, en RDCO, 2016.

431 “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), nro. 272, mayo-junio 2015, edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 613 y ss.

derechos de todos los afectados”.<sup>432</sup>

### **La homologación de la propuesta. El mínimo.**

Nos referiremos ahora, existiendo propuesta formalmente homologable, a las previsiones del art. 52.4 LCQ, que dispone que en ningún caso el Juez homologará una propuesta con abuso de derecho o fraude a la ley. Intentaremos fijar criterios objetivos y sustanciales sobre ese aspecto, cuestionando las apreciaciones cuantitativas para determinar la existencia de abuso de derecho.

### **Crisis financiera y pérdida del capital social.**

El patrimonio social como prenda común de los acreedores. Nos referimos a la función de garantía del capital social, mejor técnicamente del patrimonio social aunque aquellas son las palabras de la ley específica 19550 -LSC- y en la hoy LGS, y la integración de esa ley ha sido reconocida por jurisprudencia, tanto en supuestos de análisis cuantitativo de la propuesta como en otros aspectos en cuanto a verificación de créditos e intento de votar como acreedores socios que no habían dotado de capital a la sociedad generando su crisis.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. Pensemos que una sociedad que patrimonialmente ha perdido el capital social o sea que tiene patrimonio neto negativo. La argumentación valdría incluso para las one dollar corporation. Esa pérdida constituye una causal de disolución. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LSC/LGS).

Se plasma así para las personas jurídicas, y particularmente para las societarias, un sistema de prevención de sus crisis, acotando el daño de una insuficiencia patrimonial.

El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.<sup>433</sup>

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados.<sup>434</sup> La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más

---

432 PORCELLI, Luis A. No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley La Ley 2002- D-1079, y CABANILLAS, Ana C. Abuso del derecho en las propuestas de acuerdo preventivo. El inc. 4º del nuevo art. 52 LCQ, en “Derecho concursal argentino e iberoamericano” Ed. Ah Hoc, Buenos Aires, t. I pág. 501.

433 RIPPE, Siegbert “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del estado de insolvencia y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL n° 14, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss..

434 Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo Las Soluciones Negociadas como Respuesta a la Insolvencia Empresarial, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Univ. de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

inmediatos y de menores costes económicos y sociales<sup>435</sup>. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado,<sup>436</sup> basadas en esa función de garantía del patrimonio como prenda común de los acreedores.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado.<sup>437</sup>

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la Ley que los regula.

Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios -salvo por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralizar de ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la protección de la moneda fresca. Además la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone ahora el art. 2 CCC, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”.<sup>438</sup>

No podemos concebir que el Estatuto de una sociedad dispusiera, constatada la pérdida patrimonial, contra la previsión del art. 96 LGS que impone obligaciones a los socios, dispusiera que ante esa pérdida del capital social la sociedad transferirá privada o en juicio concursal el problema a los acreedores.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las

---

435 PULGAR EZQUERRA, Juana Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

436 Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, citado.

437 Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en 25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

438 OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Bs. Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

sociedades<sup>439</sup> reconocen esos límites “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual”. Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables. Siguen esos autores aceptando la imperatividad de: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar, que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.... Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social;... Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles, en protección de los terceros, de los acreedores.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la one dollar corporation o one pound company. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial, no en el nacimiento de la sociedad, donde se ha flexibilizado el concepto, sino en la funcionalidad de la actividad societaria cuando entra en zona de insolvencia o queda en insolvencia, por pérdida de su patrimonio.<sup>440</sup> Es la protección de la mentada prenda común de los acreedores.

Insistimos: a salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS), pero nunca imponiendo que los acreedores resignen sus créditos para reducir el pasivo. La función de garantía del patrimonio es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Esta norma de remoción del art. 96 LGS es una opción imperativa que no puede ser desoída.

Esa obligación de actuar ante la insuficiencia patrimonial es reconocida en dos recientes fallos, aunque el tema a decisión era la verificación de créditos en un concurso de una sociedad, por los socios que habían realizado préstamos a la concursada y pretendían ser reconocidos como acreedores quirografarios. En dos causas diferentes se rechazó esa pretensión y remarcando que era su obligación capitalizar la sociedad y que habían encubierto su incapacidad patrimonial con esos préstamos, se los consideró créditos subordinados. Nos referimos a los fallos recaídos en las

---

439 VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

440 Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

causas Díaz y Querini S.A., y LKP Emprendimientos S.A., que consideraremos más adelante.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social,<sup>441</sup> se acepta que el mismo cumple al menos tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio.

Si la norma no es imperativa, generaría una disponibilidad, o sea de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada, así nos hemos preguntado: ¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable– decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.<sup>442</sup> Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores, reciente jurisprudencia así lo apunta,<sup>443</sup> marcando la obligación de los socios de capitalizar la sociedad ante la existencia de la causal disolutoria de pérdida del capital social.

La capitalización del pasivo, concursal o privadamente, extingue acciones de responsabilidad porque hay satisfacción plena, incluso no genera costos impositivos, y libera a fiadores.

Los socios siempre pretenden que el problema lo asuman los acreedores, empobreciéndoles y enriqueciéndose con la quita lograda. La solución válida en el concurso de una persona humana es, a todas luces, abusiva y en fraude a la ley societaria.

Soslayar esa obligación, si de ello resultara daño, se generara responsabilidad y sobre ello volveremos.

### **La profundidad de la crisis: abuso de derecho o fraude a la ley.**

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el

---

441 Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: "Sobre la futilidad de la noción de capital social" LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. "El Capital Social" DPyC – Sociedades. Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. "Capital y patrimonio" JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en "El patrimonio neto en las sociedades comerciales" Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en "Responsabilidad por infracapitalización societaria", Ed. Hammurabi Bs. As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra "Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas" de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: "Apuntes para una revisión del concepto de capital social" LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. "Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria" ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: "El capital social en una era de grandes cambios" DSEyCRepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): "Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social" ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. "Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social" JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. "El Capital Social y la Realidad Económica actual", en la obra colectiva: "CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI", VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: "Sobre el Capital Social", en "Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

442 STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

443 Que referiremos más adelante.

activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente<sup>444</sup>, a través de los medios preventivos –concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el Síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LSA.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el CCC en análisis.<sup>445</sup>

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

La apreciación lógica es simple y la reiteramos: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios,<sup>446</sup> si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

La solución es la capitalización de pasivos -que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis- de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.<sup>447</sup>

---

444 Cfme. Ensayo citado en nota 59.

445 Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss..correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

446 Nto. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

447 Esta es la solución propuesta por Monti acogida por jurisprudencia reciente, así CNCom., Sala F, “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” que explícitamente señala: “Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor”.



