La paradójica inmisión de la extraconcursalidad en el nuevo derecho concursal del Siglo XXI [1]

Ariel Angel Dasso

Sumario:

I. El giro a la extraconcursalidad
I.1.- Un modelo largamente superado

EUROPA

II. Alemania: La *InsolvenzOrdnung* vigente desde el 1º de enero de 1999

III. España: El Real Dec. Leg. 3/2009 de 27 de marzo
III.1. La reforma por Real Decreto Legislativo 3/ 2009.
III.2. El nuevo régimen preconcursal establecido por la L. 38/2011
III.3. La desjudicialización y "la administrativizacion"
III.4. Los acuerdos pre-concursales de refinanciación en la L. 38/2011
III. 5 Requisitos comunes a todo acuerdo pre concursal
III. 6 Acuerdos "generales" de refinanciación
III. 7 Acuerdos "particulares" de Refinanciación (con bancos y entidades financieras) con homologación judicial
a) Control de legalidad
b) Control de oportunidad
III. 8 Otros efectos de la homologación:
III. 9 Protección legal uniforme ("común") a los acuerdos "generales" y "particulares"
III. 10 Los efectos exclusivos de los acuerdos particulares con entidades financieras.
III. 11. Los acuerdos preconcursales particulares de "espera" y su efecto concursal vinculante
III. 12. La suspensión de las ejecuciones
III. 13. Las facultades de impugnación de los acreedores financieros disidentes y no participantes.

IV. Francia: La *Loi de Sauvegarde de 24 de julio de 2005*
IV. 1. *Loi de Sauvegarde Financière Accéléré (SFA)* de 22 de octubre de 2010

V. Italia: La Nuova Legge Fallimentare de 2005
V.1. Ley 212 / 2011: composición del sobreendeudamiento

VI. Portugal: El *Novo Código da Insolvência y da Recuperação de Empresas* Decreto Ley 53/2004 de 18 de marzo

VII. LATINOAMÉRICA

VIII.- Argentina: El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) en la Ley 24.522 de 1999 y su reforma según Ley 25.589 de 2002
VIII.1.- La reforma según Ley 25.589/ 2002 y Ley 26.086/ 2006

IX. Brasil: *La Recuperação Extrajudicial (el plan pre-conformado) en la ley 11.101 de 2005*
IX.1.- La oposición en sede judicial
IX. 2.- El efecto vinculante concursal
IX. 3.- Inexistencia de efecto suspensivo

X. Chile: Los "Acuerdos extrajudiciales" En la ley de quiebras 20.073 de 29 de noviembre de 2005

XI. Colombia: "*El régimen de Insolvencia Empresarial*" de la Ley 1.116 de 2006. El proyecto Sanguino Sanchez. El decreto 1730 de 15 de mayo de 2009
XI. 1.- La reorganización judicial
XI.2.- Mayorías
XI.3.- Gravitación de los acreedores internos

[1] Versión actualizada de "Derecho Concursal Comparado" ed. Legis, 2009, t. II, Capítulo XIV.

XI. 4.- El dinero fresco *(New Money)*
XI.5.- El Acuerdo Extrajudicial de Reorganización
XI. 6.- El reclamo doctrinario
XI. 7- La nueva vía extrajudicial: Dec. reglamentario n. 1730 del 15 de mayo de 2009
XI.7.1 Apertura anticipada de la validación judicial
XI.7.2.- La presentación para la validación judicial
XI.7.3.- Tratamiento integral del Pasivo
XI.7.4.- Suspensión sin atracción
XI. 7. 5.- Procedimiento de validación
XI. 7. 6.- Audiencia de validación
XI. 7. 7.- Efectos de la validación judicial del Acuerdo Extrajudicial
XI. 7. 8.- Notas relevantes

XII. México: El "Acuerdo Extrajudicial" o "Plan de Reestructura previo" de la Ley de 27 de diciembre de 2007

XIII. Uruguay: Acuerdo extrajudicial "Puramente Privado" o "Sometido a Homologación" en la ley 18.387 de 23 de octubre de 2008
XIII. 1.- El Acuerdo Puramente Privado (APP).
XIII.2.- Acuerdo Extrajudicial sometido a Homologación Judicial.

XIV.- Los dos sistemas: el europeo y el latinoamericano

XV.- A modo de colofón

La empresa es la médula del sistema económico y su preservación no admite límites en los costos. La gran crisis mundial a partir del estallido de la burbuja hipotecaria estadounidense en 2008, colocó en la primer línea del escenario jurídico al derecho concursal. Una primera apuesta en medida de necesidad y urgencia se expresó, no sin severas advertencias y observaciones a través de la apoyatura casi incondicionada por cifras inmensurables, por parte del poder estatal y de los organismos internacionales de financiación internacional y bancos centrales nacionales, a las grandes empresas. El salvataje de aquellas otras que en nivel de dimensión no alcanzan la trascendencia gravitante de las grandes empresas sigue reservado al derecho concursal, pero la magnitud y novedosos efectos de la crisis ponen en cuestionamiento la eficiencia del sistema. El *test* está ya en movimiento. La reestructuración de los pasivos ha encontrado en las modernas legislaciones nuevos instrumentos y entre ellos, paradójicamente, al conjuro de un imperativo dirigido a tratar jurídicamente la crisis en forma anticipada al incremento incontenible de su propia gravedad, todos los ordenamientos han institucionalizado una vía extrajudicial preventiva, que no obstante su origen meramente contractual, deviene concursal con su judicialización. Es imprescindible en orden a la evaluación de los resultados del nuevo orden concursal, amanecido con el nuevo siglo, una puntual información cuya atenta evaluación servirá para el mejor tratamiento de la crisis global.

I.
El giro a la extraconcursalidad

La llamada burbuja hipotecaria estadounidense estalló en forma abrupta con proyección inusitada sobre todo el mundo económico generando la crisis de los mercados cuya extensión e intensidad sólo admite parangón con la gran depresión de los años 30. La proyección económica más perceptible se refleja sobre las empresas, constituídas en verdadera médula de la dinámica negocial en el siglo XX y cuya expansión en el nuevo siglo presagiaba el cenit del "estado de bienestar". La riqueza se derramaría a raudales sobre la población a partir del incremente de la producción.

La dura realidad actual muestra, en cambio, a empresas con activos derrumbados, reducidos a la mínima expresión frente a pasivos ilevantables. El tradicional refugio del ordenamiento concursal constituye la materia de la reorganización de los pasivos, pero a la luz del Apocalipsis económico amenaza la duda sobre la eficiencia de aquellos instrumentos.

Paradójicamente el tradicional medio solutorio, que se encontraba focalizado en las legislaciones concursales eminentemente judiciales reclaman una apoyatura distinta, que parte de la privatización de la reorganización en forma tal que los instrumentos extrajudiciales constituyen su nuevo punto de partida con intensidades distintas en cada ordenamiento, pero en todos con un subyacente común denominador eminentemente privatista.

En este nuevo escenario es una característica constante la no exigibilidad del presupuesto material clásico significado por la insolvencia o la cesación de pagos desplazado por un simple criterio de previsibilidad o de mera intuición del propio deudor de que meras dificultades son susceptibles de llevarle a la consolidación de la todavía embrionaria insolvencia.

Los procedimientos de reorganización extrajudiciales son susceptibles de ser conceptuados como conductas negociales permitidas a la instancia del deudor quien con un criterio, mezcla de previsibilidad y predicción, considera que las dificultades de hoy, permanentes o transitorias, más o menos distantes aún de la cesación de pagos técnica, ya actuales o meramente previsibles ya reales o presumibles, justifican la puesta en marcha de un movimiento de reestructuración extrajudicial de pasivos en orden a recomponer la relación técnica y operativa que permita, anticipadamente a la consolidación del estado económico deficitario e irrecuperable, la adopción de las medidas sanatorias dirigidas al mantenimiento de la actividad y del empleo, constituídos en la estrella polar de una realidad económica que procura, a diferencia del ayer exultante "interés de los acreedores", la flotación con el salvataje. En orden a ese objetivo, el anticipo en el tratamiento de las dificultades significa afrontar la negociación con los acreedores cuando el deterioro no hubiere alcanzado grado tal de intensidad que torne infructuoso, por tardío el intento de recuperación.

La extrajudicialidad implica mayores posibilidades de solución de la crisis y reducción de costos: economía temporal y económica.

Anticipar la negociación cuando la crisis se adivina significa, desde el punto de vista económico, las mejores chances para obtener una reorganización liberada de las angustias de presiones insoportables con la que los acreedores más fuertes, y generalmente más intemperantes, agobian al deudor con exigencias de cancelaciones o en todo caso renovaciones cada vez más onerosas y, desde el punto de vista jurídico, el grave deterioro para la relación negocial significado por una recomposición de la relación obligatoria cuando, en apariencia, todavía el acreedor no detecta razones válidas que justifiquen el derecho del deudor a suspender los pagos.

Todos los ordenamientos concursales del siglo XX exponen como presupuesto material de la reorganización a través de procedimientos preventivos, o aún eventualmente solutorios dentro del procedimiento de quiebra la clásica e inexorable condición de la insolvencia como sinónimo de la cesación de pagos o incumplimiento.

Es patente que ello torna imposible la anticipación al propósito de la reestructuración de los pasivos, cualquiera fuere el contenido del intento, desde las meras quitas o esperas, hasta las refinanciaciones o reorganizaciones institucionales.

Los conceptos anteriores constituyen una realidad constatable y por ello sólo por excepción podrían admitir razonamientos contrarios.

Es un concepto clásico fuertemente arraigado en la doctrina y legislación concursal el de "universalidad y colectividad" del concurso significando la integridad del activo del deudor y la totalidad de sus acreedores, todo sometido al tradicional rigor de la "*par condicio creditorum*".

La severidad de tales principios se va evanesciendo en el derecho concursal del nuevo siglo y las reorganizaciones extrajudiciales admiten acuerdos meramente sectoriales ya fuere con el parcelamiento patrimonial, ya fuere con la categorización de los acreedores.

Los procedimientos extrajudiciales son de inicio meramente contractuales y no requieren igualdad de trato pero su judicialización sigue sometida al principio fundante de la regla mayoritaria en cuya virtud la proyección del efecto vincular de la reorganización extrajudicial a todos los acreedores requiere inexorablemente la bendición judicial, única fórmula validante del sometimiento obligatorio a los acreedores disidentes o ausentes respecto de una reorganización a cuyo contenido no prestan acuerdo.

La reestructuración de pasivos muestran en el derecho concursal de hoy una vía directa y otro derivada. La primera esta acogida en la mayoría de los nuevos ordenamientos plasmados en las recientes reformas concursales como "concurso extrajudicial", denominación esta que no refleja ciertamente el arquetipo de la cosa, al decir borgiano, porque el efecto vinculante (*erga omnes*) a la colectividad de acreedores, que es típico del concurso, y resultará exclusivamente derivada de la judicialización del procedimiento. Tal vez constituyan excepción a la regla, el Acuerdo Preconcursal de Renegociación llamado "*Puramente Privado*" de la ley de Uruguay de 2008, y el procedimiento llamado "*Conciliation"* de la *Loi de Sauvegarde* francesa de 2005.

I.1.- Un modelo largamente superado

Es una nota característica del derecho concursal del Siglo XXI el asentamiento incontestable de distintos institutos del derecho americano antes prácticamente ignorados en el derecho continental europeo.

El fenómeno también se advierte en Latinoamérica aún cuando en ambos continentes existen excepciones. La extraconcursalidad constituye una característica receptada en la mayoría de los ordenamientos, en gran parte como reflejo directo de la notoria proyección del sistema estadounidense.

Los *prepacks* constituían, al decir de Lorente, procedimientos prejudiciales negociados con los acreedores los que, una vez obtenidas las conformidades de las mayorías eran presentados para comenzar el proceso del Capitulo 11 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos, sometiéndose luego al procedimiento ordinario de este. Fácil es advertir entonces que estos acuerdos preconformados, procuraran también respetar las normas exigidas en el procedimiento ulteriormente judicializado, en especial la *par condicio creditorum* y todas aquellas otras normas que puntualmente exige el Chapter 11 para configurar, como condición de *confirmation* un plan justo y equitativo. Como fórmula supletoria justificante de la atenuación del rigor para la

homologación los planes preconformados requieren en la mayoría de las hipótesis, dictámenes o informes de especialistas que acrediten su verosimilitud y el cumplimiento de principios referidos al trato igualitario de los acreedores, que lo suscriben y la indemnidad de aquellos que no lo hacen.

Veremos luego que las legislaciones de avanzada tanto de Europa como de Latinoamérica, particularmente Francia en el viejo continente y Argentina, Brasil, Uruguay y México en América del Sur, superan largamente en amplitud y labilidad la extraconcursalidad del modelo estadounidense.

EUROPA

II.
Alemania: La *InsolvenzOrdnung* vigente desde el 1º de enero de 1999

El antecedente más relevante del mundo concursal de hoy en orden a la reestructuración oportuna, dirigida al "*timing*" del acuerdo con los acreedores debe focalizarse en la denominada "insolvencia inminente" del art. 18 de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994, vigente desde el 1º de enero de 1999. La "amenaza de insolvencia" constituye el presupuesto objetivo de apertura del procedimiento y se considera que existe cuando "*el deudor aprecia como "previsible" que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento"* esto es cuando estas se tornan exigibles.

Esta normativa desplaza el presupuesto objetivo o material de la reorganización significado por el incumplimiento en el sentido de cesación de pagos o insolvencia actual por la idea de la previsibilidad ante la imposibilidad de puntualidad en el pago concebida como una hipótesis de futuro respecto de cuya proximidad o lejanía algunas legislaciones, incluyen plazos en forma tal que la previsión y predicción del deudor debe ajustarse a límites temporales, que acotan su imaginación. Sin embargo, el precursor sentido anticipatorio de la InsO sólo tiene aplicación en sede judicial, porque no prevé el acuerdo extrajudicial.

III.
España: El Real Dec. Leg. 3/2009 de 27 de marzo [2]

[2] **DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Acuerdos de refinanciación. ***
1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.
2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:
   a. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

En la Primera Ley Concursal del Reino de España nro. 22 de 2003 no quedó configurado ningún instituto preventivo específico, consagrándose en cambio una opción inspirada en el derecho alemán focalizada en la anticipación en el momento de apertura del concurso judicial "voluntario", a *instancia exclusiva del deudor*, indicado como el único en condiciones de requerir tempranamente una vía concursal evitando el mayor deterioro que supone la consolidación de la crisis reflejada en el incumplimiento.

