

**LA “TERCERA VÍA” COMO FACULTAD DEL JUEZ CONCURSAL: UNA ALTERNATIVA A LA
DECLARACIÓN DE QUIEBRA O SALVATAJE**
Leonardo David BALDUZZI

Resumen: El presente artículo analiza la “tercera vía” como camino alternativo a la declaración de quiebra o salvataje. La concesión de una oportunidad para que el concursado remueva los obstáculos que impidieron la homologación del acuerdo es una facultad del juez concursal, que deberá ser contemplada atento las particularidades del caso concreto.

Palabras claves: Declaración de quiebra – Salvataje – Tercera vía – Facultad del juez concursal.

Abstract: This article examines the “third way” as an alternative course of action to the declaration of bankruptcy or salvage. The opportunity given to the bankrupt debtor to remove the obstacles that impeded the homologation of the composition agreement is a power of the bankruptcy judge that shall be taken into account according to the peculiarities of the specific case.

Key words: Declaration of bankruptcy – Salvage – Third way – Power of the bankruptcy judge

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tendrá por objeto analizar lo que jurisprudencialmente se ha denominado “tercera vía”¹. Ésta se presenta –o no, según ya veremos– como una alternativa para el juzgador en oportunidad de decidir respecto de la homologación del acuerdo concordatario obtenido por el concursado y tiene como propósito evitar la declaración de quiebra o el procedimiento de salvataje² del Art. 48 de la L.C.Q.³.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia, la alternativa de la “tercera vía” es desarrollada a colofón de las complejas cuestiones vinculadas a la propuesta abusiva y la no homologación del acuerdo en razón de ello. En efecto, creemos que resulta necesario formular dos aclaraciones: en primer lugar, que nuestro análisis obviará lo relativo a cuándo un acuerdo concordatario se configura abusivo; y en segundo lugar, que estimamos también aplicable la alternativa de la “tercera vía” a otra serie de supuestos.

La problemática de la “tercera vía” se encuentra entrelazada, en última instancia, con las facultades homologatorias del juez concursal, que con los vaivenes legislativos –reflejo de ideologías de corte publicista o privatista que moldearon la legislación falimentaria en diferentes épocas– y matices jurisprudenciales, se podría decir que aún no tiene límites demasiado claros y precisos⁴.

1 La denominación fue utilizada por la Dra. Aída Kemelmager de Carlucci en oportunidad de resolver los autos “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos SACIA p/conc. s/inc. cas”.

2 Preferimos tal denominación, sin desconocer las controversias doctrinarias planteadas en relación a la terminología del instituto regulado en el Art. 48 de la L.C.Q.

3 Ley de Concursos y Quiebras.

4 JUNYENT BAS, Francisco, “El retorno del análisis de mérito: Otra vuelta de tuerca sobre las facultades homologatorias y el abuso del derecho”, trabajo recibido vía e-mail en donde el autor sostiene que: “...A la luz del derecho judicial analizado y los parámetros seguidos por los jueces para definir las facultades homologatorias, cabe cuestionarse si no hemos retornado a un verdadero análisis de mérito del acuerdo [...]”.

La posibilidad de abrir una “tercera vía” supone replantearnos una vez más sobre la eterna discusión respecto cuál es la forma correcta de interpretar los textos normativos. Es decir, si ante una regla clara no cabe otra alternativa que ajustarse a ella sin importar las consecuencias que traiga aparejada; o bien, si es prudente realizar una interpretación más integral del sistema jurídico, teniendo en cuenta principios generales del derecho, los principios que informan el régimen de concursos y quiebras en particular, la finalidad del instituto preventivo, etc., todo ello en miras a tratar de dar una solución a una situación fáctica –como sería la quiebra o el traspaso de la empresa a otra persona como consecuencia del salvataje– que, en principio, se presentaría como injusta o por lo menos inconveniente.

¿Es ajustada a derecho la procedencia de la “tercera vía”, o el juez se extralimita en sus facultades y atribuciones al ignorar el texto expreso de la ley? ¿Existe alguna otra alternativa que permita evitar su aplicación? ¿Cuáles son los argumentos que sustentan la procedencia de la “tercera vía”? ¿Qué argumentos permiten ponderar ésta alternativa por sobre el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q.? ¿En qué supuestos resulta procedente? ¿Qué modalidades asume? ¿Cuál fue la reacción de la doctrina ante la jurisprudencia que decidía abrir la “tercera vía”? Estos son algunos de los interrogantes que nos planteamos y pretendemos desentrañar a lo largo del desarrollo de este trabajo.

CONSECUENCIAS ANTE LA NO HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

De la lectura del Art. 51 de la L.C.Q. se desprende que, una vez deducidas las impugnaciones en contra del acuerdo preventivo –o más precisamente de la existencia de conformidades suficientes para entender aprobada la propuesta de acuerdo preventivo⁵– en los términos que establece el Art. 50 de la L.C.Q., el juez, en oportunidad de resolver, debe declarar la quiebra si hace lugar a las impugnaciones u homologar el acuerdo concordatario si las rechaza. En el supuesto de que el concursado sea sujeto legitimado para acceder al procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q., el juez deberá disponer la apertura del registro de oferentes.

A renglón seguido, el Art. 52 de la L.C.Q. le impone al juez el deber de homologar el acuerdo preventivo cuando –sea que se trate de una propuesta única o haya pluralidad de propuestas– ha resultado aprobado por las mayorías que la ley establece. A su vez, regula lo que se ha llamado “cramdown power”, esto es, la facultad del juez de homologar el acuerdo preventivo con pluralidad de propuestas para distintas clases de acreedores aun cuando no se hayan obtenido las mayorías necesarias en toda y cada una de las categorías. Por último, el artículo que comentamos, veda al juez la posibilidad de homologar un acuerdo cuando este resulte abusivo o en fraude a la ley.

De modo tal que, en el esquema de la ley concursal, cuando el juez decide no homologar el acuerdo concordatario –sea porque encuentra algún óbice extrínseco de carácter formal, sea porque lo considera abusivo o en fraude a la ley– debe declarar la quiebra, o bien, dar inicio al procedimiento de salvataje en aquellos casos en los que resulte procedente. Así las cosas, la “primera vía” es la homologación del acuerdo preventivo, la “segunda vía” es la declaración de quiebra o salvataje y la “tercera vía” consiste en la posibilidad de que el concursado reformule los términos del acuerdo con la finalidad de superar los obstáculos que impidieron su homologación.