Pero la capitalización de pasivo también puede implicar un abuso en ciertos casos, particularmente cuando la viabilidad de la sociedad esta comprometida, esas dudas sobre las ventajas de la capitalización han sido expresadas por la jurisprudencia, en el caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” rechazando la homologación de un acuerdo que ofrece la capitalización de créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que, como bien se sostuvo en el dictamen que antecede, no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”. Particularmente la capitalización de pasivos en casos de inexistencia de posibilidades de la sociedad de generar utilidades o sea de satisfacer los recaudos previstos en el art. 100 LGS, obligatorio si hubiera pérdida del capital social, se calificaría porque al haber pago total por compensación se eliminan acciones contra fiadores y deudores solidarios, como así también acciones de responsabilidad.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

De la exposición anterior resulta que el derecho concursal ofrece herramientas adecuadas para evitar las quitas y esperas desmesuradas impuestas con mayorías artificiales. Para impedir las basta con tratarlas correctamente desde la normativa concursal, acudiendo a los propios criterios contenidos en la normativa falencial (art. 52.2 (b)(iv) LCQ) y a principios generales del ordenamiento como la proscripción del fraude de ley y del abuso de derecho.

### **La tercera vía para imponer la solución concursal.**

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer a la sociedad concursada como “tercera vía” atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordante con las vías de la norma imperativa del art. 96 LSC/LGS, que prevé la capitalización de pasivo,<sup>448</sup> pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra por otros medios legales.

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 CCC, y si hay fraude, la del artículo 12 CCC, y ante la disposición del art. 52.4 LCQ se impondrá la indubitable resolución pues,

---

448 La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.



recordemos, “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y en el caso, con el efecto con que concluiremos este ensayo.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, que para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, para que la propuesta no sea homologada. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ. Esto lo sosteníamos ya en el “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, sin duda lo mantendremos en el Congreso de la misma naturaleza que se efectivizará en esa Ciudad 12 años después, en el año 2018 al cumplirse los 100 de la Universidad Nacional del Litoral.

### **Sobre el contenido mínimo de la propuesta en materia económica.**

Nos referimos con la exposición de ciertos criterios jurisprudenciales actuales que mantienen el análisis solo cuantitativo de la propuesta aún en concursos de sociedades, pese a nuestra preocupación de hace muchos años.<sup>449</sup>

En este trabajo, apuntamos sólo algunos fallos y doctrina recientes, posteriores a la sanción del CCC que mantienen el criterio.

### **Tres fallos.**

a) Sobre propuesta abusiva y su configuración, la Sala D de la CNCom, en fallo de Diciembre 27 de 2016, en la causa “Amancay SAICAFI sobre concurso preventivo”, o sea en el concurso de una sociedad, expresó: “con relación a la denunciada situación de “abusividad” cabe repasar aquí que la oferta original de la deudora consistió básicamente en pagar el 45% del capital verificado y declarado admisible de los créditos quirografarios, en ocho anualidades consecutivas (10% las primeras seis y 20% las dos últimas), con dos años de gracia a contar desde que quedara firme la homologación;<sup>450</sup> y a partir de la finalización del período de gracia, cada cuota pagaría un interés, no capitalizable, equivalente al 18% anual sobre créditos en moneda local y del 4% sobre los créditos en moneda extranjera; y contemplándose una cláusula de aceleración ...la concursada propuso una mejora: abreviar el plazo de gracia (de dos años a uno); modificar el dies a quo de los intereses (desde la homologación y ya no desde el vencimiento del plazo de gracia); y pagar un adicional con cada cuota equivalente al porcentaje de inflación proyectada en la Ley de Presupuesto. terminó por formular una última mejora, en la cual redujo la quita (de un 55% a un 35%), adelantó el dies a quo de los intereses (no ya desde la homologación sino de la presentación en concurso),<sup>451</sup> aclaró los términos del adicional en base a la inflación, y mantuvo la originaria cláusula de aceleración. 5).- Efectuada esa descripción es menester recordar que a partir de la

---

449 “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, nº 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista nº 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

450 Adviértase el plazo incierto.

451 Generando así un plazo cierto.

reforma operada por la ley 25.589, lo atinente al carácter abusivo de la propuesta de acuerdo, fundado en lo establecido por el art. 52 inc. 4° de la LCQ, es materia que, ciertamente, puede invocarse como causal de impugnación en el marco del art. 50 de esa normativa (esta Sala, 18.6.12, "Sucesión de Rodríguez, Juan Carlos s/concurso preventivo"). Es que una interpretación integral de la legislación concursal permite sostener que los sujetos agraviados por el acuerdo y legitimados para formular impugnación pueden censurar el concordato esgrimiendo las nuevas causales virtualmente incorporadas por las reformas relativas al abuso y fraude en el acuerdo.<sup>452</sup> Sentado ello, también es necesario mencionar aquí que la conformidad de la mayoría de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación judicial de aquél, pues el juez puede -y debe- ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (CSJN, 15.3.07, "Arcángel Maggio S.A. s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo"; y esta Sala, 19.9.07, "Editorial Perfil S.A. s/concurso preventivo"). Desde luego que la voluntad de los acreedores que prestaron conformidad con la propuesta del deudor no puede ignorarse, pero no debe perderse de vista que ella constituye una pauta valorativa complementaria y no dirimente.<sup>453</sup> Es claro, entonces, que la cuestión de que se trata, esto es, la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa -sino imposible- la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta. Es que, como lo observa la doctrina especializada, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo: todo cabe en él,<sup>454</sup> habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye "una pauta cuya vaguedad produce vértigo".<sup>455</sup> Lo más que puede decirse es que, caso por caso los jueces habrán de decidir lo que en conciencia crean "justo", sin que sus fallos sirvan de guía para otros supuestos, ya que estos tendrán sus propios presupuestos fácticos y circunstancias, siendo por ello imposible la traslación de una solución determinada de una hipótesis a otra. En efecto: no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -y en esto ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia.<sup>456</sup> Siendo ello así, la diversidad de soluciones, empero, puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva; por ejemplo, habrá de verse que la propuesta: 1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar

---

452 Conf. Di Tullio, J., Macagno, A. y Chiavassa, E., Concurso y quiebras -reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 192; Graziabile, D., Breve comentario a la nueva ley concursal -la de la ley 25.589, porque la de la ley 25.563, ya es vieja-, Doct. Jud., t. 2002-2, p. 725.

453 Conf. TRUFFAT, D., Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo -lcq: art. 52, inc. 4°, ed, t. 198, p. 760, espec. p. 764.