Sin embargo, la doctrina y aún observaciones de los jueces concursales pusieron énfasis en el déficit de la legislación hispana respecto de una fórmula extrajudicial, que a modo de los otros ordenamientos precursores permitiese la reorganización sin hacer menester el ingreso, siempre severo en cuanto a formas y costos, a la vía jurisdiccional.

En repuesta al reclamo doctrinario la más reciente de las reformas concursales, consagrada por el Decreto Ley 3 del Reino de España del 27 de marzo de 2009 entre sus importantes reformas a la primer ley concursal hispana, a sólo 6 años de su vigencia, incorpora como "Disposición Adicional Cuarta" un novedoso acuerdo extrajudicial denominado "Acuerdo de Refinanciación", cuyo nombre, excesivamente menguado, tampoco es arquetipo de la cosa, pues no sólo tienen por objeto el limitado a una mayor disponibilidad del crédito, como sugiere su título, sino que, consagra un verdadero acuerdo novatorio, porque más allá de la mera refinanciación, puede consistir en la modificación o sustitución de las obligaciones originarias, avanzando notoriamente sobre los acotados límites establecidos por la ley para los convenios anticipados u ordinarios.

El Acuerdo de Refinanciación hispano no requiere la *par conditio creditorum,* duro corset que en cambio pugna por mantenerse, en la reorganización judicial, tanto en el convenio ordinario como en el anticipado.

El efecto relevante del Acuerdo de Refinanciación (y de Sustitución de las Obligaciones) español es, de la misma manera que en el *"Accordo di*

---

b. Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

c. Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

* Disposición adicional cuarta incorporada Dec. Ley 3/ 2009 de 31 de marzo. de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Ristrutturazione dei debiti" de la moderna legislación concursal italiana, el bloqueo o inmutabilidad de sus cláusulas en caso de un concurso ulterior, ya que los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituídas en ejecución del acuerdo de refinanciación, salvo fraude no están sujetas a las acciones de recomposición patrimonial llamadas "rescisorias" en la ley 22/2003, configurándose así un estímulo a las entidades de crédito colocadas a cubierto de las temidas acciones de recomposición judicial.

Es pues un instituto de origen contractual que permite una reorganización facilitada al deudor en forma breve y aliviada de costos, posibilitando el acceso al crédito, de ordinario retaceado o aún extinguido ante la mera exteriorización de las dificultades económicas a través de garantías a favor del financista al que se asegura el tratamiento preferente en el caso de un concurso ulterior. Significa una forma adecuada de instrumentación del *New Money*, dinero fresco, tan difícil de obtener cuando la negra niebla de la escasez proyecta su sombra sobre los negocios y la actividad del deudor.

No obstante, la reforma española no tiene la suficiente convicción para rodear al instituto de garantías del sosiego en su negociación que proporciona la suspensión de las ejecuciones y medidas precautorias para aislarlo de las perturbaciones de los acreedores hostiles aunque fuere, por un breve período como lo establece la ley italiana.

El Acuerdo de Refinanciación de la ley española de 27 de marzo de 2009 debe ser formalizado por instrumento público por acreedores que representen el 60% del pasivo del deudor con lo que guarda analogía con el modelo itálico y además, como aquel requiere, la acreditación de expertos técnicos que confirmen el plan de viabilidad que debe estar dirigido a la continuidad de la actividad en el corto y mediano plazo.

III.1. La reforma por Real Decreto Legislativo 3/ 2009.

El Real Decreto Legislativo 3/ 2009 del 27 de marzo (en adelante DL 3/2009) rubricado como "Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal" aparece justificado ante la crítica evolución de la situación económica mundial.

La reforma concursal introducida incluyó un importante nuevo instituto denominado "Acuerdo de Refinanciación" destinado a cubrir la insuficiencia que tempranamente denunció la ley anterior respecto de la carencia de institutos preconcursales, pero incorpora además una serie de reformas, labilizadoras de la situación de las empresas endeudadas en orden a su acogimiento al "remedio concursal".

La reforma fue calificada por Emilio Beltrán, en uno de sus primeros comentarios como "inarmónica". Establece una serie de modificaciones destinadas todas ellas a dotar a la ley de una expresión que mejor abastezca las exigencias de la crisis económica global, sin que de todas maneras hubiere tenido la profundización suficiente para avanzar desprendiéndose de algunos

institutos de la ley anterior, retrógrados y de difícil justificación por su inadaptabilidad a las circunstancias del mundo negocial actual.

III.2. El nuevo régimen preconcursal establecido por la L. 38/2011

Como lo habíamos previsto en el Primer Congreso de Derecho Concursal Español en Madrid en 2005, agobiados por nuestra propia experiencia respecto de la insuficiencia de la ley concursal en la Argentina cuando la crisis económica alcanza sus límites extremos, la reforma de 2003 se reveló tempranamente disfuncional (empleando una expresión de Pulgar Ezquerra) y reclamó una necesaria adecuación para afrontar con mejores instrumentos los graves y urgentes desafíos de una inédita apocalipsis económica.

La respuesta aparece en la Ley 38/2011 (BOE de 11 de octubre de 2011) recién consagrada con la aprobación por parte de las Cortes Españolas de una importante reforma que viene a completar e integrar, el RDL 3/2009 titulado *"Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal*" que –dijimos *supra*- incorporó la "Disposición Adicional Cuarta", instrumentando el convenio pre-concursal contractual denominado *"Acuerdo de Refinanciación"* aludido en el Cap. precedente.

La doctrina que más prontamente comenta la mas reciente reforma, conceptúa que los acuerdos pre concursales denominados "Acuerdos de Refinanciación", procura profundizar y perfeccionar el sistema introducido por el RDL 3/2009 en la Disposición Adicional Décimo Cuarta y constituyen la estrella del nuevo modelo.

Así parece indicarlo el "Preámbulo", de la Ley 38/2011 que a modo de exposición de motivos precede al elenco de reformas recién incorporadas porque luego de los dos primeros capítulos introductorios, el capítulo III, destinado al comentario puntual de las reformas, apunta que la ley profundiza como "alternativas al concurso", a los denominados *institutos pre concursales,* ofreciendo una solución más ágil y económica. Destaca que asigna a la comunicación formal del deudor al juez que se están iniciando negociaciones con los acreedores, un temprano punto de partida que supone efectos paliativos de importancia de la crisis y pone énfasis en advertir que en virtud de la homologación judicial, los efectos de los acuerdos de espera, se extiende a los disidentes o no suscriptores.

Como parte del mismo capitulo III, el Preámbulo alude al llamado "privilegio del dinero nuevo", con lo que se advierte que, incorporado al tratamiento de la preconcursalidad, conforma un plexo legal que constituye la apuesta legal más notoria a manos del empresario frente a la crisis.

Si bien es cierto que los "Acuerdos (pre concursales) de Refinanciación" aparecen como el contenido mas relevante de la L. 38/2001 frente a la crisis económica en medida tal que se considera un elemento sucesivo en la proyectada recuperación por la comisión de Bruselas en el marco de los objetivos del Banco Mundial para España, se advierte que no se trata de una legislación de emergencia, lo que supondría precariedad y dilución en la

medida de la superación de la crisis global que se ha arrojado sobre España sino que por el contrario, como las otras reformas destinadas a la economía en los costos temporales y dinerarios en el procedimiento abreviado; la puesta en valor de los activos por vía de venta directa o la propuesta anticipada de convenio y la regulación de responsabilidad concursal de los administradores, están destinadas a perdurar.[3]

III.3. La desjudicialización y "la administrativizacion"

La doctrina española trata bajo el concepto de "Desjudicialización" a los institutos pre concursales que, como alternativas al concurso judicial, dirigidas a descongestionar a los tribunales y acotar costes, prevé una regulación preconcursal o extraconcursal de la insolvencia, actual y aún, de la "inminente".

El alcance de la llamada "desjudicialización" tiene aquí focalización en la distracción que el ámbito contractual o privado opera respecto del marco judicial estatal.

En cambio, en Latinoamérica la desjudicializacion, esta referida, en la literatura jurídica actual a una cuestión eminentemente procedimental de desplazamiento de la competencia judicial a la administrativa.

En Colombia[4] el desplazamiento de la competencia permite hablar del paso más avanzado de la *"administrativización"* del concurso. La Constitución política adjudica la competencia en materia concursal a la Secretaria de Sociedades[5]. También en México tiene rol protagónico un órgano administrativo el IFECOM (Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles) y en menor medida en Chile la Secretaría de Quiebras[6].

El sistema de Perú aparece dentro de este grupo entre los más definidos en tanto la Comisión de concursos del INDECOPI, o las Comisiones que este genere en convenios con distintos organismos autorizados y representativos de sectores mercantiles, asumen la dirección de los procedimientos, aún cuando sin la exclusión, del Poder Judicial, el que mantiene exclusividad para el procedimiento de quiebra, conceptuado como una fórmula casi de rito y meramente agonal.[7]

---

[3] **Pulgar Ezquerra**, **Juana "***Acuerdos de Refinanciación y escudos protectores en la Reforma de la Ley Concursal Española 22/2003",* Diario La Ley Nº 7731, 2011

[4] Como enseña **Reyes Villamizar, Francisco** "*Derecho Societario*", Temis, 2002, p. 408 la vertiente administrativa reconoce precedentes históricos y culturales que constituyen su mejor explicación y se me ocurre que en tal sentido tales parámetros son dirimentes no resultando conducentes en este caso los criterios comparativos teóricos.

[5] Ver Cap. Colombia, t. I, nº 2

[6] Ver Cap. Mexico, t. II, nº 16

III.4. Los acuerdos pre-concursales de refinanciación en la L. 38/2011

Los "Acuerdos Preconcursales de Refinanciación" plasmados la reciente reforma (L. 38/2011) tienen por característica natural el blindaje e inmutabilidad de sus efectos en caso de quiebra ulterior, cualquiera fuere el tipo o clase de acuerdo [a cuya clasificación aludimos *infra* como "generales" (con todos los acreedores) y "particulares" (con el 75% integrado por acreedores financieros)].

Se celebran por el deudor (empresario o no empresario), en insolvencia, actual o inminente, con todos sus acreedores (acuerdos generales) o con los acreedores financieros (acuerdos particulares) a condición de que se trate de un acuerdo *"conservativo"* estructurado sobre la base de un *plan convincente* respecto de la continuidad de la actividad descartando la liquidación, conceptuada así como el mal mayor a evitar.

El objeto material de los "Acuerdos de Refinanciación" está focalizado normativamente en el art 71.6 al que la ley 38/2011 traslada los principales contenidos que el RDL 3/2009 había instalado en la Disposición Adicional Cuarta: exige un contenido mínimo de carácter financiero (ampliación significativa del crédito disponible), lo que podría significar *quitas* en la cuantía de los créditos o *esperas* en los plazos de vencimiento en las obligaciones o bien sustitución de las obligaciones anteriores todo ello, en cuanto resulten sustentados en un *plan de viabilidad* en el corto y mediano plazo.

Los acuerdos de refinanciación tuvieron, según los dicho *supra,* en virtud de su regulación originada en el RDL 3/ 2003 un alcance insuficiente, por limitado, constreñido al ámbito rescisorio, perfilando dos categorías de acuerdos de refinanciación denominados "generales" y "particulares".

Sobre aquella regulación la Ley 38/2011 ha construido el nuevo sistema que expone requisitos comunes a los dos tipos de acuerdos esto es: los "generales", con todos los acreedores y "particulares" con los acreedores financieros. Algunos de sus efectos son comunes a las dos clases de acuerdos y otros son exclusivos a los "particulares" con acreedores financieros.

III. 5 Requisitos comunes a todo acuerdo pre concursal

En ambas clases de acuerdos se exigen: (i) mayorías: constituidas en los acuerdos generales por las 3/5 partes (60%) del pasivo total (art. 71.6.1º); en los acuerdos particulares de refinanciación el 75% del pasivo de titularidad de acreedores financieros (bancos y/o entidades financieras) (Disposición Adicional Cuarta,1); (ii) el informe favorable de experto independiente designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor (art. 71. 6. 2º y Disposición Adicional Cuarta. 2) (iii) la formalización en instrumento público (art. 71.6.3 y Disposición Adicional Cuarta).

[7] Ver Cap. Perú, t.II, p. nº 3

Los dos tipos de Acuerdos Preconcursales de Refinanciación –generales y particulares- muestran un grado distinto de desjudicialización como también distintas categorías de acreedores involucrados en los tipos de refinanciación, condiciones de publicidad diversa y también de sus efectos; (en todo caso más amplios en los acuerdos particulares en cuyo caso los acuerdos de espera son vinculantes para los disidentes en tanto en los llamados acuerdos generales, quedan limitados a los suscriptores).

III. 6 Acuerdos "generales" de refinanciación

En esta categoría de acuerdos el deudor negocia con "todos" sus acreedores (proveedores, suministradores, financieros, etc) y todos ellos conforman una base de cómputo en orden a la determinación de las 3/5 (60%) partes del pasivo y vincula exclusivamente a los suscriptores.

Aquí la "desjudicialización" alcanza su paroxismo porque no existe control judicial ni requiere la homologación (o confirmación) judicial, ni publicidad salvo la referida al experto independiente designado por el Registrador Mercantil.

Estos acuerdos se regulan bajo la primigenia normativa del ordenamiento común art. 1255 C. Civ. y concordantes y por su carácter eminentemente contractual no producen efectos vinculantes a los no suscriptores.

III. 7 Acuerdos "particulares" de Refinanciación (con bancos y entidades financieras) con homologación judicial

Están regulados en la Disposición Adicional Cuarta, originariamente introducida en la Ley Concursal por el RDL 3/2009 cuyo texto, si bien mantiene su contenido en cuanto a los requisitos de admisibilidad, ha sido modificado por la Ley 38/2011en forma sustancial en cuanto a sus efectos, ahora verdaderamente "concursales" por vía de la homologación judicial pero sólo cuando se trata de acuerdos de espera.

Están particularmente dirigidos a la reestructuración del pasivo financiero, ya que la homologación judicial requiere la conformidad al menos del 75% de los acreedores de dicha categoría

La homologación impone al juez un doble control:

a) Control de legalidad: Se impone el control judicial de verificar los requisitos de admisibilidad constatando que: (i) el 75% del pasivo que suscribe el acuerdo es efectivamente de naturaleza financiera (bancos o intermediarios financieros); (ii) el acuerdo se sustente en un plan de viabilidad que asegure la continuidad de la actividad, atestado por un experto independiente y (iii) elevado a escritura pública.

b) Control de oportunidad: El juez ejercita también un control de no discriminación (que Pulgar Ezquerra llama "de oportunidad") en orden a tutelar los derechos de los disidentes o no aceptantes, cuidando que el acuerdo *"no*

suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron".