5 ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras, pág. 151, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

LA “TERCERA VÍA” Y SU ORIGEN PRETORIANO

1.- “Línea Vanguard S.A.”⁶.- El punto de inicio de esta alternativa nos remite al voto del Dr. José Luis Monti en autos “Línea Vanguard S.A.” en donde sostuvo que: "acorde con la finalidad preventiva que caracteriza a este proceso, y habida cuenta de que el rechazo del acuerdo se basa en circunstancias que podrían revertirse en una reformulación de sus términos, parece factible instar a la instancia de grado para que, sea mediante un nuevo período de exclusividad, sea mediante el procedimiento que se arbitre al efecto, acuerde a la concursada la posibilidad de proponer esa reformulación a fin de hacer compatible la propuesta con los principios enunciados". En dicha oportunidad el tribunal revoca el fallo de primera instancia y rechaza la homologación del acuerdo preventivo que consistía en el pago del 40% de los créditos verificados, sin interés, con 5 años de gracia y en 20 cuotas anuales a contar desde la homologación del acuerdo, por considerar abusivo el acuerdo que se pretendía homologar. Además, ordena al juez de primera instancia adecuar los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a lo previsto por el Art. 48 de la L.C.Q.

2.-“Curi Hermanos S.A.”⁷.- Otro precedente importante tuvo lugar en los autos “Curi Hermanos S.A.”, en donde el magistrado Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h) decidió homologar el acuerdo aprobado, con la modificación que se propiciara, condicionada al consentimiento de la concursada. El acuerdo aprobado consistió en el pago del 100% del capital verificado y declarado admisible mediante dación en pago por entrega de bienes (Art. 779 del Cód. Civil). A su vez, se prevé como alternativa “C” la forma de pago de los verificados tardíos o revisionistas, a quienes se le propone el pago del 50% del capital con más sus intereses a la tasa Libor, con un plazo de gracia de dos años desde la resolución que los declara verificados y un plazo de cinco años desde el vencimiento del período de gracia, en cinco cuotas anuales, iguales y consecutivas del 20% del total. El magistrado señala que el acuerdo no cumple con uno de los requisitos que establece la ley concursal para su homologación: la igualdad de trato de los acreedores en cada categoría, ya que el acuerdo prevé una forma de pago a los acreedores tardíos y revisionistas distinta que a los acreedores tempestivos, siendo que aquellos no conforman una categoría distinta y propia. Así las cosas, el juez resolvió “HOMOLOGAR el acuerdo aprobado con la modalidad “B” y con la siguiente modificación, condicionada al consentimiento de la concursada que se entenderá prestada si no se opone expresamente dentro del quinto día de notificada la presente. “La propuesta ofrecida como modalidad “C” deberá incluir como opción a favor de los acreedores tardíos y revisionistas la forma de pago de su crédito mediante la entrega de bienes de la concursada o su valor equivalente cancelatorios del porcentaje de capital verificado incluido en el acuerdo votado [art. 43, inc. 2)]”.

3.- “Argenfruit S.A.”⁸.- Tal vez el precedente más relevante sobre la temática abordada lo

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

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

8 SCJ Mendoza, 24/6/2003, “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos SACIA p/conc. s/inc. cas”. A continuación citamos algunos pasajes del fallo: “En mi opinión, la regla formulada por el recurrente es correcta: si el juez hace lugar a la impugnación, decreta la quiebra o dispone seguir procedimiento del cramdown en los casos en que formalmente corresponde; si no hace lugar a la impugnación, verifica que se den los otros presupuestos y homologa. La cuestión es si esa regla es absoluta o, por el contrario, cuando el juzgador se enfrenta a una propuesta abusiva o fraudulenta, excepcionalmente, puede moverse con otro tipo de flexibilidad. Mi respuesta es que la regla no es absoluta y que excepcionalmente, sin convertirse en empresario, como dice Favier Dubois, el juez podrá adecuar o dar las pautas para adecuar la propuesta de modo tal que el abuso desaparezca. Me fundo en los siguientes razonamientos: - El abuso del derecho es un estándar, un concepto jurídico indeterminado; consecuentemente, también en sus efectos, se aviene mejor a las soluciones abiertas que a las cerradas. Adviértase que el art. 1071 del Código Civil no enumera

encontramos en el voto de la Dra. Aída Kemelmager de Carlucci en oportunidad de pronunciarse en autos “Argenfruit S.A.”. El máximo tribunal mendocino declaró abusiva la propuesta de acuerdo porque contenía una propuesta de pago de carácter general –residual– en la que quedaban incluidos aquellos acreedores que no manifestaran su opción por las alternativas “A” o “B”, los acreedores que verificaron en forma tardía sus acreencias y aquellos admitidos en los incidentes de revisión en trámite.

El argumento central a favor de la procedencia de la “tercera vía” se basa en considerar que no es absoluta la regla según la cual si el juez decide rechazar las impugnaciones del acuerdo debe homologarlo y en caso de estimar procedentes aquellas debe declarar la quiebra o disponer la apertura del registro de oferentes si correspondiera el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. No se trata de una opción de hierro y el juez está facultado para adecuar la propuesta de acuerdo con la finalidad de eliminar el abuso y conservar el acto jurídico concordatario. Este razonamiento se asienta en dos premisas: a) el abuso del derecho es un concepto jurídico indeterminado y sus consecuencias no están expresamente establecidas en la ley; b) cuando el legislador pretende limitar las atribuciones de los magistrados respecto del abuso lo hace expresamente.

El tribunal resolvió remitir los autos al juzgado de primera instancia a efecto de que dicte un pronunciamiento que permita subsanar el abuso que fuera declarado.

¿EN QUÉ CONSISTE LA “TERCERA VÍA”?

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

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

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

- a) homologación del acuerdo sujeto a la condición de que el concursado preste su consentimiento –expreso o tácito– respecto de las modificaciones que del acuerdo se formulan⁹;

taxativamente cuáles son los efectos del abuso. Por el contrario, deja abierta la solución al caso particular, siendo amplísimo el “menú” (abierto) que ofrece la casuística. Si una regla puede darse es que, respetando el principio de conservación del acto, el juez debe preocuparse por eliminar el abuso. Consecuentemente, frente a un acto jurídico que contiene alguna cláusula abusiva, el juez está autorizado por el ordenamiento para conservar el acto, declarar la nulidad parcial y eliminar la cláusula (art. 1039 del CC); sin embargo, a veces esta eliminación no es el remedio completo, siendo necesaria la sustitución de esa cláusula por otra, por lo que muchas veces el sistema normativo le permite integrar el contrato, si así fuera posible (arts. 954, 1198 del Cód. Civil; art. 37 última parte de la ley 24.240, etc.). - Cuando el legislador quiere limitar las posibilidades judiciales frente al abuso lo hace expresamente [...] la opción no es de hierro; frente a la cláusula abusiva, excepcionalmente, el juez está autorizado a la adecuación, salvando la validez del acto jurídico concordatario”.