454 Conf. MAFFÍA, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589, JA 2002-IV, p. 1292, espec. p. 1302.

455 Conf. Ribichini, G., El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084.

456 Conf. MOLINA SANDOVAL, C., Facultades homologatorias del juez concursal y cramdown power en la ley 25.589, RDPC, t. 2002-3, p. 103, espec. p. 116; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589, ED, t. 198, p. 674; DI TULLIO, J., MACAGNO, A., y CHIAVASSA, E., Concursos y quiebras, reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 186; Villanueva, J., Concurso preventivo, Buenos Aires, 2003, p. 504.

menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país; etc. (esta Sala, 19.12.14, "IIG.TOF. B.V. y otro c/ Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación" y sus citas de doctrina y jurisprudencia). Asimismo, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de puestos de trabajo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo, pauta que cobra especial relevancia en los tiempos actuales pues es un hecho público y notorio la problemática de la desocupación laboral (en similar sentido, esta Sala, "Editorial Perfil"). - En síntesis, las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo son multifacéticas, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de créditos y plazos de espera. Y, ciertamente, en todo ello debe campear la misma esencia de lo que puede considerarse abusivo a la luz del art. 1071 del Código Civil, en el sentido de que se considera tal al acto contrario a los fines que la ley tuvo en mira para reconocer el derecho de que se trate, o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbre. - Con tales parámetros, ponderando el "valor presente" informado en fs. 10691, y considerando especialmente el interés de los acreedores (quienes en un 61,475%, representativo de un 70% del capital computable, prestaron su conformidad), el rol de la concursada como fuente generadora de riqueza y empleos (lo cual ha sido especialmente ponderado por la Fiscal ante la Cámara,... no resulta abusiva ni irrazonable, en tanto se advierte que la deudora ha efectuado una mejora sustancial respecto de la propuesta originaria (v. especialmente, cuadro comparativo de la sindicatura en fs. 10699).- Todo ello en el entendimiento de que el ofrecimiento de que se trata es a priori demostrativo de un mayor sacrificio de su parte, configura una mejora de las posibilidades de recupero crediticio de sus acreedores, y que en estos casos deben considerarse también la multiplicidad de intereses involucrados y que frente a la posibilidad de una eventual quiebra no obtendrían suma superior en concepto de dividendo; de allí que, como consecuencia de lo expuesto, no cabe sino desestimar también los agravios desarrollados a este respecto". Suscriben este fallo los Dres. Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto; Julio Federico Passarón Secretario de Cámara.

Muestra cabal de nuestra crítica: es misión imposible la determinación del abuso desde la visión meramente cuantitativa.

b) A su vez sostuvo la Sala F de la misma Cámara que "La atribución legal de rechazar la propuesta abusiva de acuerdo preventivo debe ser ejercida sea a instancia de parte o aún de oficio. De allí que procede siempre, en uso de las facultades legales que ostenta el juez al momento de decidir la homologación, juzgar la presencia o ausencia de "todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico". Como reza el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley"; y ello viabiliza ingresar en el análisis del caso efectuando un control que trascienda la mera legalidad formal, lo que viene impuesto por los principios que fluyen de los arts. 279,958 y1004 del CCCN y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico.... Si a la fecha del presente

decisorio la deudora ha presentado una mejora sustancial de sus anteriores propuestas, en tales condiciones y por aplicación de la regla según la cual, los pronunciamientos judiciales deben atender las circunstancias actuales al tiempo de dictar sentencia, corresponde que oportunamente se consideren las constancias producidas con posterioridad a la interposición del recurso, pues según los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema”, resolviéndolo el 29 de Diciembre de 2016, en el caso “Resingel SA sobre quiebra”.

Apuntamos de los mismos las referencias a valores, al sistema jurídico extraño a la ley concursal, a que se trata en todos los casos de apreciaciones sobre la abusividad y no sobre el fraude a la ley, a esfuerzos, etc.

c) Y como otra muestra, recientemente y cualquiera sea el contenido de la impugnación, ante un problema de orden público y ante el principio iura curia novit, se discurrió en la causa “Agropecuaria Montecarlo S.A. s/ concurso preventivo” – CNCOM – 20/03/2013 que “dada la modificación introducida por la ley 25.589 a la L.C.Q.: 43 tercer párrafo -en cuanto se eliminó el máximo del 60 % de quita que podía contener la propuesta de acuerdo preventivo-, en ningún caso la magnitud de la quita o de la espera puede ser dirimente -por sí misma-, para configurar abuso... como no existen indicadores tarifados para determinar si un acuerdo es abusivo o no, deben tenerse en cuenta parámetros como la actividad del concursado, sus proyecciones futuras, sus posibilidades económico financieras para hacer frente a los pagos, las causas que lo llevaron a solicitar la formación de su concurso, etc.”.-...“...en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, no está solamente dada por el resguardo de los intereses del deudor, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva”.-...“La falta de ofrecimiento de una adecuada tasa de interés sumado a la larga espera en el pago, determina una depreciación de lo ofrecido por el solo transcurso del tiempo que infringe el límite moralmente permitido por nuestro sistema legal considerado en su totalidad, violando, además, el derecho de propiedad de los acreedores concursales”.-...“El acuerdo -pago del 40 % del monto de los créditos, en el plazo de 10 años desde la fecha de homologación, con 2 años de gracia y en 9 cuotas anuales en los siguientes porcentajes: 5 % en las primeras dos cuotas, 10% en las siguientes tres cuotas y 15% en las últimas cuatro cuotas con un interés del 6% anual sobre saldo deudor- no alcanza la pauta mínima de razonabilidad que cabe exigir, pues teniendo en cuenta que la espera total que padecerían los acreedores, si bien escalonada a partir de los pagos en cuotas anuales, sería de más de 13 años, sin que la propuesta preserve adecuadamente la incidencia provocada por el diferimiento en el pago, en rigor, supone una quita superior a la prevista; máxime cuando el pago del 60 % del total ofrecido recién se encuentra previsto en las últimas cuatro cuotas convenidas”. (Citar: elDial.com - AA7F54 Publicado el 12/06/2013).

Parece imposible que no se hubiera discurrido sobre que esto no podría ocurrir si se hubieran aplicado las normas imperativas de los arts. 94.5, 96 y 99 LS. Si no se había perdido el capital social la quita es abusiva, pues bastaría una mera espera; y si se intenta soslayar la obligación de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad para no liquidar -previsto en el art. 96- estaríamos

frente a un fraude a la ley. Por último, en todos los casos se abriría una acción de responsabilidad social, ejercitable individualmente por los acreedores perjudicados, si se les trasladó la obligación de los socios a los acreedores a través de imponerles quita y espera.

Lo fundamental es determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos, justamente bien logrado en la última crisis, en las relaciones individuales al hacer soportar a ambas partes los efectos de las medidas económicas.

### **Doctrinariamente.**

Como se verá se trata de apreciaciones cuantitativas, elásticas, tendientes todas a la conservación de la empresa, sin consideración de a cargo de quién es esa conservación.