III. 8 Otros efectos de la homologación:

La homologación judicial abre para el deudor un período de inhibición para requerir otro acuerdo por el plazo de un año.

Los obligados solidarios fiadores o avalistas no están alcanzados por el beneficio del acuerdo de refinanciación.

Los acuerdos particulares de refinanciación producen algunos efectos que son comunes a los acuerdos de refinanciación generales y otros exclusivos

III. 9 Protección legal uniforme ("común") a los acuerdos "generales" y "particulares"

El principal obstáculo para todo acuerdo pre concursal es la agresividad de acreedores disidentes o no participantes en las negociaciones preconcursales, que se concreten en la solicitud de concurso necesario, o en la iniciación de ejecuciones singulares formulados en el trámite de la negociación del acuerdo pre-concursal (general o particular) de refinanciación.

Este obstáculo se mostró patente durante la vigencia del sistema incorporado por el RDL 3/2009 y fue causa determinante de su inutilidad.

La reforma introducida por la ley 38 / 2011 sustituye el régimen establecido en el art. 5.3 según RDL 3/ 2009 estableciendo que la comunicación de negociación del acuerdo de refinanciación, (general o particular) -equiparada ahora a la de negociación de propuesta anticipada de convenio- que el deudor realiza al juez con competencia concursal- no se limita ahora sólo a los supuestos de insolvencia actual sino también a los de insolvencia **inminente** con lo cual amplia ostensiblemente el presupuesto objetivo posibilitando la aplicación del remedio pre concursal cuando todavía la crisis no se hubiere instalado con en el estado de insolvencia actual.

En el derecho anterior art. 15.2 conforme RDL 3/ 2009 el efecto de la comunicación del deudor del art. 5 aparecía limitado a la suspensión de la providencia a la solicitud del acreedor intemperante.

En virtud de la reforma, en cambio, es la solicitud de declaración de concurso que está vedada al acreedor mientras no transcurra el plazo de tres meses de la comunicación prevista en el art. 5 bis (art. 15.3, 1er. párrafo)).

Las solicitudes ulteriores formuladas por los acreedores se proveerán vencido el mes hábil siguiente sólo si el deudor no hubiere presentado su solicitud de concurso (art. 15.3. 2do. párra. *in capit*), deber del que está exceptuado si no se encontrase, al vencimiento de los plazos legales, en estado de insolvencia actual (reforma según Ley 38/2011: art. 5 bis *in fine*)

Si el deudor presentare tal solicitud su tratamiento tendrá prioridad a la de cualquier otra (art. 15.3. 2º parra. *in fine)*

La nueva regulación adquiere singular importancia por cuanto en el sistema de calificación de culpabilidad en el concurso por incumplimiento del deber de solicitarlo (art. 172), en el supuesto de que transcurridos los 6 meses el deudor decida requerir su concurso (voluntario), la comunicación al juez haciendo saber el inicio de la negociación extrajudicial del acuerdo de refinanciación asume el carácter de fecha de presentación de la solicitud de concurso lo que en la práctica impide al deudor el uso de la comunicación con fines puramente dilatorios, porque en sede de calificación concursal se evaluará, con retroacción a aquella comunicación, la medida en que aquella negociación hubiere contribuido en la generación o el agravamiento de insolvencia.

La protección respecto de las acciones de recomposición o rescisorias expuestas en la Disposición Adicional Cuarta del RDL 3/ 2009 están condicionados a que el Acuerdo de Refinanciación cumpla las condiciones impuesta en el art. 71.6 a saber: (i) se encuentre suscripto por la mayoría de acreedores representativos de las 3/5 tres quintas partes del pasivo, ii) evaluación favorable de experto designado por el Registrador Mercantil; iii) formalización en instrumento público.

La reforma L 38/2011 introduce también una regulación específica para el cómputo de mayorías y designación del experto en hipótesis de refinanciación de un grupo.

El blindaje rescisorio del acuerdo preconcursal establecido por la ley como regla queda aún reforzado cuando se trate de las situaciones *excepcionales* en que la L. 38/2011 autoriza la acción rescisoria, al quedar legitimado exclusivamente para las respectivas acciones la administración concursal excluyendo de tal derecho a los acreedores singulares (art. 72.1) según la modificación impuesta.

III. 10 Los efectos exclusivos de los acuerdos particulares con entidades financieras.

Según vimos *supra* los acuerdos "particulares" con entidades financieras están caracterizados por su judicialización. La presentación para su homologación corresponde, al deudor ante el juez competente para su concurso y este al momento de homologar deberá realizar el *control de legalidad*, verificando el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del art. 71. 6 LC y de *oportunidad*, en resguardo de los acreedores financieros disidentes u oponentes al acuerdo, constatando la inexistencia de un "*sacrificio desproporcionado*".[8]

[8] En la Argentina, la Ley de Emergencia 25.563/2002 dispuso la reestructuración de las deudas con el sector financiero estableciendo una relación de cambio 1$ = 1 U$S Tratándose de obligaciones entre particulares no vinculadas al sistema financiero, pactadas en moneda extranjera la ley estableció que las partes deberían negociar la reestructuración de sus obligaciones compartiendo de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio. De no mediar acuerdo entre partes la ley remite a los procedimientos de mediación

III. 11. Los acuerdos preconcursales particulares de "espera" y su efecto concursal vinculante

Los acuerdos particulares tienen también un efecto que es exclusivo de los mismos, a saber: la extensión del acuerdo de espera a los disidentes o no participantes. Este efecto, incorporado a una legislación tradicionalmente reacia a la propagación de los efectos de un acuerdo preconcursal a quienes no lo suscriban, significó también duras controversias preliminares. Es por ello que la reforma introducida por la Ley 38/2011 en el art. 71.6 determina la extensión de los efectos del acuerdo concluído con la mayoría de acreedores financieros (75%) también a los acreedores financieros disidentes u oponentes, en todo caso no suscriptores (pero sólo a los acreedores financieros) a condición de que sus créditos *no estén dotados de garantía real,* situación esta más que frecuente por lo que el efecto que nos ocupa tiene aquí también otra limitación a su realidad operativa. Estos acreedores están además legitimados para ejercitar la oposición a la homologación.

El sistema constituye un acercamiento a los "*schemes of arrangement*" del Reino Unido pero aparece muy lejos de esa meta. Aún así alcanza una medida que todavía no ha logrado en este aspecto el modelo italiano[9].

Aún con estas ostensibles limitaciones se supera el principio tradicional y arraigado de "relatividad de los contratos" del art. 1257 del Cod. Civ. español.

III. 12. La suspensión de las ejecuciones

El otro efecto del Acuerdo preconcursal "particular" es la paralización de las ejecuciones singulares superando así la deficiencia notoria que exhibe la originaria Disposición Adicional Cuarta en el RDL 3/2009. Opera solamente a solicitud del deudor, y también solamente respecto de los acreedores financieros. Tiene una extensión temporal limitada a *un mes* hasta la homologación del acuerdo y a partir de allí el juez podría extender la suspensión durante el plazo de ejecución pero no más allá de los tres años.

El plazo aparece exiguo pero la apuesta legal está dirigida a promover un activismo en la negociación en forma de que esta culmine prontamente.

Tengo para mi que la práctica demostrará la insuficiencia de plazo durante el período de negociación hasta la homologación.

---

vigente o a los tribunales competentes para dirimir las diferencias determinando que la parte deudora no puede suspender los pagos ni la acreedora negarse a recibirlos y facultando al Poder Ejecutivo para reglamentar las situaciones conflictivas aplicando el principio del esfuerzo compartido. Subyace aquí una idea de equidad que de alguna manera es la que es tenida en cuenta toda vez que como en el caso de la nueva legislación española se alude al sacrificio desproporcionado.

[9] **Fiale Aldo, "***Diritto Fallimentare"* ed. Simone, 2011, p. 267.

Tratándose del efecto suspensivo con el alcance temporal y subjetivo antes indicado, a diferencia de lo que acontece con el efecto de espera, la ley no impone la condición de que el acreedor financiero no se encuentre adunado de garantía real.

Se podría argumentar que tratándose de un requisito impuesto expresamente en orden al acuerdo de espera, habiéndose omitido cuando se trata de la suspensión de las ejecuciones, también se extendería a los acreedores con garantía real, más aún cuando los acreedores financieros como se dijo, están de ordinario dotados de dicha garantía por lo que la no aplicación de la paralización a estos significaría la inutilidad práctica del efecto de suspensión, que debe reputarse como esencial para el logro del acuerdo.

Sin embargo, el silencio del legislador no hace sino del revelar la poca, fuerza de sus convicciones en la materia, lo que en una ultima instancia diluirá la eficacia del sistema.

III. 13. Las facultades de impugnación de los acreedores financieros disidentes y no participantes.

Los acreedores financieros disidentes o no participantes en el acuerdo particular de refinanciación pueden impugnarlo por dos causales solamente: (i) respecto a la existencia del porcentaje que la ley impone como condición para la homologación (3/5 partes del pasivo financiero); (ii) a la valoración que el juez realizare de la "desproporción del sacrificio" exigido a los acreedores disidentes o no suscriptores del acuerdo.

Los efectos de la homologación no alcanzan en ningún caso a los obligados solidarios del deudor, fiadores o avalistas.

La doctrina considera que ha sido mejorada la inicial regulación, reputada insuficiente incorporada en el RDL 3/ 2009 sobre la base del modelo italiano, reducido en sus efectos al marco de las acciones rescisorias, pero todavía limitada en sus efectos.

Mejorará relativamente la operatividad práctica pero se reconoce muy distante del modelo avanzado de los "*schemes of arrangement*" ingleses.

También se reputa valioso el acompañamiento al plan de recuperación pre concursal del privilegio del *New Money* pero, añorando un mayor énfasis. En los acuerdos de refinanciación de entidades financieras, aparece significativo el efecto vinculante de los acuerdos de espera, aún cuando por lo dicho *supra,* su virtualidad también en este tema queda marcadamente diluída al imponer la condición de que se trate de créditos financieros no dotados de garantía real.

El efecto suspensivo de las ejecuciones singulares también esta devaluado por la determinación de un plazo demasiado exiguo, y por la carencia de determinación expresa en torno de su aplicación a los acreedores financieros con garantía real.

La reforma española demuestra la gran dificultad que en la mentalidad agobiada por la historia y la memoria, producen las invitaciones al cambio. Pareciera que los efectos de la crisis económica y de los mercados todavía no han golpeado la realidad de la empresa o bien que la inexistencia de cultura de la crisis diluye la reacción drástica, pero inevitable frente a la tragedia.

IV.
Francia: La *Loi de Sauvegarde de 24 de julio de 2005*

La novísima *Loi de Sauvegarde* de Francia de 24 de julio de 2005 incorpora los procedimientos de conciliación y salvamento (*Conciliation y Sauvegarde)* ninguno de los cuales requiere el presupuesto material de la cesación de pagos.

La reestructuración extrajudicial, tiene aquí un contenido de anticipación, sumamente preciso pues excluyen expresamente la existencia de cesación de pagos, aunque, como forma que reconoce el estimulo hacia la prevención extrajudicial en el nuevo sistema se permite el acogimiento a la *Conciliación* hasta 45 días de la cesación de pagos. La conciliación es eminentemente extrajudicial y se procura entre el deudor y sus "principales acreedores". Como nota común a los procedimientos extrajudiciales su instancia corresponde exclusivamente al deudor y la determinación del presupuesto material esta centrado en la *"dificultad jurídica, económica o financiera, real o previsible* (L. 601-4 *Code de Commerce)*

El conciliador, designado por el Presidente del Tribunal, en un período que no puede exceder de tres meses, susceptible de ampliación cuando su gestión es precedida por la designación judicial de un "mandatario ad hoc", debe gestionar el "*Accord de Conciliation*" llevando a la convicción de los *principales acreedores* la conveniencia de una reorganización razonable ante la amenaza de que, en caso de fracaso, el segundo procedimiento (*Sauvegarde*), la colocará en un marco de negociación con mayores exigencias para todos.

Tampoco la *Conciliation* tiene efecto suspensivo de las agresiones patrimoniales al deudor, pero el presidente del tribunal puede otorgar el plazo de gracia que establece el art. 1244 del Cod. Civ. que le permiten diferir el pago hasta dos años. Es peculiar del sistema, con respecto de procedimientos de reorganización comparados que *el acuerdo no es decidido por mayoría ni requiere trato igualitario* y consiste en plazos o remisiones parciales*.*

Los acreedores que convengan un nuevo aporte al deudor tienen el "privilegio de conciliación", que les asegura el cobro preferente en caso de un acuerdo concursal ulterior con lo que puede ver un antecedente del Acuerdo de Refinanciación español.

Como acontece regularmente los ordenamientos que prevén una faz extrajudicial contractual, los efectos concursales de los mismos quedan supeditados a la intervención judicial o judicialización de procedimiento, aún cuando con distintos matices, confirmando la versatilidad de sus soluciones, el

procedimiento *de Conciliation* ofrece dos formas de judicialización: la "constatación" y la "homologación".

La "mera constatación" procura la confidencialidad del acuerdo por lo que este no se publica ni es recurrible, vincula sólo a los firmantes.

La otra variante, es la homologación judicial para la cual el acuerdo debe cumplir tres condiciones: (i) inexistencia de insolvencia (ii) continuidad de la actividad e (iii) inexistencia de perjuicio respecto de los acreedores que no participen.

IV. 1. *Loi de Sauvegarde Financière Accéléré (SFA)* de 22 de octubre de 2010

Siguiendo las líneas de la preconcursalidad establecida en los módulos de las señales de alarma, conciliación y salvataje de la *Loi de Sauvegarde* del 24/7/2005, y aplicando las lecciones de los casos "Eurotúnel" en 2009, "Thomson" y Technicolor" 2009, el legislador francés, atento al menor eco del repicar de la campana en operaciones ha diseñado un plan de salvataje por vía de un procedimiento colectivo parcial de inicio prejudicial con una amplia mayoría de acreedores financieros, que ha constituido el espejo modélico de la ley española 38/2011.

