

## **EN DEFENSA DEL APE**

**Por Julio César Rivera**

### **1. Los cuestionamientos al APE**

Algunos autores y decisiones judiciales han hecho severas observaciones al régimen del acuerdo preventivo extrajudicial.

Así, algunas sentencias – con una expresión poco común en el lenguaje judicial, se han preocupado en señalar las lagunas que exhibe la regulación legal <sup>1</sup>. Por su lado la Fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal ha propiciado la declaración de inconstitucionalidad <sup>2</sup>

Ante tales severos cuestionamientos, provenientes de tribunales y funcionarios altamente calificados, me parece conveniente hacer este breve comentario para “defender” al APE.

### **2. Origen del APE.**

#### **a) La crisis**

Todos los lectores saben que en la ley 22917 se incluyó el “acuerdo preconcursal” y en la ley 24522 se reglamentó el acuerdo preventivo extrajudicial; en ambos casos con escasísima repercusión práctica.

Pero llegó la crisis del año 2.002 con el abandono de la convertibilidad, la devaluación, el default de la deuda pública estatal y un incumplimiento generalizado de las obligaciones privadas. Con ello una catarata de leyes y decretos que pretendieron organizar el caos en que se vivía, con poco éxito por cierto.

#### **b) La ley 25563. Críticas que originó**

En orden a aliviar la situación de los deudores, se sancionó la ley 25.563. Entre las medidas que contenía, estaban la prolongación significativa de los plazos con que cuenta el deudor para obtener la aprobación del acuerdo preventivo, suspendió la ejecución de todas las garantías reales, extendió

---

<sup>1</sup> CNCom., A, in re Multicanal SA dice explícitamente que “...la regulación del APE deja al descubierto múltiples vacíos normativos...”

<sup>2</sup> Dictamen en la causa “Lalor S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial” de fecha 20 de noviembre de 2004.

los efectos del acuerdo preventivo a favor de los fiadores y garantes, y postergó hasta diciembre de 2003 la ejecución de garantías que permitieran tomar el control de la sociedad concursada; derogó – aparentemente de manera definitiva – el cramdown (o sea el procedimiento del artículo 48 de la ley de concursos). También suspendió los pedidos de quiebra por el plazo de 180 días.

El juicio de los profesores argentinos que la comentaron en las revistas especializadas fue lapidario. Y también lo fue el de los organismos multilaterales de crédito.

**c) La exigencias de los organismos multilaterales**

Esto se evidenció en que el Fondo Monetario Internacional sugiriera a la Argentina la derogación de la ley 25.563 (así como la denominada de subversión económica)

**d) Las previsiones sobre las empresas argentinas (en particular las endeudadas en divisas)**

Al mismo tiempo el Banco Mundial había elaborado un documento en el que preveía que *todas* las empresas argentinas, especialmente las endeudadas en divisas, estarían en situación de cesación de pagos a fines del 2002.

**e) La necesidad de encontrar un mecanismo facilitador de las negociaciones directas y con mínima injerencia judicial.**

En esas circunstancias el FMI y el Banco Mundial que venían estudiando los regímenes legales de recuperación de créditos en general y concursal en particular de todos los países, sugirieron una serie de reformas al derecho concursal argentino para facilitar a las empresas la renegociación de sus pasivos. La idea era que se implementara un procedimiento con la mínima injerencia judicial, inspirado en el London Approach y teniendo en consideración la experiencia que se había vivido en otros países en crisis sistémicas como la de Argentina. Inclusive en algún momento se propuso que el procedimiento fuese totalmente extrajudicial y que hubiese una entidad “administradora” del mismo que NO fuese judicial, sugiriéndose que esas entidades fuesen las bolsas de comercio.

**f) La difícil negociación con el FMI**

La negociación se desarrolló fundamentalmente con el FMI que, como se dijo, condicionaba un acuerdo que evitara el default con los organismos multilaterales, a la supresión o reforma de la ley 25563 y de la ley de subversión económica.

Eduardo Amadeo, quien estuvo a cargo de esta negociación la describe con absoluta fidelidad en su libro “La salida del abismo. Memoria política de la negociación entre Duhalde y el FMI”<sup>3</sup>. Las tratativas fueron estrictamente confidenciales (prácticamente no se podía consultar a nadie) y muy aceleradas; en pocos días había que tener un texto que satisficiera al FMI y pudiera someterse al Congreso. De allí que no haya mediado un tiempo necesario de reflexión ni una elemental ronda de consultas con especialistas y sectores involucrados.