A su vez anotamos en la doctrina más próxima la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo. En ese sentido el excelente trabajo de Romina CELANO “Las propuestas abusivas en el concurso preventivo. Herramientas de análisis e incidencia de la inflación.”<sup>457</sup> Artículo muy actual aunque las dos jurisprudencias precedentes son posteriores, no agregan nada nuevo al análisis doctrinal.

La autora citada repasa la obligación del juez impuesta en el año 2002 por la ley 25589 que en ningún caso debía homologarse una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Después del análisis en que parte que no existen límites en cuanto al tiempo y porcentaje de espera, no distinguiendo entre concurso de personas humanas y jurídicas –como nosotros lo hacemos constantemente- se refiere a los diversos elementos a tener en cuenta para determinar esa abusividad, siempre desde el punto de vista cuantitativo, refiriendo a la mejora de la propuesta o tercera vía como remedio, con despliegue de citas, con reflexiones críticas sobre intereses e inflación, la tasa que puede pagar el concursado sin entrar en una nueva cesación de pagos, concluyendo que no ha sido incorporada la presentación de un “plan de empresa” ni el flujo de fondos futuros como una exigencia formal. Un elemento más para configurar el panorama clásico.

### **Los fundamentos subrayables de los fallos.**

Los fallos destacan “En todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento alguno, el juez está obligado a examinar si la propuesta es abusiva o importa un fraude a la ley. La solución contraria conllevaría la renuncia al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional. Es que le cabe siempre al Poder Judicial decidir si la solución consensuada a que se arribara con las conformidades de la mayoría, lo es sin los vicios descalificantes establecidos por criterios éticos y de equidad”.

En los casos atendidos se trataba de concurso de sociedades. Recientemente conocimos el trabajo de Daniel Roque VITOLLO<sup>458</sup> también cerrado en el análisis cuantitativo para determinar la abusividad de la propuesta, citando a todos los autores que habrían escrito sobre la abusividad de

---

457 En Doctrina Societaria y Concursal n° 347, octubre 2016 pág. 1037.

458 “EL CASO DEL CORREO ARGENTINO ¿PUZZLE O UN COMPLEJO MODELO PARA ARMAR EN VARIOS AÑOS?”, publicado en Revista Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, Marzo 2017, y difundido por el incansable motivador de Cofradía Concursal el mendocino Ricardo Ruiz Vega el 7 de marzo.

las propuestas, sin mencionarnos ni a los que hoy hablan del esfuerzo compartido. A su vez analiza la abusividad en forma similar en concursos de personas humanas como de sociedades.

Claro que el tema cuantitativo es importante, pero el enfoque también debería ser legal –no formal sino sustancialmente-, cuando no constitucional que es el aspecto mayor de lo legal.

### **La funcionalidad societaria.**

El primer tema es determinar que deben hacer los administradores y luego los socios frente a la crisis de una sociedad, o sea el referido marco de imperatividad de la ley de la persona jurídica sociedad. El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.<sup>459</sup>

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados.<sup>460</sup> La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales.<sup>461</sup> Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado,<sup>462</sup> basadas en esa función de garantía.

Y aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la Ley que los regula.

### **La tempestividad.**

Con insistencia: si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social –o sea cuando existe patrimonio neto positivo-, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios –salvo por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralización de ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la protección de la moneda fresca. Claro que la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza. Estamos hablando de “preconcursalidad”, como lo hemos hecho en homenaje a Emilio Beltrán

---

459 RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en en Anuario de Derecho Comercial, Montevideo, 2012, específicamente pág. 34.

460 Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33.

461 PULGAR EZQUERRA, Juana Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

462 Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.



Sanchez.<sup>463</sup> Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”,<sup>464</sup> “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal”,<sup>465</sup> y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana,<sup>466</sup> en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina.<sup>467</sup>

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán<sup>468</sup> postulaba “parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente. En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil sancionador. Esas consideraciones explican el carácter imperativo de las normas sobre disolución”.<sup>469</sup>

La Corte Suprema de Justicia argentina avala esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un obiter dictum al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S. A., expresando: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a

---

463 Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–” en Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

464 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

465 DíEZ ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

466 STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi, en Rivista delle Società, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

467 NIGRO, A. Le società per azioni nelle procedure concursuali, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

468 BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

469 BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima” en Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.



cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros –que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis.

Ese juicio, quizá por influencia del obiter dictum de la Corte, terminó en un acuerdo de capitalización de pasivo, incluso con decisiones sobre la modalidad ante la necesidad de la decisión de asamblea sobre el aumento de capital, como transcribiremos más adelante.

### **Prioridad normativa. Recapitulando.**

El CCC, además de la específica norma del art. 150, contiene nuevas normas que acentúan la obligación de actuar sin dañar -arts. 1710 y ss., como principio jurídico básico universal sobre el “Deber de prevención del daño”, evitándolo, adoptando medidas razonables para que no se produzca o se limiten sus efectos y a no agravar el daño. A su vez el art. 1722 CCC genera una acción prevenetiva en tal sentido. Es un sistema integrado de principios rectores con tutela judicial efectiva para evitar daños como los que estamos tratando frente a la insolvencia, particularmente de sociedades donde existen normas precisas imponiendo acciones a administradores y socios.

Hemos resaltado la existencia de normas imperativas en el derecho societario que tienden a resaltar los deberes y obligaciones de los administradores, y las correlativas conductas de los socios, para evitar daños y las responsabilidades consiguientes. Pues no hay responsabilidad por riesgo empresario pero sí por violar normas imperativas e intentar transferir riesgos a terceros.

La pérdida del capital social es constatada normalmente por una declaración de verdad imputable a la sociedad, como es su balance, cuya aprobación por el órgano de gobierno acreditando patrimonio neto negativo – sin explicación alguna en notas o Memoria- implica una declaración de verdad de haberse producido la causal disolutoria de pérdida del capital social prevista en el art. 94.5 LGS.

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros.

En tal sentido localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó la Corte “así también se generaron las privatizaciones, consagrando ilícitas prácticas de apalancamiento financiero, leverage buy out, sancionadas sólo en el caso Centrales Térmicas Patagónicas.<sup>470</sup>

Por otro lado, son parte de la construcción de la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros

---

470 Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

acreedores y su patrimonio.

### **Protección a la sociedad y a los terceros del accionar de los socios.**

En orden a normas imperativas de la ley societaria, encontramos en ellas las que protegen el patrimonio de la sociedad, de los mismos socios al condenar el leverage buy out, de sus administradores (art. 59 LS) y particularmente frente a los terceros (art. 94.5, 96 y 99 LS). También se postula tempestividad para asumir la crisis, tratando que sociedades que las padecen no permanezcan en ese estado perturbando al mercado, rompiendo las reglas de la libre competencia, incumpliendo sus obligaciones y contagiando la crisis.