Se trata de un instrumento calificado como híbrido o tangencial entre la conciliación y la *sauvegarde* que comprende solamente a los acreedores financieros. Significa un plan preconformado discutido y aceptado previamente a la apertura de un procedimiento de *sauvegarde* por los acreedores financieros en el marco de una instancia de prevención (mandato o conciliación) que elimina el laborioso y pesado cuan extenso "*periodé d' observation*".

Importa de inicio la ruptura del derecho de igualdad desde que solo se aplica a la categoría de acreedores financieros los cuales están integrados en el comité de acreedores de su misma categoría y dentro de la cual se expresa la voluntad mayoritaria fijada en los dos tercios de los presentes por sí o por representación, y con ello suficiente para vincular a los minoritarios oponentes o extraños.

Se alude a un procedimiento que disminuye el traumatismo económico, porque están excluidos los créditos salariales y fiscales significando con ello una primaria simplificación respecto de intereses siempre controversiales.

Es calificado como un instrumento atrayente dirigido a un número restringido de acreedores cuya influencia en el proyecto económico del deudor es siempre gravitante. El deudor elige a los acreedores afectados auxiliado por el conciliador o por el mandatario ad hoc, y en ello se ve una marcada similitud con la etapa extraconcursal de la Ley de Composición del Sobreendeudamiento italiana n. 212 / 2012, la que sin duda encontró aspectos modélicos en la SFA.

Están excluidos del sistema de la SFA, las deudas con proveedores de bienes o de servicios y constituye una nota distintiva que sólo los acreedores miembros del comité de establecimientos de crédito o de obligacionistas están alcanzados por el acuerdo.

El procedimiento es netamente extrajudicial en origen, y una vez obtenida las mayorías el deudor acompañado por el conciliador requerirán la judicialización que deberá culminar en un término inferior a los dos meses.

Constituye condición de la homologación el informe de favorable en cuanto a la factibilidad que debe adunar el conciliador.

La admisión u homologación del plan requiere el voto de los acreedores agrupados en el comité de establecimientos de crédito u obligacionistas.

La doctrina conceptúa que debieran lograrse que los créditos correspondientes a las administraciones fiscales y sociales también estuvieren alcanzadas por el procedimiento.

Un aspecto funcional esencial a la SFA, es la forma de expresión de voluntad focalizada con exclusividad en el comité de acreedores (en el caso sólo de establecimientos de crédito) por lo que siendo que este órgano sólo está previsto en aquellas empresas que cuenten por lo menos 150 asalariados y 20 millones de euros como cifras de negocios, el sistema queda reducido por un parámetro dimensional sólo a las empresas que tienen una relativa gravitación en el mercado por su capacidad de empleo y el negocio. La doctrina aspira a reformas que lo hagan accesible a deudores con actividad negocial o capacidad de empleo inferior a aquellos límites que dejan fuera a la pequeña y mediana empresa. [10]

V.
Italia: La Nuova Legge Fallimentare de 2005[11]

[10] **Pérochon, Françoise** "*Entreripeses en difficulté" nè éd, 2012* LGDJ en prensa. **Monteran, Thierry** Gazzette du palais, 16/10/2010, Droit des entreprises en difficulté p. 9, y "Pour améliorér le droit des entreprises en difficulté osons la réforme", Gazzette du procedures collectives, 2008/1, 24/01/2008, p. 3.

[11] **Artículo 182 *bis* . Acuerdos de reestructuración de deudas.** [1] *(Accordi di ristrutturazione dei debiti)*
1.- El deudor en estado de crisis puede demandar, depositando la documentación referida en el art. 161, la homologación de un acuerdo de reestructuración de deudas estipulados con los acreedores representantes de por lo menos el 60% de los créditos, juntamente con una relación redactada por un profesional en posición de los requisitos requeridos por el art. 67, tercer párrafo d sobre la factibilidad del acuerdo mismo, con particular referencia a su idoneidad para asegurar el regular pago de los acreedores extraños. *
2.- El acuerdo se publica en el registro de la empresa y adquiere eficacia desde el día de su publicación.*
3.- Desde la fecha de la publicación y por sesenta días los acreedores por título o causa anterior a tal fecha no pueden iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor.
4.- Se aplica el art. 168, segundo párrafo*

El nuevo sistema concursal italiano instaurado por Dec. Legs. n. 35/ 2005, e integrado con el Dec. Legs. denominado "correctivo" n. 169/2007 incorpora en el art. 182 *bis* los "Acuerdos de Reestructuración de deudas" (*Accordi di Ristrutturazione dei debiti)* que habilitan a un deudor en estado de crisis para negociar con parte de sus acreedores, en el caso representantes del 60% del pasivo, un acuerdo con contenidos económicos calificados por dictamen profesional como suficientes para asegurar el pago a la totalidad de los acreedores no conformes o no suscriptores del mismo, cuyos créditos deben permanecer indemnes.

El nuevo art. 182 *bis* expone un modelo muy conservador de acuerdo extrajudicial, que no sólo no obliga a los no contratantes sino que, como condición de vinculación a los suscriptores, exige asegurar a los "no conformes" el cumplimiento oportuno en las condiciones originarias, pues a ellos no puede extenderse el *Acordo di Ristrutturazione.*

El efecto fundamental del acuerdo extrajudicial consiste en la liberación a los acreedores contratantes de la amenaza de revocatorias concursales. Un nuevo blindaje a futuro. Pero aún para tal limitado efecto hace menester la homologación judicial.

Uno de los graves dilemas de las reorganizaciones extrajudiciales es la continuación o, contrariamente la suspensión de las agresiones patrimoniales durante el trámite del acuerdo, quedando claro que, en la medida en que la suspensión no acontezca, se diluyen las posibilidades de éxito porque los acreedores dispuestos a la negociación encontrarán un efecto disuasivo en el deterioro patrimonial que provoquen al deudor las agresiones de los acreedores intemperantes, un impacto disuasivo.

En este sentido no es entonces extraño advertir, en casi todos los ordenamientos la fórmula legal extrajudicial, revestida de un tinte netamente contractual la *inexistencia* del efecto suspensivo de las acciones patrimoniales –lo que no es sino consecuencia de su naturaleza contractual primigenia- para, luego en una segunda instancia, y advertido a la luz del inconveniente provocado por la omisión, consagrarla. Esta ruta de suplemento significa una notoria abdicación de los principios del dogma frente al imperio de la praxis.

5.- Dentro de los treinta días de la publicación los acreedores y todo otro interesado pueden deducir oposición. El tribunal, decide las oposiciones, procede a la homologación en cámara de consejo con decreto fundado. *

El decreto del tribunal es apelable ante la corte de apelaciones en el sentido del art. 183, en cuanto aplicable, dentro de los quince días de la fecha de publicación en el registro de la empresa.*

[1]Articulo incorporado por el D. Lgs. n. 35 de 14-3-2005: 2, c, 1. l), con modificaciones introducidas por la Ley 80 de 14-5-2005 denominada "*Disposiciones urgentes en el ámbito del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial*".

* Sustituido por el D. Lgs. n. 169 de 12-09-2007

Así ocurre también en la legislación italiana en la que el sistema originario no suspensivo de 2005, fue integrado por el Decreto Legislativo 169 de 2007 determinando que desde la fecha de publicación y por 60 días se suspende el trámite, y en su caso la iniciación, de las acciones ejecutivas y medidas cautelares.

V.1. Ley 212 / 2011: composición del sobreendeudamiento

La ley 212 del 22 de diciembre de 2011, denominada "*Disposiciones urgentes en materia de composición de la crisis de sobreendeudamiento*", partiendo de la "extraordinaria necesidad y urgencia de dictar en esta materia normas de composición" instaura un sistema híbrido de marcado tinte extrajudicial originario aunque con culminación judicial.

Se define al sobreendeudamiento como "perdurable desequilibrio entre el patrimonio liquidable y las obligaciones asumidas pero también comprende la definitiva incapacidad del deudor para cumplir regularmente sus obligaciones" (art . 1).

Su presupuesto subjetivo se focaliza en el consumidor definido según el código del consumo (Dec Leg. 206/2005) como sinónimo de usuario: "persona física que ejerce actividad extraña a la actividad empresaria (comercial, artesanal o profesional eventualmente desarrollada)".

La peculiaridad del sistema está en que el acuerdo con los acreedores es procurado por el deudor con el auxilio de los llamados organismos de composición de crisis de sobreendeudamiento, cuya designación y reglamentación de funcionamiento, independiente y profesional es delegado al Ministerio de Justicia, quien debe organizar un registro especial. Los órganos de mediación de la Cámara de Comercio, Industria , Artesanado y Agricultura y los organizados por los Colegios de Abogados, comercialistas, expertos contables y notarios son considerados inscriptos de pleno derecho a su sólo requerimiento (art. 10) .

El plan de *Accordo di ristrutturazioni dei debiti* es preparado por el deudor en colaboración con el órgano de composición (art. 2) y su contenido puede ser todo cuanto fuere legalmente previsible, hasta cesiones de créditos futuros, conservativo o liquidativo.

Si no existieren garantías suficientes para garantizar la factibilidad del plan requiere del acuerdo de un tercio de los acreedores a los efectos de su presentación a homologación. Las esperas no pueden superar el año y requieren en todo caso para su aprobación la consideración judicial de que el plan resulte idóneo en el sentido factible y no afecte a los titulares de créditos inembargables (art. 3).

La propuesta debe contener datos contables análogos a los del concurso preventivo, un inventario y balance de los tres últimos ejercicios o en su defecto extractos de cuenta bancarios; la enunciación de los actos de disposición

realizados en los últimos 5 años y la declaración de los réditos de los tres últimos años. Resulta fundamental el requisito del certificado de factibilidad y el elenco de gasto de sustento y de familia (art. 4).

En sede judicial se designa audiencia la que el Organismo de Composición publicita con el contenido de la propuesta. A instancia de parte procede la suspensión de las ejecuciones y cautelas singulares por 120 días salvo respecto de acreedores titulares de créditos inembargables (art. 5)

La homologación judicial requiere mayorías del 70% del pasivo y cuando se trate del consumidor sólo del 50%. (art. 6)

El organismo de composición comunica a los acreedores el contenido del plan y la existencia de las mayorías por vía de publicación a partir de la cual los disconformes pueden formular oposición dentro de los 10 días. El Organismo de Composición eleva al juez todo lo actuado (plan, mayorías y oposiciones) con certificación definitiva de la factibilidad del plan.

Al juez corresponde el control de legalidad (mayorías) y de factibilidad de modo que el plan asegure el cumplimiento de sus obligaciones frente a los acreedores externos al acuerdo y opositores.

La homologación implica la extensión de la suspensión de las ejecuciones singulares hasta un año; no importa novación ni libera a los acreedores solidarios, garantes, avalistas o fiadores (art. 7).

El Órgano asume la información y control del cumplimiento del acuerdo homologado es el mismo organismo de composición que intervino en la gestión (art. 8).

Se trata de un procedimiento híbrido que como la mayoría de los nuevos esquemas preconcursales tiene origen extrajudicial, apareciendo en este caso garantizados los terceros externos y opositores siguiendo entonces las grandes directrices introducidas en la Legge Fallimentare por el D. Legs. 35/2005 art. 182 bis para regular los antes referidos *"Accordi di Ristrittrurazioni dei Debiti"*.

VI.
Portugal: El *Novo Código da Insolvência y da Recuperação de Empresas* Decreto Ley 53/2004 de 18 de marzo

La República de Portugal también estableció un nuevo régimen de insolvencia por Decreto Ley 53 de 18 de marzo de 2004 al que denomina "*Código da insolvencia y da recuperação de empresas*" cuyo presupuesto objetivo sigue siendo la insolvencia definida como *"imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas"* (art. 3.1) y en el caso de personas colectivas o patrimonios autónomos *"cuando el pasivo sea manifiestamente superior al activo"* (art. 32.2). Pero también consagra la *insolvencia inminente* como presupuesto para la presentación voluntaria del deudor. Más que una relación cuantitativa del activo respecto del pasivo la inminencia de insolvencia, significa una alusión a

la imposibilidad financiera de pagar en forma puntual o regular, lo que significa aplicar un concepto análogo al de la ley española 22/2003, que constituye su modelo.

De todos los nuevos ordenamientos el de Portugal, juntamente con la nueva ley uruguaya, a la que aludimos luego, ambos inspirados en la orientación hispana, son los que en mayor medida diluyen el objetivo de la reestructuración y conservación de la actividad de la empresa, del que es paradigmático el modelo francés, y exaltan en cambio el procedimiento de reestructuración del pasivo como "proceso de ejecución universal que tiene como finalidad la liquidación del patrimonio de un deudor insolvente y la repartición del producto obtenido entre los acreedores…" aún cuando a la dureza del primer predicado agrega como alternativa *"…o la satisfacción de estos por la forma prevista en un plan de insolvencia que normalmente se base en la recuperación de la empresa comprendida en la masa insolvente*". Vale decir que el objetivo se procura por la liquidación y distribución y alternativamente por un plan de insolvencia.

La ambigüedad del texto sin embargo encuentra una explicación definitoria en el "Decreto introductivo" que a modo de exposición de motivos precede al Dec. Lgs. n. 53/2004, el que expone: "*abandonar la errónea idea afirmada en la ley anterior, en cuanto predicaba la prevalencia de la vía de recuperación de la empresa*", adoptando ahora al postulado que define como objetivo principal de todos los procedimientos "*la satisfacción por la forma más eficiente posible del derecho de los acreedores" .*

En el nuevo Código de Insolvencia portugués no se advierte la potenciación de instrumentos dirigidos a superar la voluntad de los acreedores a través de fórmulas que asignan la potestad de aprobación del plan de recuperación y la imposición a todos los acreedores, como el *cramdown power* de la *Bankruptcy Act (Secc. 1121)* o la disposición del § 245 de la *Insolvenzordnung* o los nuevos instrumentos previstos en el articulado de la ley italiana o en la ley argentina (art. 48 y 52.2.b).

Apenas un atisbo de facilitación de la solución se insinúa en la "*Exoneração do pasivo restante"* que a la manera de la "*discharge"* estadounidense reconoce solamente en la "insolvencia de personas singulares, no empresarios y titulares de pequeñas empresas".

La reorganización de los pasivos no aparece como la preocupación fundamental de la ley y se me ocurre que también el ordenamiento portugués prontamente procurará su "*aggiornamento"* en la misma forma que lo han hecho las recientes reformas introducidas en Alemania por ley para la estabilización del Mercado Financiero (*Finanzmarktstabilicierungsgesetz)* (FMStG) de 20 de octubre de 2008, la cual alivia a los administradores de la obligación de solicitar la apertura del concurso, al variar la calificación del concepto de sobreendeudamiento (*Uberschuldung*), definido antes como existente "*cuando el patrimonio no cubre las obligaciones contraídas"* y modificado ahora por la exclusión del concepto en "*aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, altamente*

probable" lo que implica subordinar el presupuesto material al objetivo del ordenamiento.