**g) El resultado: la ley 25589. Características principales del APE**

**La instrucción era llegar a un acuerdo con el FMI sobre estas leyes, pero luego había que convencer a senadores y diputados nacionales que semanas antes habían votado la ley 25.563. Eso fue tarea del Ministro Lavagna y del Jefe de Gabinete (en un principio Capitanich, luego Atanasoff). El Dr. Juan Anich y quien esto escribe, tuvimos que presentar el proyecto ante la reunión conjunta de las comisiones de Presupuesto y de Legislación General de la Cámara de Diputados.**

Finalmente se llegó a un texto que fue sancionado como ley 25.589. Es conocido que ella restituyó el procedimiento del artículo 48, comúnmente denominado cramdown; estableció un régimen de voto de representantes colectivos, renovó el régimen de la homologación atribuyendo a los jueces la facultad de no aprobar las propuestas concordatarias abusivas o fraudulentas y de imponer en ciertos casos la propuesta a acreedores disidentes; y por último, en lo que constituyó la más trascendente innovación, se hizo un nuevo estatuto del acuerdo preventivo extrajudicial.

Este se estructura sobre la base de los siguientes puntos básicos:

- pueden intentar un acuerdo extrajudicial los deudores que pueden concursarse que se encuentren en estado de cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general;
- el acuerdo se puede integrar con conformidades sucesivas;
- el acuerdo puede ser sometido a homologación judicial; si no lo es, de todos modos es obligatorio para quienes lo han suscripto;

---

<sup>3</sup> Bs.AS., 2003, sobre la ley de concursos, páginas 177 a 184

- si se lo somete a homologación judicial, se exigen ciertos requisitos formales: debe contar con la aprobación de mayorías de acreedores que se computan sobre capital y personas (como en el acuerdo judicial), tiene ciertos efectos propios de la presentación (suspensión de acciones principalmente) y de ser homologado es obligatorio para todos los acreedores de causa anterior a la presentación;
- en este procedimiento NO hay sindico ni periodo informativo; se actúa sobre la base de la información suministrada por el deudor y los acreedores tienen un derecho de oposición restringido a ciertas causas enumeradas taxativamente por la ley.

**h) Conciencia de la provisoriedad de la regulación sancionada: Inmediato inicio de nuevas negociaciones. Un proyecto nonato**

La elaboración del proyecto y la sanción de la ley 25589 se hicieron mientras funcionaba en el seno del Ministerio de Justicia una comisión designada por el entonces Ministro Dr. Vanossi que tenía por misión preparar una reforma integral del régimen de concursos. Esa comisión comenzó preparando un proyecto de ley de quiebra transfronteriza sobre la base del la ley modelo UNCITRAL.

Producidos cambios de ministros y algunas renunciaciones a aquella comisión, esta quedó reducida a tres personas: Héctor Alegría, Juan Anich y el autor de estas líneas, y trabajamos en la esfera del Ministerio de Economía.

La idea era preparar un proyecto con tres capítulos:

- un procedimiento previo al pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial; en aquél momento se temía que algunos acreedores trataran de hostigar la celebración del *APE* con pedidos de quiebra o promoción de acciones judiciales. Entonces se pensaba que una posibilidad era que el deudor anunciara que estaba negociando un *APE* y con ello obtuviera una suspensión de acciones en su contra.
- reformas al *APE* para superar los evidentes vacíos que tenía la regulación aprobada en la ley 25589;
- un procedimiento de concursos para personas físicas o pequeños deudores.

Los dos últimos capítulos fueron totalmente elaborados y contaban con consenso entre aquéllos que habían sido consultados; el primero en cambio fue motivo de objeciones en particular por los representantes de la banca que temían dilaciones eternas.

Finalmente el proyecto nunca fue elevado a consideración del Presidente de la Nación para su posible elevación al Congreso de la Nación.

De modo pues que el *APE* quedó consolidado en la legislación con su estructura dada por la ley 25.589 pese a la conciencia que existía de sus deficiencias.

### **3. El estado actual del tema**

#### **a) utilización cada vez más frecuente del *APE*.**

El APE fue pensado como un mecanismo que facilitara la reestructuración extrajudicial de la deuda de las grandes compañías argentinas que por haber recurrido al mercado de capitales en el extranjero o a la financiación internacional, estaban endeudadas en divisas y veían “pesificados” gran parte de sus ingresos.