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

- b) homologación del acuerdo sujeto a la condición de que el concursado acepte mejorar la propuesta en base a las pautas mínimas que el tribunal considera como necesarias para superar el abuso declarado¹⁰;
- c) no se homologa el acuerdo y se otorga un plazo de 10 días para que la concursada mejore la propuesta de acuerdo según los estándares mínimos que establece el tribunal¹¹;
- d) concesión de un plazo de 60 días a los fines de que se realice una nueva asamblea de obligacionistas¹²;
- e) homologación del acuerdo pero con las modificaciones que fueron ofrecidas por la concursada en la alzada¹³.

LOS FUNDAMENTOS DETRÁS DE LA “TERCERA VÍA”

Es necesario distinguir dos situaciones: 1) supuestos en los que no procede el instituto regulado en el Art. 48 de la L.C.Q.; 2) supuestos en los que sí corresponde el procedimiento de salvataje.

En aquellos casos en los que el concursado no posee legitimación¹⁴ para acceder al procedimiento de salvataje, los fundamentos que sirven de apoyo para sostener la procedencia de la “tercera vía” coinciden con aquellos sobre los cuales se estructura el mismo concurso preventivo¹⁵. La posibilidad de sanear crisis económica y retornar in bonis al mercado, la reorganización del pasivo, solucionar las verdaderas causas de la crisis empresarial, la protección de las fuentes de trabajo, la salvaguarda de la integridad del patrimonio del deudor, el principio de conservación de la empresa, etc., todo ello, puede ser utilizado como argumentos para inclinarse por una solución no liquidativa como lo es la “tercera vía” y evitar la declaración de quiebra. No caben dudas de que la “tercera vía”, en estos casos, resulta armoniosa con la teleología del instituto concordatario.

Ahora bien, en los supuestos en los que el concursado se encuentra habilitado para el procedimiento de salvataje, la “tercera vía” ya no puede apoyarse en los fundamentos y principios del concurso preventivo¹⁶. Precisamente, el salvataje se incorpora al régimen concursal como una

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

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

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

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

14 En virtud del primer párrafo del Art. 48 de la L.C.Q., resultan beneficiarios del procedimiento de salvataje: sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones (sociedades anónimas y en comandita por acciones), sociedades cooperativas, sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte (sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades del estado). Se exceptúan las entidades aseguradoras y las excluidas por leyes especiales (entidades financieras, administradoras de riesgos de trabajo, etc.). Las asociaciones mutuales –sujetos concursables a partir de la reforma introducida al Art. 37 de la ley 20.321 de Asociaciones Mutuales– se los considera legitimados a los efectos del salvataje. Además, resultan excluidos aquellos sujetos pasivos de pequeños concursos (Art. 88 de la L.C.Q.).

15 ROUILLON, Adolfo A. N., ob. cit., pág. 36 a 39.

16 Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, 10/05/2011, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”: “Ni el cramdown ni la tercera vía implican la cesación de la actividad comercial y/o de la explotación mercantil, tampoco la liquidación del patrimonio falimentario. Ambas soluciones presuponen la continuación de la explotación y el mantenimiento de la empresa en marcha, con la única diferencia de que, en el primer caso, existe la

posible solución no liquidativa a la crisis empresaria que consiste en un “segundo período de negociación o doble vuelta concordataria abierta a terceros interesados en “comprar” la sociedad, mediante un acuerdo previo con los acreedores¹⁷”. En definitiva, se trata de un instituto que “permite el rescate de la unidad productiva y, a su vez, se impone un principio de equidad, en virtud del cual los titulares del capital social de la sociedad concursada (socios o accionistas) compartan el sacrificio común de los acreedores¹⁸”.

Así las cosas, cabe preguntarse cuáles serían las razones que hacen ponderar una alternativa no liquidativa –“tercera vía” – por sobre otro instituto que –a priori– tiene similares objetivos y que, además, se encuentra regulado expresamente en la legislación concursal. En el fallo “Sociedad Comercial del Plata S.A.”¹⁹ se consideró más adecuada la alternativa de la “tercera vía” que la de la apertura del procedimiento de salvataje en base a los siguientes argumentos:

La eliminación del actual empresario no se plantea en el caso concreto como la solución más razonable y/o necesaria. El salvataje supone la posibilidad de un “cambio de manos”²⁰, y ello no se justificaría atento que las denuncias de fraude fueron desestimadas –con resolución firme– tanto en sede comercial como en penal.

Se considera que sería sumamente grave si se tiene en cuenta el extenso período de tiempo transcurrido desde la apertura del concurso preventivo; lapso de tiempo durante el cual la concursada ha continuado con la actividad comercial en el marco del proceso concursal.

La concursada ha demostrado tener interés en el procedimiento y voluntad de mejorar la oferta y/o superar los obstáculos que impidieron la homologación del acuerdo concordatario.

Las concursadas forman parte de un grupo empresario que goza de trayectoria en el país y presumida experiencia como para afrontar esta coyuntura de reestructuración empresaria, si los acreedores acompañan con su voto favorable.

A modo de conclusión, se puede decir que es posible encontrar un punto de encuentro entre los argumentos desarrollados para ambos supuestos. En definitiva, la “tercera vía” supone entender que el concurso preventivo está orientado no sólo a la protección del derecho de crédito de los acreedores, sino también, a salvaguardar intereses de carácter colectivo. En los casos en los que no procede el salvataje, la “tercera vía” permite la continuidad de la actividad empresarial y la conservación de las fuentes de trabajo; y en los supuestos en los que sí correspondería la apertura del registro de oferentes, la “tercera vía” permite que el mismo empresario continúe al mando de la unidad de producción, situación que se considera ventajosa ya que se trata de un sujeto con experiencia en el rubro.

posibilidad de que se vea sustituida la persona del empresario por un tercero, hipótesis que no se da en la “tercera vía” donde ex-hipótesis es el mismo empresario (el titular de las acciones) quien continúa con la explotación”.

17 JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Ley de Concursos y Quiebras Comentada, Tomo I, pag. 342 y 343, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

18 RIVERA, Julio C. – VITOLLO, Daniel R. citado por: JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., Tomo I, pag. 341.

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

20 ESCUTI (h), Ignacio A. – JUNYENT BAS, Francisco, Instituciones de Derecho Concursal, pág. 353, Ed. Alveroni, Córdoba, 1997.

SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

1.- Acogimiento de las impugnaciones contra el acuerdo.- El típico caso tiene lugar cuando el juez resuelve las impugnaciones que se dedujeron en contra del acuerdo logrado por quienes se encuentran legitimado para ello y por las causales que prevé el Art. 52 de la L.C.Q. Si las impugnaciones son acogidas, el juez debería declarar la quiebra o dar trámite al procedimiento del Art. 48 de la L.C.Q. Este es uno de los supuestos en donde la “tercera vía” se nos presenta como una alternativa a la declaración de quiebra o salvataje. Ahora bien, es necesario efectuar algunas precisiones sobre este punto²¹. El Art. 50 de la L.C.Q. establece taxativamente las causales de impugnación del acuerdo. El error en el cómputo de la mayoría necesaria (inc. 1 del Art. 50 de la L.C.Q.) o falta de representación de acreedores que concurren a formar mayoría en las categorías (inc. 2 del Art. 50 de la L.C.Q.), configuran causales objetivas, esto es, no se requiere intencionalidad ni conocimiento de la circunstancia por parte del concursado. En cambio, la exageración fraudulenta del pasivo (inc. 3 de la L.C.Q.) y la ocultación o exageración fraudulenta del activo (inc. 4 de la L.C.Q.), son causales subjetivas porque exige una conducta fraudulenta. Por último, la inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo (inc. 5 del Art. 50 de la L.C.Q.), constituye una causal también de tipo objetivo y no requiere de elementos subjetivos. Entonces, es claro que “la tercera vía” no podría nunca proceder en aquellos casos en donde el juez hace lugar a la impugnación del acuerdo por causales subjetivas, ya que de otro modo, se estaría premiando la conducta fraudulenta del deudor.

2.- Rechazo de las impugnaciones contra el acuerdo. No homologación.- Otra posibilidad es que el juez rechace las impugnaciones deducidas contra el acuerdo logrado y, no obstante ello, no homologue el acuerdo por considerarlo abusivo o en fraude a la ley. Sólo cuando el acuerdo no se homologue porque se entienda que es abusivo, cabe la posibilidad de la “tercera vía”, pero no cuando se lo considere en fraude a la ley²².

3.- Acuerdo abusivo o fraudulento.- También puede suceder que no se interpongan impugnaciones y que el juez no homologue el acuerdo por entender que es abusivo o fraudulento. El juez tiene la facultad-deber de controlar el acuerdo desde un punto de vista formal y extrínseco, como así también, analizar la licitud de las cláusulas concordatarias²³. Dicha facultad-deber es totalmente independiente a la situación de si se han interpuesto impugnaciones en contra del acuerdo. La “tercera vía” sólo podría abrirse cuando el acuerdo no se homologue porque el juez lo considera abusivo.

4.- Resolución de existencia de acuerdo. Falta de conformidades legales.- Por último, cabe la posibilidad de que el juez en oportunidad de dictar la resolución de existencia de acuerdo –más

21 JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., Tomo I, pag. 370 y 371.

22 HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Tomo V, pág. 833, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2005. El autor se pronuncia en el siguiente sentido: “Comparándola con la anterior –supuesto de propuesta abusiva- la respuesta cambia radicalmente en el caso de propuesta en fraude a la ley, pues este vicio no es susceptible de grados. Consiguientemente, la propuesta de acuerdo fraudulenta no puede ser subsanada, procediendo directamente la quiebra, dado que un acuerdo en fraude a la ley directamente no es siquiera un acuerdo”.

23 ROUILLON, Adolfo A. N., ob. cit., pág. 155. Respecto de las facultades homologatorias del juez concursal, el autor citado refiere lo siguiente: “El juez debe, entonces, analizar formal y extrínsecamente el acuerdo a fin de controlar que estén cumplidas las formas sustanciales previstas en la ley para su negociación aprobación e instrumentación. También – por aplicación de las reglas del derecho común- tiene la implícita facultad de control de la licitud de las prestaciones convenidas, a fin de denegar la homologación a un acuerdo que contuviera prestaciones contrarias a derecho, al orden público, la moral o las buenas costumbres”.

precisamente, resolución que declara la obtención de las conformidades legales²⁴– del Art. 49 de la L.C.Q., advierta que no se han cumplido con las mayorías necesarias exigidas por el Art. 45 de la L.C.Q. En tal caso, salvo que la situación quede inmersa en la hipótesis del Art. 52, inc. 2, b) de la L.C.Q., la resolución que dicta el juez declara la quiebra del concursado o abre el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. (Art. 46 de la L.C.Q.). Este es otro de los supuestos en donde la “tercera vía” podría funcionar como una vía de escape a la declaración de quiebra o salvataje, permitiendo que el concursado –en un nuevo período de exclusividad– pueda negociar con los acreedores y obtener las mayorías requeridas para lograr el acuerdo preventivo.

5.- Concurso en caso de agrupamiento.- ¿Es viable la apertura de la “tercera vía” ante el fracaso del concurso en caso de agrupamiento? Antes que nada resulta necesario formular algunas precisiones. En aquellos casos en los que los integrantes del grupo económico realicen propuestas de acuerdo individuales²⁵, en lo que a la “tercera vía” respecta, no agrega ni quita nada la elección del instituto del concurso del conjunto económico. Pero si todos los integrantes del grupo optaren expresamente por tratar de manera unificada el pasivo²⁶, esto es, ofreciendo un acuerdo concordatario único para todos los acreedores del grupo económico, las consecuencias de la falta de conformidades exigidas por la ley para lograr el acuerdo son graves: acarrea la declaración de quiebra de todos los concursados, con la particularidad de que no necesariamente deben encontrarse todos ellos en estado cesación de pagos (Art. 66 de la L.C.Q.). Por otra parte, y esto de manera independiente a la formulación de una propuesta unificada o de propuestas individuales, se plantea el interrogante sobre la procedencia del salvataje del Art. 48 de la L.C.Q., atento que la ley nada dice al respecto. Sobre tal cuestión la respuesta de la doctrina mayoritaria ha sido favorable²⁷. Está claro que únicamente podrán acceder aquellos integrantes del grupo que se encuentren legitimados en los términos del primer párrafo del Art. 48 de la L.C.Q. Y es aquí donde se presenta –a nuestro modo de ver– una problemática para el supuesto de tratamiento unificado del pasivo del agrupamiento. Concretamente, cuando el conjunto económico esté integrado por sujetos susceptibles de salvataje y por sujetos no legitimados para ello, la declaración de quiebra afectaría sólo a estos últimos. Pero además del trato diferenciado que supondría declararle la quiebra a algunos y permitir una “segunda vuelta concursal” para otros, se da el agravante que quienes no pueden acceder al salvataje, como ser las personas físicas y sociedades de personas, son de algún modo –al menos prima facie– los integrantes más débiles de los grupo económicos.

En definitiva, lo que pretendemos poner de resalto es la utilidad que la alternativa de la “tercera vía” puede llegar a presentar frente a esta problemática que planteamos, permitiendo que el grupo económico logre arribar a un acuerdo preventivo unitario tal como se lo habían propuesto.

6.- Acuerdo preventivo extrajudicial.- ¿Podría el juez abrir la “tercera vía” en el supuesto de acuerdo preventivo extrajudicial? Cuando el juez decide no homologar el acuerdo obtenido extrajudicialmente –sea porque no se han cumplido con los recaudos de forma y presentación, sea porque mediaran oposiciones pendientes de resolución, sea porque el contenido del acuerdo

24 JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., Tomo I, pág. 367.

25 BERGEL, Salvador D. – PAOLANTONIO, Martín E., Concurso en caso de agrupamiento, RDPC, Nº 10, (Concursos y Quiebras I), pág. 249.