De esta manera la sola deficiencia del activo frente al pasivo, generada prácticamente en forma automática por la devaluación de activos en virtud de la caída de los mercados, no obliga a la reestructuración judicial concursal, porque el carácter imperativo del procedimiento cede toda vez que la continuidad de la empresa fuere "altamente probable".

•

VII.
LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica los procedimientos de Reestructuración Extrajudicial de pasivos también ofrece un panorama sumamente rico integrado por los nuevos ordenamientos concursales amanecidos en la primera década del nuevo siglo.

Es en el Cono Sur (Argentina, Brasil y Uruguay) donde los procedimientos de crisis concursales tienen una mayor aplicación. Ello coincide con la temprana aparición en el firmamento de la crisis de las primeras leyes concursales. En estos tres países en donde la cultura del concurso se refleja con el uso más intensivo de los distintos instrumentos legales y las respectivas leyes exhiben la regulación más amplia y los pasos más avanzados en materia de extrajudicialidad. Sin embargo, también recientemente México por ley del 27 de diciembre de 2007, incorporó a su moderna Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo de 2000, la fórmula extrajudicial añorada en el origen.

VIII.-
Argentina: El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) en la Ley 24.522 de 1999 y su reforma según Ley 25.589 de 2002

La incorporación de la vía extrajudicial se produjo en el ordenamiento argentino en 1983 bajo la denominación de "*Acuerdos Preconcursales*" en la Ley de Reformas Concursales 22.917 (art. 125- 1 y 125-2). Allí se incorporó en el sistema previgente un nuevo instituto que regula la celebración de acuerdos privados entre el deudor y todos o sólo parte de sus acreedores cuyo presupuesto material, además del clásico focalizado en la "*cesación de pagos",* aparece por primera vez extendido a las "*dificultades económicas o financieras de carácter general".*

El efecto jurídico típico es la validez de los actos realizados como consecuencia de dichos acuerdos en caso de quiebra ulterior cuando se demostrare que al momento de su celebración, sin acudir a ellos hubiere resultado imposible superar las dificultades o el estado de cesación de pagos.

El deudor puede convenir con los acreedores el sometimiento a la homologación judicial cuyo trámite podría permitir la incorporación de acreedores que no lo hubieran suscripto. Es hasta aquí un instituto puramente contractual, pero quizá el aspecto dogmáticamente más relevante fue que por esta vía el sistema introdujo por primera vez la existencia de un presupuesto

previo (dificultades) a la instalación de la cesación de pagos. De todas maneras el contenido del procedimiento y sus efectos concursales aparecen limitados al blindaje de los actos consecuentes al acuerdo homologado y sólo en cuanto fueren conducentes a superar la dificultad o el cese de pago.

La carencia del efecto suspensivo de las acciones individuales y del curso de intereses de las deudas, pueden focalizar los dos elementos cuya ausencia obstaron a su aplicación. La no exigencia de la *par conditio creditorum* configuró un avance importante en orden a la evanescencia, del tradicional principio luego consolidada en los ordenamientos actuales.

Fueron utilizados en forma limitada en acuerdos denominados "*clubes de bancos",* con los acreedores financieros.

•

La ley 24.522 de 1999 reformó el sistema anterior e introdujo la nueva normativa regulada en los arts. 69 a 76 bajo el nombre de "*Acuerdo Preventivo Extrajudicial"*

Debe imputarse esa circunstancia en primer término a la inseguridad de las partes (deudor y acreedores comprometidos en el período de la negociación) en el derecho anterior, por cuanto al no prever la suspensión de la agresión patrimonial al deudor por parte de los acreedores impacientes perturba todo tipo de posibilidad o avance con aquellos otros proclives a un acuerdo. No es posible negociar cuando otros traban medidas cautelares que atan al deudor y postergan los derechos de los acreedores a los interlocutores convocados extrajudicialmente. Por ello la nueva normativa otorga a la presentación del acuerdo para su homologación el efecto suspensivo de las acciones de contenido patrimonial.

El procedimiento está al alcance de cualquier persona física o jurídica y puede tratarse de un acuerdo que se mantenga en el ámbito privado o bien que sea presentado para ser homologado judicialmente.

En este caso es condición que el sujeto deudor lleve registración contable pues siempre es menester dictamen o certificación de contador con relación al estado del activo y pasivo actualizado, la lista de acreedores, codeudores, fiadores o terceros obligados y la constancia que no existen otros acreedores registrados; (art. 72). No es menester que tal contabilidad sea llevada de acuerdo a las exigencias por la ley pues la certificación del contador tiende precisamente a superar estas circunstancias.

Cuando se trate de acuerdo extrajudicial no homologado tienen el alcance del contrato vinculante entre las partes y "*res inter alios"* respecto de aquellos que no intervienen los que no pueden ser alcanzados por sus efectos.

En cambio, la homologación lo hace oponibles aún a aquellos acreedores que no hubieran intervenido en el procedimiento, cuya garantía están concretada en el sistema de "oposición" la que conforme a la Ley 24.522

(en esto no reformada) se limita a las puntuales causas de i) omisión o exageraciones del activo o pasivo; ii) inexistencia de las mayorías exigidas por la Ley (art. 73).

La homologación judicial requiere que la conformidad de los acreedores suscriptores del instrumento privado constituyan la misma mayoría que la del concurso preventivo judicial: mayoría absoluta de los acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo total quirografario y *privilegiado* (art. 73). Precisamente en la exigencia de una mayoría compuesta en una base de cómputos en la que también interviene estos últimos (privilegiados) focalizó la doctrina un obstáculo potenciador de las dificultades para la viabilidad del instituto (yo diría, excluyente de su aplicación) porque los acreedores privilegiados, tienen la protección de la acción que corresponde a la naturaleza de su crédito. Carecen de estímulos como para integrar un acuerdo plural. Su garantía lo desentiende de la suerte de los quirógrafos.

Según Ley 24.522 en su redacción primigenia los acreedores que no participen en el acuerdo homologado conservan sus acciones (art. 69) y, en caso de quiebra ulterior, sólo les son oponibles los actos otorgados en su consecuencia (art. 76); lo que no alcanzó a convertirlo en instrumento útil. Es el sistema de blindaje de actos idóneos para la reorganización

Es menester advertir que la falta de compaginación con las expectativas generadas con la fórmula impuestas por la Ley 24.522 de 1995 tiene por causa (i) fundamental la exigencia, en cuanto a la conceptuación del requisito para la homologación de una base de cómputo en orden a la conformación de las mayorías para solicitar la homologación judicial conformada por el total dos terceras partes del pasivo total esto es quirografarios y privilegiados, cuyo desinterés patente, por encontrarse a cubierto de las reglas del dividendo, se constituye en elemento impeditivo de la obtención de tal mayoría (art. 73); (ii) los efectos de la homologación, en caso de quiebra ulterior, respecto de los acreedores que no participan en el acuerdo, se mantienen limitados –como en el derecho anterior- a los actos que se otorguen en consecuencia del acuerdo; (iii) otra norma disvaliosa estaba significada por el momento de suspensión de las ejecuciones, focalizado en la mera presentación del pedido de homologación, susceptible de generar abusos del deudor por vía de meras presentaciones al sólo efecto de obtener la suspensión automática, sin propósito de reestructuración final.

VIII.1.- La reforma según Ley 25.589/ 2002 y Ley 26.086/ 2006

La nueva normativa de la Ley 25.589 de 2002 diluye las exigencias legales observables y constituidas en impeditivas del fácil acceso al sistema, para dar a las partes un marco de negociación expeditivo, económico y liberar a los tribunales sobrecargados en los procedimientos de crisis concursal, un alivio.

El objetivo se centra en pocas pero importantes modificaciones que pueden calificarse como positivas en sus objetivos aunque opinables en su contenido dogmático. Son las más trascendentes: (i) la formación de la mayoría tiene por base de cómputo exclusivamente el pasivo quirografario (art. 73); (ii) La

redacción originaria preveía la suspensión de las acciones al momento de la presentación del pedido de homologación cuya redacción fue adecuadamente reformada según ley 26.086 de 2006 que dispone que el efecto suspensivo se produce recién con la publicación de edictos que hacen saber la admisibilidad de procedimiento por haberse cumplimentado los requisitos legales. ; (iii) la homologación produce efectos típicamente concursales respecto de todos los acreedores (art. 75 y 76)
Estas modificaciones de suma importancia, elimina los motivos más seriamente frustrantes de estos acuerdos, e el derecho anterior pero no están exentas de severas críticas.

La legitimación para la oposición a la homologación que en el régimen de la Ley 24.522 (art. 74) estaba admitida a los acreedores "*no comprendidos en el acuerdo",* se extiende a los *"denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado de acreedores que debe presentar el deudor al momento de requerir la homologación".*

Se exige publicidad del pedido de homologación la presentación (art. 74) y el período de oposición se reduce de 15 a 10 días (art. 75).

Los efectos de la homologación que en el sistema de la Ley 24.522 se limitaban a la oponibilidad a los acreedores no firmantes, de los actos que se otorgaron en su consecuencia, (límite que se advierte tanto en el *Accordo de Ristrutturazione dei debiti*, de la nueva Ley italiana, como en el reciente *Acuerdo de Refinanciación* español de 27de marzo de 2009) tiene a partir de la ley 25.589 el alcance de la homologación del acuerdo preventivo judicial en cuanto a novación, nulidad e incumplimiento (art. 76) en las Secc. III (arts. 55 a 59); IV (arts. 60 a 62) y V (arts. 63 y 64) del Cap. V, Tit. II.

El nuevo sistema exhibe una superación de los impedimentos operativos existentes para la aplicación en el régimen de la Ley 24.522 aún cuando desde el punto de vista teórico o sistemático se ha puesto de relieve que en la nueva Ley se mezclan elementos heterogéneos incompatibles con la pureza de un ordenamiento adecuado extrajudicial.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial con las reformas introducidas en el marco de las denominadas *Leyes de Emergencia* de la crisis económica de los albores de 2002 constituyó el instrumento jurídico más eficiente que de la mano, especialmente de las grandes empresas, permitió su reorganización o la mera reformulación de sus pasivos.

Entre los muchos aspectos que lo configuran como un instrumento de suma elasticidad y facilitante para la obtención del fin perseguido deben remarcarse la posibilidad de su negociación privada con sólo una parte de los acreedores con libertad de contenidos y consecuente evanescencia de *par conditio* y la particular interpretación jurisprudencial en el sentido de admitir su ingreso a la vía judicial a instancias del deudor aun cuando no se hubieren obtenido las mayorías ordinarias *a priori,* posibilitando su obtención con la adhesión de los acreedores faltantes en el curso del procedimiento judicial, por cuya vía lateral se introduce en el sistema concursal argentino el presupuesto objetivo

focalizado en las *"dificultades económicas financieras de carácter general y permanente"* que habilitan al deudor el tratamiento de la reestructuración de pasivos en forma anticipada a la cesación de pagos.

En tal sentido debe remarcarse la diferencia con los procedimientos extrajudiciales en el derecho comparado, cuya incorporación al trámite judicial tiene en todos los casos condicionamiento a la obtención de conformidades previas prestadas por un determinado porcentaje de acreedores, en algunos casos demasiado alto.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial puede conceptuarse como el más exitoso de todos los instrumentos concursales a la mano del empresario en crisis desde los orígenes del ordenamiento en la Argentina y en el ancho mundo del derecho comparado.

IX.
Brasil: *La Recuperação Extrajudicial (el plan pre-conformado) en la ley 11.101 de 2005*[12]

[12] **Art. 161. Recuperación extrajudicial- Legitimidad** *[Recuperação extra-judicial – Legitimidade].*
El deudor que cumpliera con los requisitos del art. 48 de esta Ley, podrá proponer y negociar con los acreedores plan de recuperación extrajudicial.

§ 1º Excepciones [*Exceções].*No se aplicará lo dispuesto en el este Capítulo a titulares de créditos de naturaleza tributaria derivados de la legislación laboral o provenientes de accidentes de trabajo, ni a aquellos previstos en los art. 48 § 3º y 86, inciso II del primer párrafo de esta Ley.

§ 2º Casos no contemplados [*Casos não contemplados].*
El plan no podrá contemplar el pago anticipado de deudas ni el tratamiento desfavorable a los acreedores que no estén sujetos a aquél.

§ 3º Casos de imposibilidad de requerir la homologación *[Casos de impossibilidade de requerer a homologação]*. El deudor no podrá solicitar la homologación del plan extrajudicial se tuviera pendiente el pedido de recuperación judicial o si hubiera obtenido la recuperación judicial o la homologación de otro plan de recuperación extrajudicial en los últimos 2 (dos) años.

§ 4º El pedido de homologación no suspende derechos, acciones, ejecuciones *[Pedido de homologação não suspende direitos , ações , execuções]* El pedido de homologación del plan de recuperación extrajudicial no acarreará la suspensión de los derechos, acciones o ejecuciones, ni la imposibilidad del pedido de declaración de quiebra por los acreedores no sujetos al plan de recuperación extrajudicial.

§ 5º Imposibilidad de desistir del pedido [*Impossibilidade de desistir do pedido]* Luego de la procedencia del pedido de homologación, los acreedores no podrán desistir de la adhesión al plan, salvo con el consentimiento expreso de los demás signatarios.

§ 6º Sentencia de homologación [*Sentença de homologação].* La sentencia de homologación del plan de recuperación extrajudicial constituirá título ejecutivo judicial, en los términos del art. 584, inciso III del primer párrafo, de la Ley nº 5.869, de 11 de enero de 1973 – Código Procesal Civil.

Art. 162. Requisitos del plan – Firma de los acreedores[*Requisitos do plano- Assinatura dos credores].*
El deudor podrá solicitar la homologación en juicio del plan de recuperación extrajudicial, presentando el justificativo y el documento que contenga los términos y condiciones, con las firmas de los acreedores que a él hubieran adherido.

Art. 163. Recuperación extrajudicial [*Recuperação extra judicial impositiva].*
El deudor podrá también solicitar la homologación del plan de recuperación extrajudicial que obliga a todos los acreedores alcanzados por aquél, siempre que fuera firmado por los

acreedores que representen más de 3/5 (tres quintos) de todos los créditos de cada especie por él comprendidos.