Para ello sostuvimos y sostenemos la integración del sistema societario para afrontar las crisis.<sup>471</sup>

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce – sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Embid Irujo, comentando la ley alemana de sociedades anónimas sostuvo que “el análisis específico del Derecho de Sociedades debe acercarse a otros sectores del ordenamiento como consecuencia de la complejidad de las modernas regulaciones societarias y de su incidencia en numerosos problemas jurídicos de diverso orden”.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver.<sup>472</sup> Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo el plan de negocios. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente solución concordataria... que el concursado ha de exponer un plan de su

---

471 Nta. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815.

472 Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en Summa Societaria, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, t. I pág. 1449

futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios”.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante. La legislación societaria de Chile impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

### **Libertad de asociarse y operar, sin dañar.**

La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento. “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”,<sup>473</sup> y –eventualmente- la capitalización del pasivo.<sup>474</sup>

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y en confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho argentino, como en el comparado.

Los resultados que prometa el plan permitirá analizar a los socios<sup>475</sup> la conveniencia de

---

473 Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

474 FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

475 Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%–, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del

reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LS de capitalizar el pasivo.

Al comparar las vías de abordaje de la “Insolvencia Societaria” conviene preguntarse: debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola puede recurrirse – incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

#### **La función o causa de las normas imperativas.**

Ángel Rojo reflexiona que resulta “esencial” determinar la función de las normas imperativas que imponen deberes legales a los administradores societarios, agregando que “la tutela de los acreedores sociales es función esencial a la que una norma imperativa sirve”.

“El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien.<sup>476</sup> El Art.1.071 del C. Civil derogado, recordaba que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agregaba “La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Como lo reafirma Lidia Vaiser, ese Art. 1.071 del C. Civil resultaba, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central.<sup>477</sup> A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C. Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos. En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad.

Con relación al fraude a la Ley, Adolfo Rouillon expresó: “Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas”.<sup>478</sup> Y que los socios y administradores continúen el giro social habiendo

---

grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

476 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española” 2002.

477 “El Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003-IV p.1,328.

478 ROUILLON, Adolfo, Régimen de Concursos y Quiebras Ed. Astrea, 15° Ed., p.155.

perdido el capital social, sin reintegrarlo e incumpliendo así con una norma imperativa de la ley, intentando cubrir su personal obligación con quitas impuestas a los acreedores implica un claro fraude a la ley societaria.

Ahora los arts. 10 y 12 CCC son mucho más claros y precisos como hemos recordado.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva<sup>479</sup> o en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

Coincidimos con Olivera García que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones<sup>480</sup>. Otro uruguayo, Alejandro Miller enfatiza catalogando ciertas normas societarias –como las de responsabilidad- de “preceptivas, consideradas de orden público y por ende inmodificables. No hay previsiones legales que admitan la inclusión en el estatuto de modificaciones por lo que ello no sería posible, la terminología legal es imperativa y ello es indicativo de la existencia de normas de orden público.”<sup>481</sup>

En torno al interés público sobre la conservación de la empresa, debemos apuntar que a la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, son indistintos quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Con las modificaciones que en torno a la novación ha generado el CCC, se expresa sobre el punto del efecto novatorio del acuerdo concursal “En el concurso, la novación legal producida como efecto de la homologación del acuerdo, no causa la extinción de las obligaciones accesorias de los fadores y codeudores. Entonces, novada la obligación principal, las accesorias se constituyen en obligaciones autónomas, íntimamente relacionadas con las nacidas del acuerdo homologado pero sin ser accesorias a las mismas porque difieren en cuanto a la causa fuente, no nacen del acuerdo sino que subsisten a él”.<sup>482</sup> Obviamente la responsabilidad corresponde a sujeto no concursado al que se le imputa daño por una conducta u omisión culpable o dolosa, antijurídica, generadora de ese daño.

### **La responsabilidad de administradores y socios.**<sup>483</sup>

La responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC.

No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la

---

479 Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en SUMMA CONCURSAL, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II p. 1945.

480 OLIVERA GARCIA, Ricardo, “Estudios de derecho societario”, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, ps. 92/93.

481 MILLER ARTOLA, Alejandro Ley de sociedades. Análisis exegético, tomo II pág. 203, FCU, Montevideo 1993.

482 GRAZIABILE, Darío J. “Injerencia del Nuevo Código Civil y Comercial en la novación concursal” en Doctrina Societaria y Concursal n° 328, Marzo 2015, Ed. Errepar pág. 199 y ss..

483 \*Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar daño.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

No hay duda que el poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo- que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

Se coincide que el debido contrapeso lo constituyen al decir de Yadarola las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe.

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

La norma del art. 99 LGS que impone responsabilidad a administradores, lo hace también para los socios en su caso. Supuesto que resulta ahora determinado por el art. 167 in fine CCC, que dispone “Liquidación y responsabilidades... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. La expresión “miembros” en el capítulo de personas jurídicas es comprensiva de “socios” en lo que nos ocupa”.

La normativa debería ser disuasoria del incumplimiento de administradores y socios de sus específicas obligaciones.

### **La novación.**

La referencia a la novación concursal repite sintéticamente la posición de Truffat que hemos contestado en vieja polémica,<sup>484</sup> que difícilmente se cerrará: la novación concursal no alcanza a

---

484 Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445: “Nuevamente Truffat, cuya calidez y versación se advierten en todas las polémicas que hemos mantenido, y también en su recuerdo afectuoso en relación a algún reconocimiento –del que no sabemos de que se trata- nos propone dos nuevas polémicas. Se trata

modificar el grado de responsabilidad por culpa o dolo de terceros (administradores y socios) no concursados. Si existe daño quedará autorizada una acción extraconcursal contra ellos basada en la teoría general de la responsabilidad. Reiteramos, copiándonos, que “La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado<sup>485</sup> y no lo beneficia la novación”.<sup>486</sup>

### Otros antecedentes.

Debemos recordar que la legislación societaria argentina tiene la misma estructura que tenía la española, antes que se agregara la obligación de no liquidar, reintegrar o capitalizar de presentar la sociedad en concurso preventivo en término perentorio.

Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro: “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la

---

de su artículo IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS, en el número anterior de Doctrina Societaria y Concursal, abril de 2011, nº 281, de Editorial Errepar, donde polemiza con gran cordialidad sobre nuestras posiciones en torno a “confiscatoriedad de propuestas de quita en acuerdos concursales” y sobre la “posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra las sociedades que han conseguido homologar acuerdos con esas quitas”. Expresa el polemista “Llevo acumulados múltiples contrapuntos, siempre con afecto recíproco y con altura, con el distinguido maestro cordobés Efraín Hugo Richard (quien, en el fondo, recibe mis desafíos –eso creo- como un acicate para pulir sus ideas y convicciones y que, como buen docente de alma, encuentra motivador que alguien de una generación ulterior, no demasiado afecto al temor reverencial, levante periódicamente el guante sobre sus tesis más revulsivas). Es sabido que Richard, a partir de su enfoque sistémico del derecho, ha esbozado una teoría inquietante sobre la responsabilidad de los administradores por las “quitas” impuestas en los concursos”. Esto motiva nuestro reiterado agradecimiento a Daniel. Y la pregunta que se formula Truffat como eje de su posición: “¿Cómo responsabilizar a terceros (administradores/accionistas) por un crédito que ya no existe como tal porque por expreso imperio legal se ha extinguido?”, ya ha sido contestada. Se trata de una obligación independiente, no de garantía, sino de responder al daño causado por su conducta. Las situaciones son múltiples y no sólo por la quita. Así la jurisprudencia: “Si bien el art. 55 de la ley 24.522 establece que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios. La aplicación de la legislación común (arts. 707, 803, 810, 2042, 2047 y 2049 del Código Civil), extinguiría las obligaciones de los garantes como consecuencia de la novación de la deuda principal. A evitar este efecto la ley apunta la segunda parte del mentado art. 55 expresando que “esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”. Imputable”. CNCom. Sala B, Noviembre 12 de 2010, “Braun Estrugamou Guillermo sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación por el Banco General de Negocios SA”. Así Vitolo enfatiza “No caben dudas que la protección del crédito, de la actividad económica y –en materia societaria- de los accionistas y terceros, debe ser uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico que gobierna las relaciones empresarias, económicas, financieras y del mercado. Y en ello el capital social tiene un rol preponderante, así lo hemos sostenido en varias oportunidades”, y particularmente concilia con nuestra postura no novatoria expresando “Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso preventivo con acuerdos homologados judicialmente, quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque”.

485 La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

486 Nto. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en Doctrina Societaria y Concursal, citado en nota 36, pág. 445.



sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad-demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia: ‘Resulta patente que la sociedad, cuyo capital social es de 3.006 Euros, incurrió en causal de disolución por pérdida a lo largo del ejercicio 2008 y que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión de la convocatoria para la disolución de la sociedad, rige en este tipo de responsabilidad y conduce a la necesidad de tener en cuenta el conocimiento –o deber de conocimiento- por los administradores de la situación de pérdidas (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007). ... lo relevante no es si la disolución se acordó antes del vencimiento de la deuda sino si las obligaciones se contrajeron con posterioridad a la causal de disolución’...”.<sup>487</sup>

En el mismo sentido de responsabilidad puede verse la doctrina chilena.<sup>488</sup>

A la postre se converge en soluciones de responsabilidad cuando por falta de acción, sea de recurrir a los remedios societarios o tempestivamente al sistema concursal. Se genera daño que pudo ser evitado por administradores y socios de la sociedad en insolvencia.

---

487 ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” de 29 de julio de 2015, en Almacén de Derecho del 22 de marzo de 2017.

488 GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis “MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA INFRACAPITALIZADA. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN” en Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 27, 2016, pp. 191 – 209, donde el autor ensaya “determinar si es posible (y deseable) construir un deber implícito de adecuada capitalización como contrapartida a la limitación de responsabilidad de los socios, especialmente al tiempo en que las soluciones comparadas han crecientemente desarticulado la función de garantía del capital. Aun cuando pueda apreciarse la necesidad de protección de los acreedores en razón de la traslación del riesgo que producen tales reglas, consideramos que tal deber solo sería posible en la medida en que pudiese determinarse la existencia de deberes fiduciarios de los socios y de la administración a favor de los acreedores, mediados o no por la sociedad deudora, y que ellos devienen de la proximidad de la insolvencia en escenarios de infracapitalización...Por ello, consideramos más adecuado sostener que, en tales eventos, el deber legal de la administración se produce en el pronto recurso a los procedimientos concursales que ofrece la legislación aplicable, toda vez que estos se encuentran enderezados en la protección de los derechos de los acreedores mediante la maximización de sus posibilidades de cobro. Conforme a lo anterior, resulta plausible generar una responsabilidad por infracción a dicho deber legal de manera que la administración indemnice a los acreedores por las actuaciones llevadas a efecto con posterioridad y que, finalmente, resultaron en un detrimento del crédito”.

**El cambio de paradigma: casos jurisprudenciales.**

Podemos ver esa integración como natural pero a su vez legal de la legislación societaria y concursal en un par de análisis jurisprudenciales respecto verificación de créditos y voto de acreedores.

**Verificación y calificación.**

Son sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad, correspondiéndonos los subrayados: Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa “KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/MEGACONCURSO”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo GONZALEZ MASANES: .... ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS... ....Las constancias de autos demuestran – y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer – que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcripto anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infra capitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infra capitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infra capitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común....Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del

patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control- “<sup>489</sup>

### **Otro fallo como antecedente.**

Ilumina aquél fallo con referencia a la sentencia recaída en la causa "Díaz y Quirini S. A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/20121, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: “Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores. Cuando se verifica -como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infra capitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.”...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.

Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

### **La conservación de la empresa viable.**

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron

---

489 Conf. Richard Efraín Hugo, Preconcursalidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152.

o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos.<sup>490</sup>

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada”.

Pero siempre son los socios los que deben atender a la solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino postestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial -evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresaria. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

De allí el requisito de viabilidad. Analizamos el art. 100 LGS<sup>491</sup> también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era una sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las

---

490 Nto. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente – corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

491 El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>492</sup> se expande al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluido la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “eliminación de la causa que le dio origen” y además “si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”.

Corresponde la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).<sup>493</sup>

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.<sup>494</sup>

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo hemos pensado así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley de concursos. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social está vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de insolvency test -equity insolvency test-. En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social,<sup>495</sup> y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar

---

492 ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

493 Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

494 Sobre la posibilidad de falta de simultaneidad y los otros requisitos puede verse “Modificaciones al instituto de la disolución en la LGS” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 352, Buenos Aires Marzo 2017, pág. 267, donde también hace referencia a la específica causal de disolución de pérdida del capital social a pág. 271.

495 MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en El Derecho Societario Publicado en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

social. Justamente el art. 100, en su último párrafo<sup>496</sup> establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.

### **Sobre el mínimo imponible a los disidentes o que no expresaron su voluntad en la legislación argentina. Las quitas en concurso de sociedades. El abuso de derecho y el fraude a la ley societaria.**

Las quitas implican un menoscabo al patrimonio de los acreedores que significa un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad concursada, pues su pasivo se reduce. Generando una ganancia de este patrimonio está gravado por el impuesto correspondiente, o sea que implica un costo para la concursada, aunque ese pago se difiera. Nos hemos referido a todo ello, particularmente con el Profesor Jorge Fushimi, abogado y contador.<sup>497</sup>

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LGS.