Pero lo cierto es que la legislación vigente no contiene limitación alguna y cualquier persona física o jurídica puede solicitar la homologación de un APE; es sabido que se discute si quien efectúe el pedido debe o no tener contabilidad regular o en su caso cómo acredita cuál es su pasivo y por ende sobre qué se computan las mayorías legales para obtener tal aprobación judicial.

#### **b) individualización de ciertos defectos de la regulación**

La labor de la doctrina y la práctica a lo largo de estos tres años de vigencia han permitido identificar algunos errores u omisiones de la reglamentación legal. Entre ellos mencionamos:

##### **(i) la libertad de contenido**

Una de las principales objeciones que se hace al APE es que se ha conservado el artículo 71 de la ley 24522 conforme al cual “las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente”.

Ya en nuestras “Instituciones” señalamos que esto es un error de la ley 25589 pues tal libertad de contenido se justificaba en el régimen anterior en que el acuerdo extrajudicial era un mero contrato que - homologado - era oponible a los no suscriptores aun en caso de quiebra del deudor que lo

había firmado. Pero en el régimen vigente, ha de entenderse que tal libertad de contenido solo vale si no se pretende la homologación. Para que el juez le de judicial homologación, el acuerdo debe consistir en una propuesta que satisfaga las exigencias del artículo 43 LC <sup>4</sup>.

**(ii) La información**

En general se objeta que el procedimiento se funde exclusivamente en la información que suministra el deudor y que no haya un mecanismo de contralor fiable sobre esa información.

Algunos fallos de jueces de 1<sup>a</sup>. Instancia en lo Comercial – claramente al margen de la ley - han ampliado el catálogo de información requerida al deudor; pero también en muchos casos los tribunales se han conformado con la sola anexión de los documentos enumerados por la ley.

**(iii) La intervención de los acreedores en el proceso**

Otro tema controvertido es la actuación de los acreedores, cuya participación es muy reducida. El catálogo de causales de impugnación al acuerdo es claramente taxativa; las observaciones por otras razones – por ejemplo la abusividad de la propuesta – valen como meras denuncias <sup>5</sup> que cualquier deudor puede hacer pero que no contribuyen a crear un proceso incidental en el cual se atribuya al acreedor la calidad de parte y por ende el derecho de ofrecer prueba y controlar la producida por el deudor que pide la homologación del *APE*.

Esta participación, sin duda mínima, salva la objeción de inconstitucionalidad por violación de la garantía del debido proceso, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte argentina se conforma con la satisfacción de recaudos mínimos de audiencia para tener por satisfecha esa garantía.

**(iv) La categorización**

La ley no prevé la categorización, pero a nuestro juicio el acuerdo preventivo extrajudicial admite categorías y alternativas dentro de ellas. La razonabilidad de la categorización será juzgada por el

---

<sup>4</sup> Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Concursal”, 2da. Ed., Santa Fe – Bs.As., 2003 cap. IX, n° 26 d), pág. 547

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, 1<sup>a</sup>. Instancia Comercial Capital Federal, *WRH Global Securities Pooled Trust c/ Cablevisión S.A. s/ medida cautelar*, 25/11/03.

tribunal interviniente al tiempo de homologar el acuerdo, constituyendo tal ponderación parte del juicio sobre la posible abusividad o fraudulencia del acuerdo (art. 52, inc. 4, LC) <sup>6</sup>.

**(v) Aplicación o no del artículo 45 bis**

En varios de los casos de APE de grandes empresas domiciliadas en Argentina, una parte significativa de la deuda a reestructurar estaba instrumentada en bonos, obligaciones negociales o análogos. Ello exigió determinar si el procedimiento del artículo 45 bis se aplica o no a los APE. En realidad el modo de obtener el consenso de los tomadores es un problema del deudor, pues debe hacerlo *antes* de la presentación del APE para su homologación, y aun sin saber si va a requerir o no tal homologación judicial, la cual incluso puede resultar innecesaria <sup>7</sup>. En general los tribunales han convocado a la asamblea de tenedores, pero ello no es un procedimiento excluyente <sup>8</sup>.