§ 1º El plan podrá comprender la totalidad de una o más especies de créditos previstos en el art. 83, incisos II, IV, V, VI y VIII del primer párrafo de esta Ley o al grupo de acreedores de la misma naturaleza y sujetos a semejantes condiciones de pago; una vez que el plan es homologado obliga a todos los acreedores de las especies por él alcanzadas, exclusivamente en relación a los créditos constituidos hasta la fecha del pedido de homologación.

§ 2º No serán considerados para los fines de la verificación del porcentaje previsto en el primer párrafo de este artículo, los créditos no incluidos en el plan de recuperación extrajudicial, cuyos valores ni condiciones originales de pago podrán ser alterados.

§ 3º Para fines exclusivos de verificación del porcentaje previsto en el primer párrafo de este artículo:

I– El crédito en moneda extranjera será convertido para moneda nacional por el cambio vigente en la fecha anterior a la de la firma del plan, y

II– No serán computados los créditos retenidos por las personas relacionadas en el art. 43 de este artículo.

§ 4º En la enajenación del bien objeto de garantía real, la supresión de la garantía o su sustitución sólo será admitida mediante la aprobación expresa del acreedor titular de la respectiva garantía.

§ 5º En los créditos en moneda extranjera, la variación en el tipo de cambio podrá alterarse solamente si el acreedor titular del respectivo crédito aprueba expresamente una diferente prevista en el plan de recuperación judicial.

§ 6º Para la homologación del plan que trata este artículo, además de los documentos previstos en el primer párrafo del art. 162 de esta ley, el deudor deberá adjuntar:

I– La exposición de la situación patrimonial del deudor;

II– Los estados contables relativos al último ejercicio social y los elaborados especialmente para instruir el pedido, según la forma del inciso II del primer párrafo del art. 51 de esta Ley; y

III– Los documentos que comprueben los poderes de los suscriptores para novar o transigir, el listado de acreedores completo, con la indicación de la dirección de cada uno, la naturaleza, la clasificación y el valor actualizado del crédito, discriminando su origen, el régimen de los respectivos vencimientos y la indicación de los registros contables de cada transacción pendiente.

Art. 164. Edictos de convocatoria para la presentación de impugnaciones *[Edital de convocação para apresentação de impugnação].*

Una vez recibido el pedido de homologación del plan de recuperación extrajudicial previsto en los arts. 162 y 163 de esta Ley, el juez ordenará la publicación de edictos en el órgano oficial y en el diario de mayor circulación nacional o de las localidades de la sede o de las filiales del deudor, convocando a todos los acreedores del deudor para que presenten sus impugnaciones al plan de recuperación extrajudicial, observando el § 3º de este artículo.

> **§ 1º** En el plazo del edicto, el deudor deberá comprobar el envío de una carta a todos los acreedores sujetos al plan, domiciliados o con sede en el país, informando la procedencia del pedido, las condiciones del plan y el plazo para impugnarlo.
>
> **§ 2º** Los acreedores tendrán un plazo de 30 (treinta) días, contado desde la publicación de los edictos, para impugnar el plan, adjuntando la prueba de su crédito.
>
> **§ 3º** Para oponerse a la homologación del plan, los acreedores en su manifestación podrán alegar:
>
> > **I–** La falta de cumplimiento del porcentaje mínimo previsto en el primer párrafo del art. 163 de esta Ley;
> >
> > **II–** La práctica de cualquiera de los actos previstos en el inciso III del art. 94 o del art. 130 de esta Ley, o incumplimiento de algún requisito previsto en esta Ley;
> >
> > **III–** Incumplimiento de cualquier otra exigencia legal.
>
> **§ 4º** Una vez presentada la impugnación, se abrirá el plazo de 5 (cinco) días para que el deudor se expida sobre ella.
>
> **§ 5º** Transcurrido el plazo del § 4º de este artículo, los autos serán entregados al juez para que se expida sobre las eventuales impugnaciones y decidirá, en el plazo de 5 (cinco) días, acerca del plan de recuperación extrajudicial, homologándolo por sentencia si considera que no implica una práctica de los actos previstos en el art. 130 de esta Ley y que no existen otras irregularidades que indicarían su rechazo.

El nuevo ordenamiento concursal de Brasil instituido por ley 11.101 de 2005 se denomina "Recuperación Judicial y Extrajudicial del Empresario y de la Sociedad Empresaria" cuyo título revela la importancia que la vía extrajudicial otorga la nueva regulación

La forma extrajudicial de la reconstitución del pasivo empresario es más bien una modalidad contractual con introducción extrajudicial prevista bajo la denominación de "*Recuperação extrajudicial*" (art. 161 a 167).

Sin embargo el deudor, en tanto no se encontrare en trámite de Recuperación Judicial puede, cumpliendo los mismos requisitos necesarios para la presentación de un plan de Recuperación Judicial (previsto en el art. 48), presentarse ante el juez competente para entender en aquel, requiriendo la homologación del plan extrajudicial preconformado, en las siguientes condiciones:

1.- Debe ser conformado en cada clase o o categoría por acreedores que representen más del 60% de los créditos de la respectiva categoría alcanzada por el plan (art. 163 *in capit*).

2.- Sólo puede comprender la totalidad de los créditos agrupados en una o más de las siguientes categorías o clases legales, como están definidas en el art. 83: II, IV, V y VI esto es: (i) créditos con garantía real hasta el valor del bien; (ii) con privilegio especial; (iii) con privilegio general; (iv) quirografarios; (v) subordinados.

---

§ 6º Habiendo prueba de la simulación de créditos o vicio de representación de los acreedores que suscribieran el plan, la homologación será rechazada.

§ 7º La sentencia podrá ser apelada, pero no concedida en efecto suspensivo.

§ 8º En el caso de la negativa a homologar el plan, el deudor podrá, una vez cumplidas las formalidades, presentar un nuevo pedido de homologación del plan de recuperación extrajudicial.

Art. 165. Efectos del plan de recuperación extrajudicial homologado *[Efeitos do plano de recuperação extrajudicial só após sua homologação].*

El plan de recuperación extrajudicial produce efectos luego de su homologación judicial.

§ 1º Sin embargo, es lícito que el plan establezca que se produzcan efectos anteriores a la homologación, siempre que fuera exclusivamente en relación a la modificación del valor o a la forma de pago a los acreedores signatarios.

§ 2º En el caso del § 1º de este artículo, si el plan fuera posteriormente rechazado por el juez, se les devolverá a los acreedores signatarios el derecho de exigir sus créditos en las condiciones originales, deducidos los valores efectivamente abonados.

Art. 166. Enajenación de filiales – depende de autorización del juez [*Alienação de filiais-depende da autorização do juiz]*

Si el plan de recuperación extrajudicial homologado envolviera la enajenación judicial de filiales o de unidades productivas aisladas del deudor, el juez ordenará su realización, observando en lo que corresponda lo dispuesto en el art. 142 de esta Ley.

Art. 167. Formas alternativas de acuerdo privado *[Formas alternativas de acordo privado]*

Lo dispuesto en el este Capítulo no implica imposibilidad de realizar otras modalidades de acuerdo privado entre el deudor y sus acreedores.

3.- Los acreedores cuyos créditos no se encuentren incluidos en el plan mantienen los valores y condiciones de pago originarios (arts. 161 §§ 2 , 4 y 163)

4.- Debe establecer condiciones de pago "semejantes" entre los acreedores de cada una de las clases.

5.- No puede afectar: (i) a los acreedores laborales; (ii) a los que tengan causa en accidentes de trabajo (iii) a los acreedores fiscales (iv) por multas contractuales, pecuniarias, penales, y administrativas (art. 63 § 1º).

6.- A los fines de la determinación de los porcentajes (60% del pasivo en cada clase) no se computan los créditos no incluidos en el plan, cuyos valores y condiciones de pago originarios no pueden ser alterados (arts. 161 §§ 2 y 4 y 163). Tampoco se computan los créditos de personas relacionadas (arts. 163, §1 3º.II y 43)

7- Si el plan prevé la enajenación de un bien asiento de garantía real se requiere la aceptación del acreedor garantizado.
El "Plan Pre Conformado de Recuperación Extrajudicial" puede comprender en forma total los créditos de una o más de las siguientes clases: con garantía real hasta el valor del bien; con privilegio especial, o general, los quirografarios y los subordinados o bien grupo de la misma naturaleza (art. 83.II, IV, V, VI). Cuando el plan pre conformado previene la enajenación de un bien asiento de garantía real requiere la aceptación del acreedor garantizado. Se imponen condiciones de pago "semejantes" entre los acreedores de cada especie o grupo al que no puede alcanzar (como acontece a los laborales hasta 150 salarios mínimos por trabajador ni los generados en accidentes de trabajos, los tributarios ni las multas contractuales, y pecuniarias, penales, administrativas, y en general tributarias (art. 163 §1º).

IX.1.- La oposición en sede judicial

La homologación del plan pre-conformado por el 60% de cada categoría alcanzada por el plan, está condicionada a un trámite judicial previo, que permite la oposición de los acreedores: recibido el pedido del deudor el juez ordena publicar edictos, debiendo además acreditar el deudor la notificación postal a los acreedores sujetos al plan informándolas adecuadamente sobre el mismo (art. 164 §1º)

Dentro de los 30 días los acreedores pueden oponerse al plan, de cuya oposición se da traslado al deudor por 5 días, vencidos los cuales el juez debe expedirse homologando si considera que no existen actos calificados como revocables realizados con la intención de perjudicar a los acreedores, con complicidad fraudulenta entre deudor y el tercero y con perjuicio efectivo o bien otras irregularidades (art. 164 §§ 2º, 4º y 5º) ni simulación o vicios de representación de los suscriptores en el plan (art. 164, § 6º). Caso contrario corresponde el rechazo en cuya hipótesis en una clara fórmula de facilitación a la homologación, el deudor puede cumplir las formalidades faltantes y presentar un nuevo pedido de homologación (art. 164 §1 8º).

En todo caso la sentencia es susceptible de apelación sin efecto suspensivo (art. 164 § 7º).

IX. 2.- El efecto vinculante concursal

La homologación de plan pre-conformado, vincula a todos los acreedores de las clases alcanzadas auque no hubieren adherido al plan (art. 161 §§ 2 y 4 y 163) y es el *dies a quo* de los efectos del plan; pero el mismo puede contener cláusulas que determinen la producción de efectos anteriores a la homologación, referidas exclusivamente a la modificación del valor o forma de pago de los acreedores firmantes (art. 165 § 1º).

En este último caso si el plan fuese rechazado los acreedores signatarios recuperan sus derechos originales, con deducción de los valores que hubieren percibido (art. 165 § 2º).

Si el plan extrajudicial previese la enajenación de filiales o unidades productivas aisladas, el juez ordena su realización con observancia de lo dispuesto en el art. 142 en orden a la liquidación del activo en la quiebra y las modalidades preferentemente allí establecidas: remate público, propuestas cerradas, o pliego (art. 166).

La reglamentación establecida para la recuperación extrajudicial, no excluye la posibilidad de otras formas de acuerdos privados entre el deudor y los acreedores (art. 167).

IX. 3.- Inexistencia de efecto suspensivo

No aparece en la regulación específica dirigida a la homologación del plan extrajudicial pre-conformado (art. 163 y ss.) ninguna norma que establezca la no aplicabilidad del principio contenido en la norma introductoria del tratamiento de la Recuperación Extrajudicial (art. 161 § 4º) que establece que el pedido de homologación no acarreará la suspensión de los derechos acciones o ejecuciones ni la imposibilidad del pedido de quiebra por los no sujetos al plan, por lo cual debe considerarse que esta norma también es aplicable a la homologación del plan preconformado, lo cual constituye una de las observaciones más importante que merece la nueva normativa porque hará necesario un gran esfuerzo por parte del empresario para evitar que durante la negociación extrajudicial y el periodo de homologación mismo los acreedores no incluídos en el plan agredan el patrimonio, con riesgo de frustrar la posibilidad del acuerdo de Recuperación Extrajudicial.

X.
Chile: Los "Acuerdos extrajudiciales" En la ley de quiebras 20.073 de 29 de noviembre de 2005[13]

[13] **ARTÍCULO 169.** Cualquier acuerdo extrajudicial celebrado entre el deudor, antes de su declaración de quiebra, y uno o más de sus acreedores relativo al pago de sus obligaciones o a

Si bien el Título XII, trata "*De los acuerdos extrajudiciales y de los convenios judiciales",* la ley chilena, no recepta la tendencia de los ordenamientos actuales que establecen fórmulas avanzadas de acuerdos extrajudiciales con ulterior homologación judicial y sólo alude a los acuerdos extrajudiciales en dos artículos (art. 169 y 170) que contienen una somera referencia a aquellos convenios definidos como "*celebrados entre el deudor y uno o más acreedores con referencia al pago de sus obligaciones o la administración de sus bienes con anterioridad a la quiebra"*.

El texto de la normativa revela con claridad que se trata de acuerdos de naturaleza contractual, no concursales: "*sólo obligan a quienes lo suscriban, aún cuando se le denomine convenio*" (art. 169, *in fine*).

XI.
Colombia: "*El régimen de Insolvencia Empresarial*" de la Ley 1.116 de 2006. El proyecto Sanguino Sanchez. El decreto 1730 de 15 de mayo de 2009

XI. 1.- La reorganización judicial

Es de remarcar que en Colombia la reorganización empresaria tiene su última consagración legal en la ley 1116 de 27 de diciembre de 2006, cuya característica, única en el derecho comparado, es la adjudicación de la dirección y trámite del procedimiento a la Superintendencia de Sociedades, organismo eminentemente administrativo al que la Constitución Política asigna facultades jurisdiccionales como juez del concurso.

Sin perjuicio del mantenimiento de la insolvencia como presupuesto material también incorpora la "*posibilidad*" de que el deudor se encuentre en "*incapacidad de pago inminente"* sin necesidad de llegar al extremo del incumplimiento típico de la cesación de pagos (art. 9 *in capit*).

Así el régimen colombiano se integra, en este aspecto, en el elenco de los que siguen la tendencia moderna en la flexibilización de acceso a la reorganización antes que la situación económica financiera se instale con el incumplimiento de pago.

XI.2.- Mayorías

En la nueva ley 1.116/2006 el Acuerdo de Reorganización jurisdiccional requiere aprobación por mayoría de acreedores, los que son clasificados en categorías legales. No llega el nuevo ordenamiento a la flexibilidad que refleja la legislación argentina en torno a la formación de 5 categorías a los efectos de

---

la administración de sus bienes, sólo obliga a quienes lo suscriban, aun cuando se le denomine convenio.