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

### **El minimum en el concurso de personas humanas y su inaplicabilidad a las jurídicas.**

Ante ciertos criterios que reducen la juridicidad de las quitas al valor recibido por debajo de lo que correspondería en liquidación -the best interest of creditors- apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias,

---

496 Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

497 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)”, en ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

por la función de garantía del capital social –patrimonio de la persona jurídica sociedad- que hemos analizado. Se sostenía que los límites de la legalidad se entienden traspasados cuando existe afectación del interés u orden público.<sup>498</sup>

### El “esfuerzo compartido” en concurso de sociedades.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”.

Empiezan juristas especializados en concursos, como Botteri<sup>499</sup>, Carlino<sup>500</sup> y antes Truffat, a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad.

Truffat ha escrito: “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo -como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos... el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”,<sup>501</sup> lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

De la exposición anterior resulta que el derecho concursal ofrece herramientas adecuadas para evitar las quitas y esperas desmesuradas impuestas con mayorías artificiales. Para impedir las quitas basta con tratarlas correctamente desde la normativa concursal, acudiendo a los propios criterios contenidos en la normativa falencial (art. 52 inc. 2, b) apartado (iv) LCQ) y a principios generales del ordenamiento como la proscripción del fraude de ley y del abuso de derecho.<sup>502</sup>

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer a la sociedad concursada como

---

498 Numerosas sentencias destacan la afectación del interés público, así, entre otras, CNCom., sala B, 3-9-96, “Covello, Francisca s/Quiebra s/Incidente de apelación y CNCom., sala A, 9-4-97, “Btsh, José David s/Quiebra s/inc. (art. 250)”, CNCom., sala B, 8-3-2002, “Jorsar SA s/Concurso preventivo” y CNCom., sala C, 4-9-2001, “Línea Vanguard SA s/Conc. prev”.

499 BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

500 CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en CRISIS Y DERECHO IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

501 TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

502 Esta es la solución propuesta por Monti acogida por CNCom., Sala F, en el referido caso “Baugruppe S.R.L. s/quiebra” que explícitamente señala: “Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor”.



“tercera vía” atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordante con las vías de la norma imperativa del art. 96 LGS, que prevé la capitalización de pasivo,<sup>503</sup> pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores, satisfaciendo las obligaciones sociales.

Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas<sup>504</sup> y esperas en un proceso concursal.<sup>505</sup>

Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

Hemos recordado el fallo a nuestra Corte en el caso “Comercial del Plata”. En ese caso a través del voto de la mayoría- se presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S. A.”<sup>506</sup>, sobre una teoría muy laxa sobre el abuso que incluso se repite en las propuestas de acuerdo con quitas y esperas despojatorias, que ahora no se debería repetir a partir de las nuevas normas introducidas por el CCC.

### **La judicatura ante propuestas de quita en concurso de sociedades.**

No tenemos duda, por la finalidad de la ley societaria, otorgando autonomía de la voluntad bajo responsabilidad, que: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita, y ello haría incurrir en responsabilidad ante un patrimonio neto neutro o negativo que ha producido una causal de

---

503 La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

504 La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito cfme. Nto. “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág.:933 Setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

505 Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, tomo I pág. 1449.

506 BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LSC/LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios<sup>507</sup>, si el pasivo no resultara satisfecho.

### **De nuevo sobre homologación de acuerdo en concurso de sociedad.**

¿Esto no es impeditivo de la homologación a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana -salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la de hace un par de años en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordantemente con las vías de la norma imperativa del art. 96 LSC/LGS, que prevé la capitalización de pasivo<sup>508</sup> pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que llega hasta permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de la capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código Civil y Comercial en análisis.<sup>509</sup>

Nada obsta a que se aumente el capital o se reintegre en etapa de liquidación para evitar acciones de responsabilidad satisfaciendo el pasivo.<sup>510</sup> Pero, reiteramos, la existencia de normas

---

507 Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, citado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, 508 La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

509 El art. 12 del Código Civil y Comercial, cfme. nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss. correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

510 Una apostilla marginal. El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante

imperativas y de orden público en el derecho societario: la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido.

### **Efectos del abuso o del fraude a la ley en el supuesto.**

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar CCC: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Es el caso de una sociedad que continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, normalmente generando daño, intentando obtener quitas en un concurso preventivo para que los socios ni reintegren el capital ni acepten nuevos socios con la capitalización de pasivo. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Obviamente la disposición del art. 52 inc.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución pues “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y en el caso de concurso de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y si lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad por quienes no aceptaron las quitas –si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley -art. 96 LGS y 167 CCC-.<sup>511</sup>

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan con la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Pero aunque un juez no entendiera que cada uno de esos aspectos hace ilegítima la homologación, no podrá dejar de analizarlos individual y conjuntamente al revisar

---

del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”. Podría llegar a aceptarse ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario –la función de garantía del capital social-, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran ungidos los administradores elegidos, socios o no.

511 Nto. “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación” en pág. 111 del n° 7 de Estudios de Derecho Empresario, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

tradicionalmente la abusividad de la propuesta.<sup>512</sup>

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, que para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, para que la propuesta no sea homologada. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ”.<sup>513</sup>

La Corte en el caso Comercial del Plata S.A. inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios concursales,<sup>514</sup> incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización de pasivo:<sup>515</sup> “Lo cierto y concreto, reitérase, es que actualmente no existen suficientes acciones emitidas en ocasión del anterior aumento de capital efectuado para cumplir el acuerdo preventivo. Solo queda, entonces, recurrir al procedimiento supletorio previsto en el mismo acuerdo, procediéndose a aumentar nuevamente el capital social en la suma necesaria para tender el crédito del ...[acreedor] -con los alcances del acuerdo- y, si como de toda obviedad, los restantes accionistas ejercieran el derecho de suscripción preferente el crédito del [acreedor] debería ser abonado en pesos con el dinero integrado por esos accionistas. Las alegaciones vinculadas a la falta de trato igualitario respecto del resto de son inatendibles... primero porque cuando los restantes acreedores recibieron las acciones emitidas por [deudor] para cumplir el acuerdo, su valor de cotización bursátil era inferior al valor nominal. Es decir, en aquel momento, todos los acreedores percibieron aún menos de lo que recibirá el [acreedor] ahora. Sólo aquellos que hayan decidido conservar las acciones, han aumentado, luego de un tiempo, el valor de su capital invertido. Pero ello sucedió en una instancia ulterior a la de cumplimiento del acuerdo y se vincula con una decisión especulativa de cada acreedor en particular”.<sup>516</sup>

Debe recordarse que en la legislación original se limitaba la quita al 60%, sin aclarar si era para el concurso de cualquier sujeto. Ahora la práctica va por todo en beneficio de los socios.