26 BERGEL, Salvador D. – PAOLANTONIO, Martín E., art. cit., pág. 250.

27 HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Tomo II, pág. 482, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999; JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., Tomo I, pag. 450; RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Tomo I, pág. 360, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

resulta abusivo, fraudulento, contrario a la moral, las buenas costumbres, el orden público, etc.²⁸-, tal decisión, no trae aparejada la declaración de quiebra o el inicio del procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q., como sí sucede en el caso del acuerdo preventivo judicial. Por lo tanto, mal podríamos hablar de la aplicación de una “tercera vía”. Eventualmente, si el juez concediera un plazo para remover los obstáculos que impidieron la homologación del acuerdo, estaríamos en presencia de algo parecido pero no de una “tercera vía”.

7.- Supuestos especiales del Art. 48 de la L.C.Q.- ¿Qué hay de la “tercera vía” cuando se abre el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. y el mismo fracasa? En realidad, aquí no se trataría precisamente de un supuesto de “tercera vía” porque ésta se configura en una instancia procesal anterior. Pero llegado el caso del fracaso del salvataje –sea porque no se inscribieron interesados en el registro de oferentes, sea porque el deudor o un tercero no lograron el acuerdo con los acreedores, sea porque el juez no homologó el acuerdo obtenido por el deudor o un tercero–, cabe preguntarse si existe una última alternativa no liquidativa. Hay que tener en cuenta que el deudor tuvo ya dos oportunidades para lograr un concordato con sus acreedores y fracasó en ambas ocasiones, por lo tanto, difícilmente pueda en un tercer período de negociación revertir esa situación.

8.- Nulidad del acuerdo preventivo.- ¿Es posible la aplicación de la “tercera vía” para evitar la quiebra de la concursada cuando se decreta la nulidad del acuerdo preventivo homologado? La respuesta es contundente y es por la negativa. El acuerdo preventivo es nulo cuando se ha empleado dolo para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo (Art. 60 de la L.C.Q.). De modo tal que, si se otorgara una “tercera vía”, vendría a ser algo así como un premio a la conducta ilícita del deudor.

9.- Incumplimiento del acuerdo preventivo.- ¿Podría abrirse una “tercera vía” en caso de incumplimiento o imposibilidad de cumplir el acuerdo preventivo? En estos supuestos no estamos ante una “tercera vía” porque el acuerdo ya ha sido homologado. Si correspondiese otorgar una nueva oportunidad para cumplir el acuerdo preventivo en tiempo y forma, es una pregunta que excede la temática de la “tercera vía”.

POSTURAS DOCTRINARIAS

Tal como lo hemos reseñado supra, la “tercera vía” tiene origen en la jurisprudencia. Fue a partir de aquellos casos en que la doctrina comenzó a pronunciarse sobre la alternativa que venimos tratando. Como era de esperar, se escucharon voces a favor y en contra.

Un grupo de autores²⁹, entendieron que el juez carece de la facultad abrir una “tercera vía” a

28 MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Acuerdo preventivo extrajudicial, pág. 198 a 201, 327 a 330, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003.

29 GARGARUSO, Osvaldo, Ponencia XLVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, San Martín 27 y 28 de abril de 2006, citado por DASSO, Ariel A., La propuesta abusiva, la tercera vía o el color del cristal con que se mira. El mito del empresario inmortal. Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 2, pág. 29, Abril 2011.

RIVERA – ROITMAN – VÍTOLO, Ley de Concursos y Quiebras, Tomo II, pág. 383, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009. Los autores afirman lo siguiente: “La impugnación formulada debe ser tramitada y, si el juez la estima procedente, en la resolución que la acoja debe declarar la quiebra, si el acuerdo logrado obedece al deudor originario y no se trata de un caso en el cual pueda accederse al salvataje; igualmente ocurrirá cuando la impugnación acogida obedezca a una propuesta de acuerdo efectuada posteriormente bajo el régimen de salvataje. Si por el contrario el magistrado considera que la impugnación es improcedente, debe proceder a la homologación del acuerdo”.

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

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

1.- declarar la quiebra de la concursada;

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

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

De modo tal que, si el juez decide no homologar el acuerdo preventivo –sea porque estima procedentes las impugnaciones deducidas, sea porque encuentra algún obstáculo formal extrínseco, sea porque lo considera abusivo o en fraude a la ley–, debe declarar la quiebra o, si correspondiera, dar inicio al procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. Éstas son las únicas alternativas que emergen de la ley concursal. Cualquier otra posibilidad, aunque tenga propósitos loables, excedería el marco de atribuciones que la ley le ha conferido al magistrado³⁰.

Pero en otra postura doctrinaria –a nuestro entender mayoritaria– se enrolan aquellos autores³¹ que apoyaron las decisiones de la jurisprudencia que negaban la declaración de quiebra

ROUILLON, Adolfo A. N., ob. cit., pág. 153. El autor expresa: “La resolución que admite la impugnación declara la quiebra o, si correspondiera, abre el supuesto especial de salvataje regulado en el art. 48 de la L.C.Q., caso éste en que debe contener las distintas medidas señaladas en el art. 48, inc. 1, de la L.C.Q.”.

30 DI TULLIO, José A. – MACAGNO, Ariel A. G. – CHIAVASSA, Néstor E., Concursos y Quiebras, pág. 174, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002. Los autores se expresan en los siguientes términos: “Resulta necesario destacar que admitir la reivindicación de las potestades judiciales en orden a la homologación del acuerdo preventivo no puede llevarnos a la interpretación extrema de tolerar que el magistrado exceda su rol de custodio del orden jurídico, convirtiéndose en juez empresario y excluyente del deudor”.

31 HEREDIA, Pablo D., ob. cit., Tomo V, pág. 832 y 833. El autor se refiere sobre la tercera vía del siguiente modo: “Puesto que, en suma, el abuso del derecho es un concepto jurídico indeterminado, jurisprudencia y doctrina han abierto, mayoritariamente, el camino a la subsanación de la propuesta abusiva, concediéndole al deudor la posibilidad de reformularla dentro de un plazo que el tribunal fije. Compartimos plenamente esta solución. Es esencial advertir que la reformulación de la propuesta solamente corresponde al deudor, no pudiendo encararla el juez de oficio, pues excede su cometido funcional”.

JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Facultades del Juez Concursal, pág. 150 y 151, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004. Los autores se refieren del siguiente modo sobre la “tercera vía”: “De este modo, la regla estipulada en el art. 52, inc.1, L.C.Q., no es absoluta, en punto a que, en primer lugar, cuando el magistrado considera una propuesta única, debe –en principio– homologarla si el deudor acompañó las conformidades de ley en tiempo y forma. No obstante, “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, expresa lacónicamente el inc. 4 del art.52. Por el contrario, en dichos supuestos, el juez puede: a) Dar un plazo adicional al concursado para que éste reformule la propuesta. b) Abrir el procedimiento de salvataje, si correspondiera, y, en última instancia. c) Decretar la quiebra. De tal modo, la elaboración doctrinaria y jurisprudencial que da pie a las alternativas aludidas se funda en las circunstancias de que el abuso del derecho en un “estándar”, un concepto jurídico abierto que permite eliminar el eventual exceso mediante soluciones como las recibidas en la causa de “Pedro López e Hijos SACIFIA s/ concurso preventivo”.

GRISPO, Jorge Daniel, Las Facultades Homologatorias del Juez Concursal ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor?, ED 204-663. En dicho trabajo el autor concluye diciendo que: “La legislación concursal no debe ser considerada un sistema cerrado y aislado del resto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, frente a la posibilidad de decretar la quiebra, pensamos que el magistrado cuenta –si bien excepcionalmente y con fundamento en todo lo que venimos diciendo– con la posibilidad de: readecuar la propuesta abusiva o en fraude a la ley o bien, disponer un plazo adicional para que el deudor concursado reformule su propuesta. Como vemos, el “principio de conservación del acto” y “el principio de conservación de la empresa” priman por sobre los aspectos formalistas que sólo tienen en

o salvataje y concedían una oportunidad para que el deudor pudiera salvar el acuerdo concordatario saneando los obstáculos que impidieron su homologación. Como ya lo hemos desarrollado, los argumentos sobre los cuales se construye esta alternativa consisten en entender que la regla del Art. 51 de la L.C.Q. no es absoluta, que es armónico con el principio de conservación de los actos jurídicos, y que la “tercera vía” resulta coherente con los principios que informan el concurso preventivo y con el interés público que sobrevuela la legislación concursal.

LA CRÍTICA A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

En nuestro régimen de concursos y quiebras, el juez se encuentra por primera vez con la posibilidad de analizar los términos del acuerdo –en cuanto a sus aspectos formales y sustanciales– en la oportunidad en que tiene que decidir respecto de su homologación³². Nuestra ley no prevé la posibilidad de que aquellas circunstancias que pudieran obstaculizar la homologación del acuerdo, puedan ser advertidas y salvadas antes de que el juez deba resolver sobre la homologación del acuerdo concordatario. Sumado a ello, el magistrado se encuentra frente una propuesta de acuerdo que ha logrado reunir el voto favorable de los acreedores conforme a las mayorías que establece el Art. 45 de la L.C.Q.

Es interesante la propuesta³³ en torno a la utilización de las herramientas que la misma ley de

cuenta una parte –ínfima- del ordenamiento legal vigente [...] Cuando las propuestas resulten violatorias de nuestro ordenamiento concursal, será el juez quien enfrentará la decisión de: decretar la quiebra, abrir el procedimiento de salvataje –según corresponda-, readecuar los términos de la propuesta, dar un plazo adicional al concursado para que éste reformule la propuesta”.

RICHARD, Efraín Hugo, *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, pág. 86, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009. El autor acepta la “tercera vía” bajo una particular condición: “Nos permitimos recomendar que en el caso de propuestas con grandes quitas y esperas en concursos de sociedades que han operado durante largo tiempo en cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras generales, ante la presentación de una propuesta de acuerdo que presuntamente permita que la “empresa” mantenga su actividad, la misma sea homologada –sea porque obtuvo la mayoría requerido o en ejercicio de la potestad de imponerla en ciertos supuestos-, pero bajo la siguiente alternativa para que el sistema judicial no se vuelva cómplice de un abuso: a. ejerciendo la tercera vía, compense a los acreedores de la quita y espera con una participación en el capital de la sociedad, sea restándoselo a los socios en una reestructuración o a través de una capitalización de esas obligaciones, conforme prevé el art. 197 2º párrafo in fine de la ley de sociedades. b. [...]”

32 Juzg. Comercial Nº 12, Sec. 23, 28/2/2005, “Club Atlético Nueva Chicago Asociación Civil s/ concurso preventivo”. En este caso el magistrado señaló: “No desconoce el Suscripto que tanto la decisión que se le solicita como la veda que en forma expresa le impone el art. 52 en su inc. 4to. LC, por deficiencia en la técnica legislativa, aparece ubicada a la postre de la expresión de voluntad de los acuerdistas. Parece más razonable que la facultad-deber impuesta al Juzgador con límite en el abuso, pueda ser ejercida en oportunidad de recibirse la propuesta y antes de someterla al examen de los acreedores, quizá solo con audibilidad de la sindicatura para que se exprese fundadamente y conjugando con la opinión que le fuera requerida en oportunidad del art. 39 en su inc. 2do.del CPCC. Tal desubicación normativa se corrobora si consideramos que en la oportunidad en que se le solicita la opinión al Juzgador -sobre la condición de abusiva o no-, ya no lo es de la propuesta si no de la propuesta aceptada con suficiente mayoría por los acreedores, de modo tal que la misma ley indica y manda a hacer conocer que ya cuenta con acuerdo (art. 49 LC). De ello entonces se advierte que la calificación de abusiva se vería enfrentada al “voto” mayoritario, y debería sortear entonces el mismísimo interés de aquellos”.

33 PESQUINELLI, María Laura, “La llamada tercera vía”. Trabajo disponible en internet: link: http://www.cadjj.org.ar/doctrinas/Pasquinelli_Maria.pdf. “A través del análisis de los casos hemos podido confirmar nuestra hipótesis acerca de la naturaleza disfuncional de la tercera vía, que puede ser pensada como una intervención inoportuna del juez en el proceso y por lo tanto evitada mediante el ejercicio temporáneo de las facultades conferidas por el art. 274 LCQ. Si el juez puede intervenir en el acuerdo, modificar sus términos, y apartarse de la solución normativa, con fundamento en el ejercicio de sus facultades homologatorias, con el mismo argumento podría ejercer las facultades que conferidas por el art. 274 LCQ para arribar a un mejor resultado sin apartarse de la previsión legal

concursos prevé con la finalidad concretar el acuerdo concordatario y evitar que el juez tenga que abrir una “tercera vía” para evitar la quiebra o el salvataje de la concursada. El juez, en ejercicio de las facultades de impulso procesal y de iniciativa probatoria (Art. 274 de la L.C.Q.), puede disponer de medidas que tengan por finalidad el aporte de información y la generación de espacios de intermediación entre las partes, la sindicatura y el órgano jurisdiccional. De este modo, el magistrado tiene la oportunidad de inducir al concursado a que modifique algunos aspectos de la propuesta de acuerdo cuando advierta la existencia de algún vicio o impedimento que a posteriori sean obstáculo para su homologación. En este sentido, la audiencia informativa que establece el último penúltimo párrafo del Art. 45 de la L.C.Q., se presenta como una instancia propicia para que el juez haga conocer sus reparos sobre la propuesta de acuerdo.