ARTÍCULO 170. Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los convenios regulados por la Ley General de Bancos y por el decreto con fuerza de ley Nº 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros y a otros convenios regulados por la ley.

formular propuestas de pagos distintas: 1.- Laborales 2.- Entidades Públicas y de Seguridad Social; 3.- Instituciones financieras nacionales, extranjeras, sujetos a contralor de Superintendencia Financiera de Colombia, de carácter privado, mixto, o público; 4.- Acreedores internos (accionistas, cuotistas, participes y exhortantes de capital; 5.- los demás acreedores externos (comunes o quirógrafos).

Las categorías establecidas por la ley, tienen máxima importancia por cuanto para considerar aprobado el acuerdo, en caso de que existan las cinco categorías legales, el plan debe ser aprobado en por lo menos tres categorías; si sólo existen tres en dos y si sólo existen dos, en ambas (ley 1.116: arts. 32 y 33).

XI.3.- Gravitación de los acreedores internos

La facilitación en orden a la aprobación surge de la consideración como una categoría legal necesaria, lo constituída por "acreedores internos" (accionistas, cuotistas, partícipes) en cuya categoría, por empatía de intereses es más que probable la aprobación del acuerdo, aún cuando para considerar la aceptación dentro de esta categoría, se requiere una mayoría agravada de un número de acreedores igual o superior al 25% de los votos restantes emitidos (art. 32).

XI. 4.- El dinero fresco *(New Money)*

El régimen colombiano, también facilita el acuerdo a través de la moneda fresca permitiendo ventajas a los acreedores que entreguen al deudor nuevos recursos, condonen parcialmente sus obligaciones (art. 41 *in fine*). La prioridad en orden a la obtención del acuerdo y su homologación campea en distintos institutos dirigidos a la culminación exitosa del Acuerdo de Reorganización.

XI.5.- El Acuerdo Extrajudicial de Reorganización

La vía extrajudicial en la ley 1116/2006 en la versión colombiana esta prevista en un único artículo, el n. 84 bajo el título de *"Validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización*": la normativa prevé un acuerdo entre plurales acreedores que representen la mayoría exigida por la ley para un acuerdo de reorganización el que debe celebrarse por escrito. Cualquiera de las partes puede requerir ante el juez que hubiera sido competente para el proceso de reorganización judicial, la apertura de un proceso de validación que tiene por fin la verificación judicial de los requisitos que exige la ley, y que debe culminar en caso afirmativo con la autorización del acuerdo que tendrá entonces los mismos efectos del acuerdo de reorganización. También los efectos del incumplimiento de la misma manera que cuando el acuerdo extrajudicial validado judicialmente son los del incumplimiento del acuerdo de reorganización.

Los requisitos de validación judicial son: (i) las mayorías requeridas por la ley para la reorganización judicial (*supra* nro. 2); (ii) constatación de suficiente publicidad entre todos los acreedores; (iii) tratamiento igualitario - *par condicio*

creditorum- entre los acreedores de la misma clase; (iv) inexistencia de cláusulas ilegales o abusivas; (v) cumplimiento de los preceptos legales.

XI. 6.- El reclamo doctrinario

La manifiesta insuficiencia de la regulación generó numerosas críticas doctrinarias, poniéndose a consideración del Poder Ejecutivo, el proyecto elaborado por el insigne jurista colombiano Jesús Maria Sanguino Sánchez fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal que con el nombre de "*Audiencia preliminar conciliatoria*" postula un instituto extrajudicial, para el cual esta legitimado toda persona natural o jurídica que ejerza en forma permanente actividades mercantiles "*cuanto tema razonablemente que la empresa u organización empresarial pueda llegar a una crisis inmediata que la conduciría a una suspensión de pagos, a una parálisis en la producción o cualquier otro hecho que afecte su normal desarrollo",* en cuya hipótesis podrá requerir al juez del concurso la convocatoria a audiencia preliminar en orden a la celebración de un acuerdo colectivo cuya aprobación requerirá voto favorable del deudor y de por lo menos el 75% del valor de los créditos relacionados en la solicitud hecha por el deudor. La falta de acuerdo determina el inmediato inicio del procedimiento concursal en providencia que se dicta en la misma audiencia, con carácter irrecurrible.

XI. 7- La nueva vía extrajudicial: Dec. reglamentario n. 1730 del 15 de mayo de 2009

En forma análoga a lo acontecido con las recientes leyes de quiebras en España y México en las que nada se preveía originariamente respecto de los acuerdos extrajudiciales, el Presidente de la República de Colombia acaba de dictar el Decreto Reglamentario de la Ley de concursos Mercantiles n. 1730 de 15 de mayo de 2009 el que entre otras disposiciones reglamenta el art. 84 dotándolo de las precisiones que se añoraban en el texto de la ley.

Todos los sujetos susceptibles de acogerse al ordenamiento concursal están legitimados para "*iniciar en cualquier momento negociaciones con sus acreedores externos dirigidas a concretar un Acuerdo extrajudicial de reorganización*" (art. 20).

La celebración del Acuerdo es totalmente extrajudicial y se tendrá por existente una vez que fuere suscripto por el deudor y por las mismas mayoría de acreedores exigida que para el procedimiento de reorganización ordinario *(supra* n. 2 y 3).

Se advierte la amplísima conceptuación del presupuesto material, como ningún otro ordenamiento, desde que no existe condicionamiento alguno: "*en cualquier momento*" constituye una fórmula que obvia el presupuesto y omite cualquier requisito sobre la situación económica del deudor.

Las negociaciones deben ser comunicadas desde su inicio, a todos los acreedores, y también a todas aquellas personas con las cuales el deudor

establezca vínculos contractuales susceptibles de generar obligaciones patrimoniales, hasta el momento mismo de la fecha de suscripción del acuerdo para que tengan oportunidad de formular las observaciones pertinentes (art. 21, 3er. párrafo).

XI.7.1 Apertura anticipada de la validación judicial

Toda vez que existan amenazas de actos contra el patrimonio del deudor que perturben las negociaciones privadas mismas, el juez del concurso, a pedido del deudor puede disponer la apertura del procedimiento de validación judicial, a partir del cual él y sus acreedores disponen de un término de 20 días para acreditar la celebración del Acuerdo. En hipótesis de que el mismo no se obtuviere, en dicho término, el juez debe disponer la realización de la audiencia de confirmación de acuerdo, de la misma manera que la prevista en el acuerdo de reorganización judicial.

El efecto concursal, esto es la oponibilidad por causa o título anterior a la celebración del Acuerdo, requiere la validación (autorización, confirmación u homologación judicial). La instancia corresponde tanto al deudor como a cualquiera de los acreedores suscriptores.

XI.7.2.- La presentación para la validación judicial

Para la presentación judicial el Acuerdo debe estar adunado por una serie de requisitos formales que acrediten la capacidad de las partes y la representación legal, el balance general que fue base del Acuerdo, la graduación de créditos y derechos de voto. Constituyen elementos fedatarios la certificación del presentante legal, contador y revisor fiscal, en su caso, que deben indicar las controversias que el deudor conozca con relación a la naturaleza, cuantía y votos de todos los acreedores.

Debe acreditarse en forma convincente la comunicación del inicio de la negociación extrajudicial.

El Acuerdo debe contener una calificación y graduación de créditos y de votos siguiendo a la ley 1116 arts. 24/30, balance e inventario de activos y pasivos que debe suscribir el deudor, contador público y en su caso el revisor fiscal (art. 22).

Es requisito de apertura del procedimiento de validación la acreditación de inexistencia de obligaciones pensionales a cuyo efecto se debe adjuntar los comprobantes emanados del Ministerio de Protección Social. Este requisito (que lo es también de la reorganización judicial) puede ser cumplimentado ulteriormente a la presentación, pero siempre antes de la audiencia de validación (art. 23).

XI.7.3.- Tratamiento integral del Pasivo

El acuerdo debe prever el tratamiento de todos los créditos a la fecha de su celebración incluídos los litigiosos y eventuales y respetar la prelación, privilegios y preferencias de la ley 1116 (art. 25).

Pareciera que la reestructuración debe comprender a todo el pasivo lo que excluye el Acuerdo con sólo parte de los mismos.

XI.7.4.- Suspensión sin atracción

La apertura del proceso de validación tiene los mismos efectos que la resolución de apertura de un proceso de reorganización judicial y por consiguiente el más importante efecto procesal es la suspensión de los juicios contra el deudor, pero, a diferencia de la reorganización judicial, no opera el fuero de atracción (art. 26).

XI. 7. 5.- Procedimiento de validación

El juez del concurso dictará decreto de apertura el que debe notificarse en forma análoga a la del auto de inicio de un proceso de reorganización judicial. Debe disponer el traslado por el término de 10 días en las oficinas del juzgado o donde este determine a todos los interesados, dentro de cuyo plazo los acreedores pueden objetar el acuerdo y allegar pruebas. Al día siguiente el juez del concurso corre traslado por el término de 5 días a todos los interesados y fija fecha para la audiencia de validación del acuerdo.

XI. 7. 6.- Audiencia de validación

En la audiencia: (i) si no hubieren objeciones o si estas fueren conciliadas, el juez autorizará el acuerdo en tanto se cumpla con las disposiciones legales. (ii) si hubieren objeciones la audiencia se suspende y procede a la sustanciación de las objeciones en los mismos términos establecidos por el procedimiento de reorganización ordinario (art. 30 Ley 1116 por el envío del art. 27, 2do. párrafo del Dec. Reglamentario n. 1730/2009).

Después de los 8 días siguientes de la realización de la audiencia o de la sustanciación de las oposiciones el juez debe dictar un fallo irrecurrible. En caso de que el Acuerdo no fuere validado (autorizado), el deudor puede optar por (i) solicitar la admisión a un proceso de reorganización en los términos de la ley 1116 o (ii) intentar una nueva negociación de un acuerdo extrajudicial, ello así porque, la presentación de validación no implicó reconocimiento de existencia del presupuesto material que focalizado en la insolvencia o cesación de pagos hiciere obligatoria la presentación judicial (art. 21 *in fine* y 27).

XI. 7. 7.- Efectos de la validación judicial del Acuerdo Extrajudicial

El Acuerdo una vez validado tiene los mismos efectos de la autorización de los Acuerdos de Reorganización previstos en la ley 1.116: art. 40/ 46. Si el acuerdo no fuere autorizado, el rechazo produce el cese de sus efectos, salvo que en el mismo se hubiere dispuesto lo contrario respecto de los suscriptores (art. 29).

La nueva normativa reglamentaria no excluye la legitimación del deudor para celebrar otros acuerdos extrajudiciales cualesquiera fueren ellos, con todos o partes de sus acreedores, y que no tengan por destino su validación judicial (art. 29 y 30).

•

XI. 7. 8.- Notas relevantes

Deben destacarse en este procedimiento extrajudicial así reglamentado:

(i) la no exigibilidad de un presupuesto material determinado, ni siquiera aquel de las legislaciones que con mayor lenidad lo focalizan en previsiones o amenazas de meras dificultades. El régimen de Colombia, libera al deudor de probar cualquier tipo de dificultades ni siquiera requiere justificar la previsión de su amenaza, o inminencia más o menos cierta, conceptuando suficiente la sola decisión del deudor de iniciar una solución acordada con todos los acreedores. En este aspecto debemos recordar que la nueva ley uruguaya no requiere tampoco la invocación de ningún presupuesto material cuando se trate de la presentación voluntaria del deudor con base en el mismo razonamiento, pero que en este último caso se trata de procedimiento judicial;

(ii) la posibilidad de la inmediata apertura de la validación judicial aún sin contar las mayorías al efecto de que en sede judicial se decreta la suspensión de las agresiones patrimoniales que perturban la concreción extrajudicial del acuerdo, en cuyo caso, las partes disponen de un término acotado de 20 días para celebrarlo.

La regulación reglamentaria nada dice acerca de si la petición de apertura anticipada a la celebración al Acuerdo debe estar munida de los mismos requisitos, o de otros, que los establecidos para la petición practicada para la validación de un acuerdo ya celebrado. Interpreto, ante el silencio de la norma, que los requisitos en este caso deben ser acreditados en sede judicial luego de la apertura y en todo caso, antes de la resolución de validación o autorización.

Por vía regulatoria el Acuerdo Extrajudicial, insuficientemente plasmado en el art. 84, adquiere un perfil legal significativo y pasa a constituirse en una fórmula útil y altamente calificable.

Por vía comparada, el sistema colombiano así reglamentado, al posibilitar la apertura de validación judicial del acuerdo extrajudicial, sin requerir la conformación extrajudicial de las mayorías, lo que equivale a decir antes de su celebración, se coloca en el elenco de los ordenamientos más avanzados en la materia, Uruguay y Francia, también la Argentina que exponen idéntica facilitación, aunque en el último caso, a través de la interpretación judicial de un texto no tan claro, como el de los otros tres sistemas.

XII.

México: El "Acuerdo Extrajudicial" o "Plan de Reestructura previo" de la Ley de 27 de diciembre de 2007[14]

México sancionó su vigente, moderna Ley de Concursos Mercantiles el 12 de mayo de 2000 estableciendo como télesis "*conservar empresas y evitar el incumplimiento generalizado que ponga en riesgo su viabilidad".* La reestructuración se produce por vía de la formulación de un acuerdo denominado "Convenio de Conciliación" que asigna un protagonismo dirimente, al Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM) órgano administrativo que tiene a su cargo la designación y supervisión de los funcionarios encargados de protagonizar las dos fases fundamentales del procedimiento judicial reorganizativo denominados" visita" y "conciliación".

El visitador debe determinar la real existencia de las condiciones económicas que justifiquen el acogimiento al procedimiento y, supuesto que su dictamen fuere favorable (arts. 42 y 43), se abre la fase de conciliación acotada a un plazo de 185 días hábiles a partir de la publicación de la apertura, prorrogable hasta 90 días hábiles más, y, en virtud de una reforma introducida en la ley de 27 de diciembre de 2007, hasta 90 días más, sin superar nunca los 365 días hábiles.