Otro problema es como se aplica el artículo 45 bis en orden al cómputo de las mayorías. La jurisprudencia se ha inclinado decididamente a que ese cómputo se haga sobre los presentes en la asamblea. Más allá de que ello puede responder a la letra del artículo 45 bis no es menos cierto que de ese modo se legitiman propuestas de reestructuraciones con la aprobación de acreedores que son una minoría con relación al total de la emisión. Por lo demás, en alguna asamblea de tenedores se pusieron requisitos que excedían los corrientes para dificultar el acceso de los acreedores <sup>9</sup>; y el tribunal interviniente no adoptó ninguna medida para evitar este exceso.

**(vi) El control de la abusividad de la propuesta o del fraude**

Hemos adelantado opinión en el sentido de que el artículo 52 de la ley de concursos se aplica al APE; por lo que el juez debe desestimar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial que aparezca abusivo o fraudulento <sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Rivera, ob. y lug. cit.

<sup>7</sup> Por ejemplo, si la unanimidad de los tomadores votan a favor del cambio de las condiciones de pago; o si el bono ya tuviese previsto que la modificación pudiera hacerse por determinadas mayorías y ellas se obtuviesen en la asamblea de tenedores.

<sup>8</sup> Dictamen del Fiscal de Cámara Comercial en “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo” de fecha 23/08/04..

<sup>9</sup> Véase, en este sentido, el dictamen del Fiscal de Cámara Comercial en “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo” de fecha 23/08/04.

<sup>10</sup> Apunto que esta conclusión no es contradictoria con nuestra concepción de que el APE NO es un subtipo concursal; es que las facultades de los jueces para evitar el abuso y el fraude existen más allá de la expresión explícita de la ley en cada caso concreto. Esto ya lo habíamos sostenido así en la primera edición de “Instituciones de Derecho Concursal” con relación a la homologación del acuerdo preventivo: v. la obra citada, Santa Fe – Bs.As., 1996, n° 5 en página 316. Además, la previsión del artículo 52 es aplicable al APE por la sencilla razón de que la regulación misma del APE prevé su homologación judicial, con lo cual permite aplicar las disposiciones sobre homologación del acuerdo preventivo.

El problema radica, como siempre, en determinar qué es abusivo y fraudulento, pues estos son standards que deben ser concretizados en cada caso.

La jurisprudencia no es muy ilustrativa. Es cierto que en algunos concursos preventivos ha declarado la abusividad de ciertas propuestas ridículas <sup>11</sup>, pero en los APE homologados no se advierte un control serio. Por lo demás, ciertas propuestas tienen un alto grado de sofisticación, han sido elaboradas con la participación de expertos en finanzas y los mejores abogados, y los jueces no cuentan con los elementos necesarios para saber si ellas son o no abusivas.

Además no se me escapa en la actual situación socio económica y el “ambiente” político imperante, será muy difícil que un tribunal judicial no homologue una propuesta de acuerdo de una empresa que ocupe mano de obra. En definitiva, es más fácil cargarle el sacrificio a los acreedores que a los trabajadores. Y ello está bien en línea con todo lo que ha pasado en el país desde el 2002: la pesificación y las demás medidas adoptadas han significado un gran traspaso de recursos del sector de los acreedores en beneficio del sector de los deudores.

Con lo cual el control de la abusividad se reducirá – si no lo está ya – a pocos casos en que se trate de empresas no muy relevantes y cuyas propuestas sean groseramente absurdas.

En definitiva, como lo decíamos hace años respecto de la ley 19551, los jueces terminan abdicando de su facultad de no homologar los concordatos, provengan de concursos preventivos o del procedimiento inicialmente extrajudicial, salvo casos escandalosos y pequeños.

**c) Una discusión no tan bizantina: es o no un subtipo concursal. Nuestra opinión**

Mucho se discute en la doctrina sobre la calidad o no subtipo o subespecie del concurso que tendría el APE <sup>12</sup>, lo cual no es meramente teórico. Si el APE es una subespecie o subtipo del procedimiento concursal como lo sostuvo algún pronunciamiento de la Cámara <sup>13</sup>, ello habilitaría al juez a aplicar supletoriamente las disposiciones de la ley en materia de concurso preventivo que le permitiesen salvar las omisiones o lagunas de la regulación.

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, CNCom, 31/8/04, Sala A, “Arcángel, Mario”, CNCom, Sala E, 19/5/05 “Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash S.A. s/ concurso preventivo”.