En nuestra opinión, la utilización por parte del magistrado de las facultades de impulso procesal e iniciativa probatoria, resultan absolutamente compatibles con la utilización de la “tercera vía”. En ambos casos, se tiene por propósito la concreción de un acuerdo concordatario ajustado a estándares jurídicos mínimos. Pero también creemos que tales herramientas tienen un campo de aplicación diferente. Es posible que el tribunal ya tenga un criterio adoptado respecto de cierto tipo de cláusulas, categorías o condiciones en los acuerdos concordatarios, entonces, el concursado puede ser advertido por el órgano jurisdiccional sobre los óbices que tiene que superar el acuerdo para poder ser homologado. En otras ocasiones, sea porque se requiere de un análisis más profundo de los términos del acuerdo o porque el tribunal no tiene un criterio previamente adoptado, es recién en el momento de dictar la sentencia de homologación donde el magistrado puede hacer notar los obstáculos que impiden aquella.

UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LA “TERCERA VÍA”

Queda claro que la “tercera vía” persigue fines loables como son la conservación de la empresa, la preservación de las fuentes de trabajo, etc., no obstante ello, esta alternativa de origen pretoriano no se encuentra exenta de reparos.

Por un lado, se sostiene³⁴ que la generalización de la “tercera vía” ha hecho que el concursado formule la propuesta de acuerdo con sus acreedores con la expectativa de mejorarla en caso de no resultar homologada. El deudor no ofrece pagar el máximo dentro de sus posibilidades, sino que negocia con los acreedores con el único objetivo de lograr las mayorías necesarias que exige la ley concursal. Si logra que dicha propuesta sea homologada, será un gran éxito; y si no supera el filtro judicial, tendrá la posibilidad de mejorarla.

Por otro lado, se afirma³⁵ que la “tercera vía” irrumpe en el esquema de la ley concursal tornando casi inoperante el sistema de salvataje de la empresa con cambio de manos ideado por el legislador de la ley 24.522 y mantenido en el ámbito de la ley 25.589. La “tercera vía” funciona temporalmente antes del procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q. De este modo, lo esteriliza, ya que no se conocen casos en los que el concursado no pueda superar los obstáculos

vigente. Proponemos que el ejercicio tempestivo y responsable de las herramientas procesales, conducirá a identificar situaciones de abuso o fraude –invocadas para justificar la tercera vía- y arribar a soluciones acordes a la legislación vigente. De modo tal que proponemos utilizar las facultades para intensificar la intermediación y el aporte de información”.

34 MARTORELL, Ernesto E. (Director) - MORO, Carlos Emilio - D’ALESSANDRO, Fernando D. - VARELA, Fernando - CIMINELLI, Juan Carlos - RIBERA, Carlos Enrique - VITALE, Héctor Hugo (Autores), Ley de Concursos y Quiebras Comentada, Tomo II, pág. 370, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

35 DASSO, Ariel A., La propuesta abusiva, la tercera vía o el color del cristal con que se mira. El mito del empresario inmortal. Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 2, pág. 33, Abril 2011.

que impidieron la homologación del acuerdo y el juez se vea obligado a dar inicio al procedimiento de salvataje.

Por nuestra parte, creemos que ambas críticas se relativizan bastante si consideramos a la “tercera vía” como una alternativa que el juez puede disponer de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

NUESTRA OPINIÓN: LA “TERCERA VÍA” COMO FACULTAD DEL JUEZ CONCURSAL

1.- Aspectos generales.- La opinión sobre la procedencia de la “tercera vía”, se encuentra de algún modo condicionada a la perspectiva que tengamos respecto del concurso preventivo como mecanismo para solucionar la situación económica de la empresa en crisis. Si creemos que el concurso preventivo es un procedimiento al que acuden las empresas con la finalidad de licuar el pasivo que ha sido generado como consecuencia de la mala administración de sus negocios, y que además, lo hacen en forma tardía y sin haber adoptado las herramientas que otorga la ley de sociedades para dar una solución tempestiva a la crisis económica, seguramente entenderemos que ese “concurso negligente” no es merecedor de una oportunidad que le permita salvar el acuerdo concordatario porque, en tal caso, la “tercera vía” se convertiría en un premio al comportamiento deshonesto o, eventualmente, contrario a derecho. Ahora bien, si pensamos que ninguna empresa se beneficia con la presentación en concurso preventivo ya que es una situación que toma conocimiento público y conlleva una pérdida de posición en el mercado respecto de sus competidores, etc., tal vez tengamos una mirada más simpática sobre la alternativa que es objeto de nuestro análisis.

Creemos que en los hechos se presentan ambos tipos de situaciones y sería incorrecto realizar generalizaciones en base a casos particulares. Cada caso tiene sus propias características y ello debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de decidir.

Tal como la hemos definido, la “tercera vía” consiste esencialmente en una oportunidad. Y el derecho a acceder a una oportunidad, en general, pareciera ser que depende de merecimientos. Pero por otra parte, nos parece importante tener presente que el concursado no es el único sujeto que resulta beneficiado con el logro de un acuerdo concordatario. El mismo permite la preservación de las fuentes de trabajo con la posibilidad de que los acreedores pueden cobrar un monto real superior a lo que les correspondería en caso de quiebra, y además, muchos otros sectores resultan indirectamente perjudicados cuando una empresa desaparece. Y en caso de que otro sujeto adquiera la empresa como consecuencia del procedimiento de salvataje, también se formulan ciertos reparos que hacen preferir la continuidad del concursado a cargo de la empresa. En definitiva, aunque muchas veces el concursado no sea merecedor de la oportunidad que significa la “tercera vía”, será una decisión acertada cuando constituya un beneficio para los otros sujetos involucrados.

En nuestra opinión, el juez concursal tiene tres alternativas al momento de decidir respecto de la homologación del acuerdo preventivo –o eventualmente, en la oportunidad del Art. 49 de la L.C.Q.– : 1) homologar el acuerdo; 2) no homologar el acuerdo y declarar la quiebra o abrir el procedimiento de salvataje del Art. 48 de la L.C.Q.; 3) abrir la “tercera vía”.

2.- Las particularidades del caso.- No en todos los casos donde se decida no homologar el acuerdo, la solución adecuada es la “tercera vía”, sino que, son las particulares circunstancias del caso concreto las que configuran el elemento determinante para que el juez decida declarar la

quiebra o disponer la apertura del registro de oferentes para el salvataje, o abrir la “tercera vía”. En ciertas ocasiones, la quiebra o el salvataje se presentan como soluciones más convenientes que la “tercera vía”.