---

512 “Si bien es cierto que la insolvencia no concede al deudor una irrestricta facultad para ofrecer cualquier plan de pagos, que expolpe a los acreedores o les imponga sacrificios desmedidos, pues un concurso preventivo es, entre otras cosas, una herramienta al servicio de un reparto equitativo de los sacrificios que deudor y acreedores deben hacer en aras de principios superiores, no lo es menos que en casos de convocatorias de acreedores vinculadas material y fácticamente a hechos económicos y financieros que llevaron a la declaración oficial de emergencia productiva y crediticia dispuesta por la ley 23.561 (art. 1°), el criterio de la judicatura no puede ser el mismo que en situaciones de estabilidad y normalidad.” Del fallo en la causa “Editorial Perfil SA s/ concurso preventivo” de la CNCOM de fecha 19/09/2007, en la forzada homologación del acuerdo propuesto.

513 Cfme. “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación” por Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

514 Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

515 Nto. “La sociedad y los fraudes societarios” Publicado en El Derecho, Buenos Aires, jueves 15 de septiembre de 2016. Año LIV, ED 269-

516 “Sociedad Comercial del Plata S.A. s/concurso preventivo”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 18, 8.09.16. Increíblemente, realizada la asamblea de aumento de capital y suspensión del derecho de suscripción preferente, esta tesis fue aprobada por mayoría.

### **Meditando sobre abuso o fraude a la ley societaria por quitas concursales.**

En conclusión, las normas sobre el capital social son de carácter imperativo y la reforma ha potenciado el carácter preventivo de las acciones para evitar daño a terceros, e incluso a la propia sociedad.

Pero el tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Si hay abuso el juez deberá aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Obviamente la disposición del art. 52.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución.

### **Conclusiones**

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización que es una zona gris, se abre una línea roja, las red flags que funcionan incluso en la one dollar corporation, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era su patrimonio. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién ante la pérdida total o sea antae el patrimonio neto negativo (el 100%), que pero sería una barrera suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. El art. 52 ap. 4 LCQ que enfáticamente dispone “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”,<sup>517</sup> y en el caso de concurso de sociedades, la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y se lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica societaria. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad. El juez debería llamar a los socios a reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad.

Podría como “tercera vía”<sup>518</sup> más lógica y aceptable como “tercera vía” -y procesalmente más ejecutivo- exhortar inicialmente a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de

---

517 Sin duda la propuesta es la abusiva o en fraude a la ley, pero al juez llega para homologar un supuesto acuerdo.

518 Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales disolutorias que debieron enfrentar, según el caso. No puede soslayarse las obligaciones que socios y administradores tenían cuando eligieron –ante la pérdida del capital social- incumplir las normas societarias e intentar que los acreedores asumieran las expensas de los socios. Incluso generando un dispendio jurisdiccional y los gastos y daños consiguientes.

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso sino se perdió el capital social o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Ello no implicará anticipar criterio sino recordar normas imperativas y prevenir el daño. Un inmovilismo de la judicatura o un excesivo apego a normas procesales puede frustrar la aplicación de las herramientas existentes, pero que ahora son reforzadas por normas explícitas del CCC.

Nos esforzamos desde hace muchos años en distinguir la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica,<sup>519</sup> y seguiremos haciéndolo, nos hace bien el diálogo, sobre todo tan respetuoso en las diversas polémicas que hemos mantenido.

Lo que no tenemos duda es que el juez concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta y el consiguiente acuerdo.

Como bien señala Julio Chiappini,<sup>520</sup> aún si la enseñanza mostrara todo el panorama y no sólo la que el docente repite: “El estudiante de derecho o el profesor habitan sobre todo el mundo del derecho pensado: law in books (Roscoe Pound). El abogado o el juez habitan más bien el mundo del derecho vivido: law in act”. Los teóricos moran, en general los más panchos, en el séptimo cielo, que Dante reservó a los contemplativos. Y los que se dedican a los litigios suelen yacer en el séptimo círculo, que Dante reservó a los violentos: el ejercicio profesional en cualquiera de las materias siempre está un poco o mucho sometido al lobby. En la Argentina no hemos institucionalizado los lobbys. No los que se involucran en los procesos legislativos. El problema es que de hecho sobrellevamos lobistas que pasean en los tribunales de justicia. Gestores VIP. Algunos de veras y, otros, claro, vendedores de humo. Bailan la danza de la lluvia. Creo que cuando la litigiosidad en materia comercial sea tribunalicia, en cámaras arbitrales y demás pulularán más los lobistas. Por ejemplo, los que quieren acercarse al síndico en los concursos y quiebras. O al juez de comercio. O los supuestamente enviados por el Poder Ejecutivo o por grandes empresas. Urden en trámites”.

Cerramos con palabras del Presidente de la República “La ética y la transparencia no son sólo una obligación del sector público sino que comprometen al sector privado”.<sup>521</sup>

Claro que, en muchos casos, la viabilidad de una empresa ha sido comprometida por una disposición estatal y su reconducción impone también una decisión del Estado. No hay duda que la conservación de la empresa se centra en la viable, eventualmente por su reorganización

---

519 En Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, citado como trabajos referidos en el decurso de este ensayo.

520 CHIAPPINI, Julio “El Derecho pensado y el Derecho vivido. Por ejemplo, el Derecho Comercial” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 350, Enero 2017, Buenos Aires, pág. 65 y ss, sugiriendo leerlo sin desperdicio como así también el artículo publicado en la misma Revista en el pasado mes de Diciembre.

521 Diario La Voz del Interior del 2 de marzo de 2017, pág. 5.

preponderantemente por financiación interna y trámite reservado extrajudicial para evitar los daños colaterales en el mercado.

A falta de normas expresas cabrá siempre pensar en la aplicabilidad de las teorías del daño resarcible, particularmente si se genera daño mientras se obtiene riqueza. Y allí mirar a las acciones u omisiones de quiénes debiendo actuar de determinada manera omitieron acciones conducentes a evitar perjuicios y, particularmente si ese daño les generó beneficios directos o indirectos dirigiendo su accionar. Quién daña debe reparar.

Seguiremos meditando, y dialogando, sobre las luces y sombras que se generan al intentar compatibilizar normas imperativas con la estrella polar de la conservación de la empresa viable, que nada tiene que ver con el intento de los socios de que sean los acreedores los que carguen con esa conservación de la empresa que no es suya, sino de los socios indolentes.