<sup>12</sup> V. el reciente aporte de Maffía, Osvaldo J., Urgente una aclaratoria, JA 2005-III-1393

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, CNCom, Sala D, 26/8/04, “Servicios y Calidad S.A. s/ Acuerdo preconcursal”.



Desde nuestro punto de vista el APE NO es un subtipo concursal, sino un contrato que se vuelve oponible a los acreedores que no han participado de él en razón de la específica previsión legal.

Y ratifica nuestra opinión la interpretación y aplicación que los jueces han hecho. Me refiero a que los tribunales de 1ª Instancia han aceptado que el APE comprenda sólo a ciertos acreedores y que respecto de los demás el deudor pueda seguir cumpliendo de acuerdo a las estipulaciones de cada contrato. En otras palabras, el deudor puede refinanciar “parte” de su pasivo, comprendiendo por lo tanto a “algunos” de sus acreedores, mientras que otros no sufrirán suspensión de pagos ni tendrán efecto alguno sobre sus acreencias y las facultades que de ellas emanan.

Es obvio que esto no es un concurso, pues en los concursos rige la universalidad: art. 1 de la ley 24522: “El concurso produce efecto sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”. Heredia explica con la claridad y precisión que lo caracterizan, que la universalidad tiene un aspecto objetivo, comprende todo el patrimonio activo y pasivo; y un aspecto subjetivo, lo que significa que cualquier proceso concursal se desenvuelve por definición en el interés de todos los acreedores, pues tiende a la satisfacción de cada uno de ellos sin exclusiones <sup>14</sup>

La cuestión tiene importancia con relación a la aplicación subsidiaria de normas del concurso preventivo al APE, que algunos tribunales de 1ª Instancia han hecho indiscriminadamente <sup>15</sup>. Desde nuestro punto de vista son aplicables las disposiciones del concurso preventivo (y de la ley de concursos en general) a las cuales remite la reglamentación del APE o corresponden a etapas del concurso preventivo que existen en el APE, por ejemplo la homologación ; las demás sólo serán aplicables en la medida en que se encuentren presentes las pautas que permiten la aplicación analógica de las normas (art. 16 del Código Civil).

#### **d) Algún activismo judicial**

Algunos tribunales de 1ª Instancia han tratado de superar las omisiones de la regulación APE mediante la exigencia de mayor información <sup>16</sup> o aun la designación de un síndico <sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Heredia, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, tomo I, comentario al art. 1, págs. 226/227

<sup>15</sup> v. Maffia, ob. cit., haciendo referencia a la resolución del Juez Favier Dubois en la causa “Servicios y Calidad SA”

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 9, Secretaría n° 17, 26/2/04, “Acindar Industria Argentina de Aceros S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial”.

<sup>17</sup> Cfr. Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 16, Secretaría n° 32, 18/5/04, “Modo Sociedad Anónima de Transporte Automotor”.

Es loable la intención de estos tribunales, pero lo cierto es que esa mayor exigencia no tiene fundamento legal. Cabe recordar que en el ámbito del concurso preventivo se ha resuelto siempre que los jueces no pueden imponer recaudos adicionales a los establecidos por la ley<sup>18</sup>. Y la designación del síndico es absolutamente ajena a la institución; justamente lo que se pretendió es que NO hubiera síndico. Es insuficiente para fundar la decisión judicial que dispuso la designación del síndico la existencia de facultades genéricas del tribunal para obtener o requerir información; es que el síndico es un funcionario u órgano del concurso de exclusiva fuente legal<sup>19</sup>.

De todos modos este activismo judicial demuestra como los tribunales han apreciado la existencia de lagunas en la regulación, aun cuando se trata de casos más bien aislados pues la mayor parte de los APE han sido sustanciados sin estas exigencias “suplementarias”.

#### **e) La confrontación directa: el achaque de inconstitucionalidad**

Otra reacción judicial, distinta y muy seria, ha sido la ya comentada atribución de inconstitucionalidad que planteara la Fiscal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa “Lalor”.