Pero cuáles son esas circunstancias que el juez debe ponderar a los fines de adoptar la mejor decisión para el caso concreto. Sin perjuicio de otras, a continuación mencionamos algunas de ellas:

La colaboración del concursado en el proceso concursal. La comparecencia voluntaria a la sede del tribunal cuando así los disponga el juez (Art. 274 de la L.C.Q.), la cooperación que haya prestado al brindar las explicaciones que le requiriera la sindicatura (Art. 275, inc. 3 de la L.C.Q.); la falta de comunicación o de autorización judicial para ausentarse del país (Art. 25 de la L.C.Q.); entre otras, son situaciones que califican el comportamiento del concursado durante el trámite judicial al que se halla sujeto.

La predisposición para modificar los términos del acuerdo. Hay casos en los que el concursado ya ha hecho presente en el expediente la intención de mejorar el acuerdo si ello fuera necesario para lograr su homologación. Parecería excesivo que el juez, conociendo la voluntad del deudor de mejorar su propuesta, no dé la posibilidad de modificar el acuerdo, aun cuando el acuerdo que no se quiere homologar ha recibido el voto favorable de los acreedores con las mayorías que el régimen concursal exige (Art. 45 y 67 de la L.C.Q.).

Las posibilidades de modificar los términos del acuerdo. Supongamos que el acuerdo es considerado abusivo porque no alcanza a cubrir una porción mínima razonable de la deuda originaria. En base a informes de la sindicatura o datos obtenidos de otras fuentes, el juez puede considerar que el concursado no tiene posibilidades de mejorar el acuerdo y cumplirlo. Es decir, cualquier mejora que el deudor realizare sobre el acuerdo lo tornaría de cumplimiento imposible.

La desestimación por decisión firme de las denuncias civiles y penales de fraude. Este tal vez sea uno de los aspectos más importantes y determinantes a tener en cuenta a la hora de analizar la procedencia de la “tercera vía”. En el fallo “Sociedad Comercial del Plata S.A.³⁶”, se destaca la importancia de que las denuncias de fraude fueran desestimadas por resolución firme tanto en sede penal como civil. De algún modo, este hecho demuestra que estamos ante un concursado “genuino”.

Las causas de la cesación de pago. No es lo mismo el caso de una empresa que se presenta en concurso como consecuencia de una crisis económica generalizada en la economía o de algún sector en particular de ella, que aquella empresa que es parte de una rama productiva que no ha mostrado señales de crisis y que la cesación de pagos es producto de la mala administración, error en la toma de decisiones, malas estrategias comerciales, etc. Recordemos que las causas del desequilibrio económico del deudor forman parte del contenido del informe general del síndico (Art. 39, inc. 1 de la L.C.Q.), no obstante ello, el juez puede tener una opinión diferente respecto de aquellas.

Las probabilidades de lograr un procedimiento de salvataje exitoso. Dado que el fracaso del salvataje acarrea la declaración de quiebra del concursado (Art. 48, inc. 2 y 8 de la L.C.Q.), resulta de interés analizar el grado de probabilidades de que dicho procedimiento concluya con éxito. Uno de los aspectos más importantes para que el salvataje pueda concretarse está dado por la

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

cantidad de sujetos interesados en participar en el mismo. Por ejemplo, si la concursada es una agroindustria ubicada en una región de producción agropecuaria, seguramente, no faltarán competidores que quieran adquirir esa empresa; pero si el concursado se dedica a una actividad muy específica, compleja o riesgosa, tal vez, sea conveniente abrir la “tercera vía” ante las grandes probabilidades de que fracase el salvataje y termine en la quiebra.

La posición actual de la concursada en el mercado. Teniendo en cuenta que es mucho el tiempo que transcurre desde que se presenta el deudor en concurso preventivo hasta que el juez dicta sentencia de homologación, corresponde analizar la posición que ocupa actualmente en el mercado la concursada, a los fines de decidir si resulta conveniente un “cambio de manos” o no. Puede ser que los esfuerzos de la concursada por superar la crisis económica esté viendo sus frutos y ello se refleje en el crecimiento de su actividad en el mercado, o por el contrario, que los resultados no sean los esperados. En este último caso, tal vez el “cambio de manos” se presente como una mejor alternativa y el juez opte por abrir el procedimiento de salvataje.

La entidad del obstáculo que impidió la homologación del acuerdo. Debido a que los acuerdos concordatarios pueden ser de muy diverso contenido (Art. 43 de la L.C.Q.), también son infinitos los motivos por los cuales puede ser considerado abusivo. No obstante ello, si bien para ser considerada abusiva una cláusula debe revestir cierta importancia, en algunos casos el vicio será más evidente que en otros. La gravedad del vicio tiene que ser tenida en cuenta sobre todo en relación a la posibilidad de salvarlo y poder cumplir con el acuerdo mejorado.

El tiempo transcurrido desde la presentación en concurso hasta la oportunidad de resolver sobre la homologación del acuerdo. Se considera que sería sumamente grave declarar la quiebra o dar inicio al salvataje si se tiene en cuenta el extenso período de tiempo transcurrido desde la apertura del concurso preventivo hasta que se resuelve la homologación; lapso de tiempo durante el cual la concursada ha continuado con la actividad comercial en el marco del proceso concursal.

3.- Consideraciones finales.- En primer término, es obvio que ninguna de las circunstancias descriptas resulta por sí sola determinante para que el juez resuelva en un sentido u otro, sino que, todas ellas deben ser ponderadas en conjunto y analizar de forma integral la situación fáctica.

En segundo término, nos parece sumamente necesario que el juez explicita en su sentencia el análisis que efectúa para adoptar cualquiera de las alternativas. En muchos fallos, luego de realizar el análisis relativo al abuso, directamente se dice que sería prudente otorgar una oportunidad al concursado para que salve el acuerdo concordatario. Pensamos que es imprescindible la argumentación en base a las circunstancias del caso concreto.

Por último, no creemos que la “tercera vía” sea una alternativa que el juez pueda echar mano sólo en casos excepcionales, sino que, su apertura corresponderá cuando las circunstancias del caso concreto así lo ameriten. Es decir, no pensamos que debamos estar ante un cuadro fáctico excepcional.

COMENTARIO FINAL

A modo de conclusión, podemos decir que si hay algo que queda en evidencia, es la falencia de nuestro régimen concursal para hacer frente a situaciones que axiológicamente reclaman una solución distinta. Fue la jurisprudencia quien tuvo que abrir paso a esta alternativa que se halla fuera del texto expreso de la ley con la finalidad de salvar el acuerdo concordatario.

Si bien se afirma que el objetivo principal de la actual Ley de Concursos y Quiebras es el salvataje o conservación de la empresa, la problemática de la “tercera vía” pone de resalto que algo no ha funcionado bien, o al menos, ha sido insuficiente el diseño del legislador en relación a aquel objetivo del instituto concordatario.

En tal contexto, y con la aspiración de contribuir a desentrañar las controversias generadas en torno a la “tercera vía”, dejamos planteada nuestra perspectiva sobre esta alternativa a la declaración de quiebra o salvataje.