La propuesta de esa compañía categorizaba los acreedores en “acreedores quirografarios financieros y judiciales” y “acreedores corrientes”. A los primeros se les ofrecía dos alternativas: A) el pago del 30% de los créditos con más intereses hasta la fecha de corte, en un pago a realizarse el 30.12.04; B) el pago del 50% de los créditos, con intereses hasta la fecha del corte, mediante la entrega de Obligaciones Negociables, nominativas, intransferibles, con garantía común y en pesos, pagaderas en dos cuotas en 2008 y 2012; salvo que la deudora opte por convertirlas en acciones con derecho a un voto por acción, sin prima. A los acreedores corrientes se les ofreció el pago total conforme a sus títulos.

El primer cuestionamiento que hizo el Fiscal fue a esta categorización, carente de razonabilidad; y no cabe duda que le asiste razón al funcionario en esta observación. Que un crédito esté o no demandado judicialmente no predica absolutamente nada sobre su naturaleza, comercial, financiera

---

<sup>18</sup> Cfr. C. Civ. Y Com. Santa Fe, sala I, 7/3/95, Hase, Ismael E. S/ concurso preventivo (“la enumeración de los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de un pedido de formación de concurso preventivo es taxativa, o esa que fuera de los mencionados en las disposiciones legales no puede exigirse ningún otro tipo de recaudo formal...”).

<sup>19</sup> No vale la pena entrar aquí a hacer disquisiciones sobre la naturaleza de la “sindicatura concursal” que todos conocen.

o proveniente de una atribución de responsabilidad civil. Por ende, el criterio de agrupamiento era manifiestamente irrazonable.

Además el Fiscal atribuyó a esa categorización la finalidad de diluir los créditos en proceso judicial, máxime que por estar esos créditos controvertidos no constituyeron base de cómputo de las mayorías. Fue también muy justificada esta objeción del Ministerio Público el que concluye que la categorización es solo “una manipulación de mayorías destinada a solucionar el problema de los juicios pendientes”.

Y dice entonces: “Este proceder importa la violación de garantías y derechos constitucionales referidos a la propiedad, al debido proceso y la defensa en juicio...Si la ley concursal legitima esta clase de acuerdos como lo entendió la sentencia APElada, y esto halla base en el art. 71...técnicamente no cabe sino declarar la inconstitucionalidad de la norma.”.

Se advierte entonces que el achaque de inconstitucionalidad se supera con la no homologación fundada en el juicio de reproche a la categorización irrazonable. Sólo si se pretendiera justificar semejante latrocinio en el artículo 71, cabría atribuir a este la inconstitucionalidad, que entonces operaría como última salvaguardia de los derechos de propiedad conculcados.

#### **4. Cómo hacer para que el APE subsista: necesidad de encarar su reforma o su derogación. Las reformas necesarias para salvar el APE**

A pesar de las críticas a su formulación legal el APE se manifiesta como una institución eficaz y lo cierto es que ha sido usada por muchas empresas de envergadura para reestructurar sus obligaciones después de la crisis. Desde este punto de vista la pretensión del legislador aparece satisfecha.

Por ello parecería conveniente mantenerla y no ajusticiarla con la declaración de inconstitucionalidad. Tampoco es conveniente que sean los jueces individualmente y en cada caso quienes intenten suplir las omisiones de la reglamentación, pues esto – además de ser ajeno a nuestro sistema jurídico fundado en la legalidad – sume en la inseguridad.

De allí que para que subsista el APE y sea una institución eficaz que consiga el equilibrio entre los distintos agentes de una economía de mercado en una situación de insolvencia, como es el

paradigma de las soluciones concursales, es necesario modificar la legislación atendiendo a la experiencia de aplicación de estos años.

Justamente así lo dijo el Fiscal de Cámara en el citado caso Lalor: “...no significa despreciar el acierto de la incorporación de este instituto en oportunidad de declararse el estado de emergencia económica, productiva y crediticia...Basta señalar que los tribunales de comercio, ya entonces desbordados de causas, no hubieran podido asimilar todos los trámites concursales que se iniciaron para la reestructuración de la deuda privada...Mas, en mi parecer, urge mejorar y clarificar el mecanismo legal del acuerdo preventivo extrajudicial, pues, de la manera que quedó regulado, no es idóneo para garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los acreedores...”

En esta orientación estimo como el Fiscal de Cámara que urge mejorar la regulación del APE, aun cuando no compartamos la objeción constitucional, pues entendemos que el ejercicio de las atribuciones judiciales para evitar el fraude y el abuso restablecerían – al menos mínimamente – las garantías constitucionales. Es más, aun cuando hubiera un mecanismo legal más preciso, que sea fruto de la experiencia recogida en estos años, no se evitarían las maniobras si los tribunales no mejoran, afinan y consiguen una visión más sofisticada de lo que es una propuesta abusiva.

De todos modos, volviendo a la regulación del APE, propiciamos:

- se prevea explícitamente el APE de grupos y garantes;
- se elimine la referencia a la libertad de contenido y en su reemplazo se prevea que la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial puede prever categorías de acreedores debiendo tener cláusulas iguales para los acreedores que las integren, sin perjuicio de las alternativas que pueda contener en cada una de ellas
- que la propuesta contemple la designación de un comité de acreedores que tendrá las atribuciones previstas en el artículo 260 para el comité definitivo; y un régimen de administración y de limitación a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento.
- que se exija mayor información al deudor, entre otras la relativa a la composición de su estado de activo y pasivo, la razonabilidad de la propuesta de categorización;
- se aclare que desde el momento de la presentación del pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación, quedan suspendidos los pedidos de quiebra, los actos de ejecución forzada y la ejecución de medidas cautelares que importen el

- desapoderamiento de bienes afectados a la actividad del establecimiento del deudor que sean necesarios para su funcionamiento, siempre que el deudor acompaña con el pedido de homologación conformidades que representen la mayoría prevista en el artículo 73;
- se prevea expresamente que después de la presentación el deudor no puede realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación; pero el juez puede autorizar el pago a los acreedores respecto de cuyos créditos la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial prevea el pago total y en sus vencimientos ordinarios;
  - se disponga expresamente que es aplicable el artículo 45 bis;
  - en cuanto a las oposiciones de los acreedores, se amplíe el plazo para los el acreedor que se domicilia en el extranjero.
  - Se amplíen las causales de oposición, la que debería poder fundarse en: las omisiones o exageraciones del activo o pasivo, la irrazonabilidad de la categorización, la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73 o las causales previstas en el artículo 52, inciso 4;
  - Se limite la posibilidad del desistimiento del deudor, de modo que sea admisible sólo hasta la última publicación de edictos;
  - Se prevea que el rechazo, el desistimiento o la no homologación del acuerdo impiden que el deudor presente otro acuerdo preventivo extrajudicial, pero no impide al deudor solicitar la formación de su concurso preventivo, sin que le sea aplicable el período de inhibición establecido por el artículo 59;
  - Ha de establecerse que la inclusión en el acuerdo de créditos no denunciados por el deudor o no presentados a oposición, comprendidos dentro de las categorías de acreedores a quienes alcance el acuerdo, se debe efectuar por el procedimiento y con los efectos del artículo 56, con participación del deudor y del comité de acreedores;
  - Y que la novación prevista en el artículo 55 sólo ocurrirá -en la extensión prevista en ese artículo- en la medida que las prestaciones del acuerdo difieran en su naturaleza respecto de las anteriores de cada acreedor.

Estos son los aspectos que a nosotros nos parecen medulares y que exigen una intervención concreta y rápida del Congreso; a las que seguramente la doctrina nacional podrá agregar otros aspectos que pueden habérsenos escapado.

De este modo podremos convertir al APE en una herramienta útil y que a la vez confiera seguridades a los acreedores.

Pero, como decíamos más arriba, si los tribunales cierran los ojos y homologan cualquier acuerdo por más disparatada que sea la propuesta o legitiman prácticas de mala fe <sup>20</sup>, no sólo habrá fracasado el APE sino todo el sistema concursal pues volverá a ser un mero mecanismo para licuar las deudas y trasladar la pérdida de los deudores a los acreedores. Lo cual sin duda no contribuirá en absoluto a la tutela del crédito y demás valores que el sistema concursal debe perseguir.

---

<sup>20</sup> En este sentido no puedo sino expresar mi más frontal disidencia con la sentencia de la SCMendoza que ha aceptado la subrogación de un tercero en la posición de un acreedor para dar la conformidad al acuerdo que el acreedor original negaba. Y tampoco me parece razonable el criterio de muchos autores y tribunales que propician la exclusión de acreedores quirografarios del cómputo de las mayorías por ser “hostiles”; hemos señalado antes de ahora que el prius del concurso es que TODOS los acreedores puedan manifestarse libremente; y que sólo circunstancias excepcionalísimas pueden justificar que un acreedor quirografario independiente sea excluido del cómputo