La reorganización está encomendada fundamentalmente al referido especialista quien tiene la función de procurar la obtención del acuerdo y, la

[14] **Artículo 339.-* Solicitud del Concurso con Plan de Reestructura Previo.-**Será admitida a trámite la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura cuando:
I. La solicitud reúna todos los requisitos que ordena el artículo 20 de esta Ley;
II. La solicitud la suscriba el Comerciante con los titulares de cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos.
Para la admisión del concurso mercantil con plan de reestructura será suficiente que el Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que las personas que firman la solicitud representan cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos.
III.- El Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que:
a). Se encuentra dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos, o
b). Es inminente que se encuentre dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos.
Por inminencia debe entenderse un periodo inevitable de treinta días.
IV. La solicitud venga acompañada de una propuesta de plan de reestructura de pasivos del Comerciante, firmada por los acreedores referidos en la fracción II.
Artículo 340.-* Providencias Precautorias en el Plan de Reestructura Previo.-El Comerciante y los acreedores que suscriban la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura podrán pedir al Juez las providencias precautorias que contempla el artículo 37 de esta Ley y el Código de Comercio.
Artículo 341.-* **Sentencia de Declaración de Concurso.** Si la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura reúne todos los anteriores requisitos, el Juez dictará sentencia que declare el concurso mercantil con plan de reestructura sin que sea necesario designar visitador.
Artículo 342.-* **Trámite de la Conciliación en el Concurso con Plan de Reestructura Previo.-**La sentencia de concurso mercantil deberá reunir los requisitos que esta Ley le exige y partir de ese momento el concurso mercantil con plan de reestructura se tramitará como un concurso mercantil ordinario, con la única salvedad de que el conciliador deberá considerar el plan de reestructura exhibido con la solicitud al proponer cualquier convenio.

* Según Reforma de 27 de diciembre de 2007.

potestad de determinar la quiebra cuando discrecionalmente considere la imposibilidad de lograr el convenio.

La ley primigenia de 12 de mayo de 2000 no contenía fórmula extrajudicial alguna, pero de la misma manera que aconteció en Italia y en España el déficit fue anotado con dura crítica por parte de la doctrina determinando la incorporación por ley de 27 de diciembre de 2007 del denominado *"Acuerdo Extrajudicial o Plan de Reestructura Previo*" (arts. 339 a 342).

Se basa en un plan negociado y suscripto por el comerciante y acreedores que representen el 40% del total de sus obligaciones, cuyo presupuesto material es la "*inminencia"* de encontrarse incurso entre los supuestos de hechos reveladores de la insolvencia (referidos en los arts. 10 y 11 a la manera de los actos de bancarrota del derecho anglosajón) entendiendo *"por inminencia un periodo inevitable de 30 días*" con cuya precisa expresión cronológica se describe el fatal acontecimiento en ese plazo del presupuesto material, constituido por los referidos actos de bancarrota.

El acuerdo extrajudicial se judicializa, como en todos los ordenamientos, con una presentación ante el tribunal que debe reunir los requisitos para la presentación ordinaria. El procedimiento de judicialización se identifica así con judicial ordinario, con la única salvedad de que el conciliador ya no procurará formular un plan o convenio original, sino que deberá considerar el "Plan de Reestructura" elaborado extrajudicialmente por el deudor y los acreedores titulares del 40% del pasivo total. Es pues en su formación inicial un acuerdo extrajudicial, luego judicializado, en el que la negociación de la reorganización con el 40% del pasivo es privada y constriñe al conciliador a procurar la obtención de las mayorías en sede judicial, *(rectius:* del porcentaje restante para obtenerla) según un plan en cuya facción no interviene el conciliador.

XIII.
Uruguay: Acuerdo extrajudicial "Puramente Privado" o "Sometido a Homologación" en la ley 18.387 de 23 de octubre de 2008[15]

[15] **TÍTULO XI ACUERDO PRIVADO DE REORGANIZACIÓN CAPÍTULO I CELEBRACIÓN DEL ACUERDO**

Artículo 214. (Oportunidad de suscripción del acuerdo).- Antes de la declaración judicial de concurso el deudor podrá suscribir un acuerdo privado de reorganización con acreedores representativos del setenta y cinco por ciento del pasivo quirografario con derecho a voto.

Será de aplicación al acuerdo privado de reorganización lo dispuesto en los artículos 140 y 145.

Artículo 215. (Modalidades de acuerdo).- Una vez obtenidas las mayorías exigidas por el artículo 214, el deudor tendrá la opción de seguir el procedimiento puramente privado de instrumentación del acuerdo, requiriendo la actuación de un escribano público, o solicitar su homologación judicial.

CAPÍTULO II ACUERDO PURAMENTE PRIVADO

Artículo 216. (Instrumentación).- De optarse por el procedimiento puramente privado, una vez obtenidas las mayorías del artículo 214, el acuerdo privado de reorganización será obligatorio para todos los acreedores quirografarios y subordinados, siempre que se notifique a los acreedores no firmantes la adhesión al acuerdo de las mayorías necesarias, y que éstos, dentro del plazo de veinte días, no manifiesten su oposición al deudor.

Artículo 217. (Notificación).- La notificación a los acreedores no firmantes se hará por medio de escribano público y al practicarse se acompañará la siguiente documentación:

Uruguay exhibe la más moderna legislación concursal Nro. 18.387 de 23 de octubre 2008. Se denomina *"Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial*" que plasma, en prolija regulación, una fórmula extrajudicial que denomina "*Acuerdo Privado de Reorganización*", la más avanzada en el derecho comparado.

El acuerdo debe ser suscripto por acreedores que representen el 75% del pasivo quirografario con derecho a voto, en todo caso antes de cualquier

---

1. Los documentos exigidos por el artículo 7º para la solicitud de concurso por parte del deudor.
2. Propuesta de acuerdo privado de reorganización con el contenido previsto en los artículos 138 y 139, suscrita por acreedores representativos del setenta y cinco por ciento del pasivo quirografario del deudor con derecho a voto, con indicación del nombre del acreedor firmante, el monto de su crédito quirografario, la fecha de la firma; en el caso de personas jurídicas se indicará además el nombre del representante y el acto o negocio jurídico del cual emana su poder de representación. La firma puesta en representación de cada acreedor implicará declaración expresa del firmante de la existencia de facultades de representación y de la vigencia de su mandato.

Los documentos mencionados en el presente artículo deberán estar firmados por el propio deudor y, en el caso de personas jurídicas, por todos los administradores o liquidadores. Si faltara la firma de algunos de ellos, se señalará en los documentos en que falte, indicando la causa.

Artículo 218. (Protocolización).- Si vencido el plazo de veinte días los acreedores no firmantes no presentan su oposición al deudor, el acuerdo privado de reorganización se tendrá por aceptado. En tal caso el deudor deberá hacer protocolizar el acuerdo suscrito por la mayoría de acreedores ante escribano público con las diligencias de notificación a los acreedores no firmantes. Desde ese momento el acuerdo se tendrá por homologado y el escribano protocolizante podrá expedir a los interesados las copias que se soliciten.

Artículo 219. (Publicación).- Será de cargo del deudor la publicación por tres días de un extracto del acuerdo privado de reorganización en el Diario Oficial, identificando al escribano público interviniente e indicando su domicilio.

Artículo 220. (Oposición al acuerdo).- Si dentro del plazo de veinte días, cualquiera de los acreedores no firmantes quisiera oponerse al acuerdo celebrado, deberá notificar su oposición al deudor por cualquier medio fehaciente. Serán causas de oposición:

1. Que el contenido del acuerdo es contrario a la ley.
2. Que las firmas de acreedores por créditos decisivos para formar las mayorías requeridas legalmente no corresponden a los titulares reales del crédito o han sido obtenidas mediante maniobras que afecten o puedan afectar a la paridad de trato entre los acreedores quirografarios.
3. Que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable.
4. Que existe ocultación o exageración fraudulenta del activo o del pasivo.

En tal caso, el deudor tendrá un plazo de diez días para presentar ante el Juez competente los antecedentes del caso a los efectos de que resuelva la oposición presentada y dicte la homologación judicial del acuerdo, en los términos establecidos en el Capítulo IV del presente Título, requiriendo la inmediata notificación al acreedor o acreedores disidentes, quienes deberán ratificar su oposición en el plazo de seis días.

De no presentarse el deudor al Juzgado en el plazo de diez días, cualquier acreedor podrá solicitar la declaración del concurso al Juez, quien la decretará sin más trámite.

Será competente para entender en la oposición y en la homologación judicial del acuerdo privado de reorganización el mismo Juez competente para declarar el concurso. En el caso de que existiera una solicitud de concurso en trámite el acuerdo privado de reorganización deberá ser presentado en dicho procedimiento.

declaración judicial de concurso (art. 214) Si existiere una solicitud de concurso en trámite el acuerdo privado debe ser presentado por el deudor en el procedimiento judicial concursal (art. 220 *in fine)*.

Por expresa remisión a las normas del convenio judicial, el acuerdo no puede estar sometido a ninguna clase de condición, salvo la que en caso de concurso del grupo se condicionare a la aprobación del convenio de otra sociedad del mismo grupo y debe respetar la *par condicio* pues las ventajas a una o varias clases sólo se admiten en cuanto las acepten un porcentaje de pasivo no beneficiado superior al que lo hubieren votado en contra (art. 214 y su envío a los arts. 140 y 145).

El deudor que hubiere obtenido privadamente la conformidad de las tres cuartas partes (75%) de quirografarios puede optar entre continuar por la vía del "Acuerdo Puramente Privado" (art. 216 a 220 *infra* nro. 28) o bien presentarlo para su homologación judicial (art. 221 a 231).

XIII. 1.- El Acuerdo Puramente Privado (APP).

El Acuerdo Puramente Privado requiere la actuación ante escribano público. Este debe notificar a los no firmantes acompañando los documentos que son necesarios para la solicitud del concurso judicial por el deudor, la propuesta suscripta por los acreedores que representen el 75% de pasivo quirografario con derecho a voto y los datos precisos referidos cada acreedor y al crédito (art. 218).

La notificación no suspende las agresiones.

Los acreedores no firmantes disponen de 20 días para oponerse y si no lo hicieren se tendrá por aceptado el acuerdo y el deudor deberá protocolizarlo ante escribano publico notificándolo a los no firmantes "*lo que valdrá como homologación"* (art. 218). El deudor debe hacer publicar por tres días un extracto del acuerdo en el diario oficial identificando nombre y domicilio del escribano (art. 219).

A partir de dicha publicación los acreedores no firmantes tienen un *nuevo plazo* de 20 días para notificar al deudor su oposición con causa en: violación a la ley, existencia de firmas que no corresponden legalmente a los acreedores, obtenidas mediante maniobras o puedan afectar el trato igualitario; ocultación o exageración fraudulenta de activo o pasivo y también la objetiva inviabilidad de cumplimiento (art. 220).

Esta oposición post publicación en el diario oficial abre una necesaria instancia judicial que debe activar el deudor dentro de los 10 días contestando las oposiciones, solicitando al juez su rechazo y la homologación del acuerdo, requiriendo notificación a los disidentes, quienes deberán ratificar su oposición dentro de los 6 días, vencido cuyo plazo el juez decidirá la homologación o su rechazo.

Si el deudor dentro de los 10 días que le otorga la ley para presentar al juez los antecedentes dirigidos a refutar las oposiciones no lo hiciere, cualquier acreedor puede solicitar la declaración del concurso que el juez debe decretar sin más trámite (art. 220).

La regulación del acuerdo "Puramente Privado" pone a la doctrina frente a un procedimiento típicamente extrajudicial el que, en caso de no existir oposición, cumplidos los requisitos de protocolización, se tiene por homologado produciendo sus efectos también respecto de los no firmantes.

De todas maneras, el acuerdo debe ser publicado en el diario oficial (según lo visto *supra* art. 218) y sólo si realizadas las publicaciones no existieran oposiciones, el acuerdo privado deberá ser judicializado por el deudor para que el juez dicte la homologación judicial sin la cual el acuerdo carecerá de efectos.

El procedimiento culminaría en el ámbito exclusivamente privado, bien es cierto que con intervención de un escribano que debe notificar la protocolización de un acuerdo extrajudicial en el que no hubiere existido oposición. Pero, esos efectos están condicionados a la inexistencia de oposición ulterior en ocasión de la publicación del acuerdo que, en todo caso, debe realizar el deudor en el diario oficial, hipótesis en la cual, en caso de existir oponentes, el trámite del acuerdo deja de ser puramente privado: es el juez quien debe decidir la oposición y dictar, en su caso, la homologación judicial, lo cual revela el carácter meramente relativo de los efectos concursales de la protocolización del instrumento "puramente privado" el que debe ser siempre homologado en sede judicial"

XIII.2.- Acuerdo Extrajudicial sometido a Homologación Judicial.

Es opción del deudor someter el acuerdo firmado con el 75% de sus acreedores quirografarios con derecho a voto, obtenido extrajudicialmente, a la homologación judicial para lo cual debe acompañar la misma documentación que la requerida por el art. 7 para la solicitud de concurso judicial (ver *supra* 4.1).

Presentada la solicitud, *de la misma manera que en la hipótesis de presentación del APP que realizara el deudor para decidir las oposiciones*, dentro de los 2 días el juez admitirá la propuesta, suspenderá cualquier procedimiento de concurso que hubiere sido solicitado con anterioridad, decidirá la inscripción de la sentencia en la sección interdicciones del registro de datos personales y dispondrá la publicación del auto de admisión con un extracto de la propuesta en el diario oficial por 3 días.

La sentencia de admisión produce efectos: (a) el deudor debe requerir autorización para realizar un elenco de operaciones que no fueren las ordinarias del giro; (b) queda vedado el decreto de concurso del deudor salvo el "voluntario" suspendiéndose las solicitudes en trámite; (c) suspende la iniciación o prosecución de las ejecuciones y los embargos trabados, por el plazo de un año; en las ejecuciones prendarias o hipotecarias; por 120 días (e) opera la atracción de las ejecuciones contra el deudor al juez del acuerdo, y es

el único competente para decidir medidas cautelares (art. 225). Efectos típicamente concursales configuran un escenario más facilitante del acuerdo que el procedimiento "puramente privado"

Los acreedores quirografarios o subordinados que no hubiere suscripto el acuerdo pueden oponerse dentro de los 20 días de la última publicación, fundados en las mismas causas de oposición del APP (art. 228).

Si no hubiere oposiciones o el acreedor opositor no las ratificare en el caso de tratarse de las que se hubieren formulado en el trámite del APP, el juez homologará (art. 227). Si hubiere oposiciones o ratificación de las oposiciones en el caso del APP sometidas a decisión judicial, el juez designará un interventor con facultad de control respecto de los actos que excedan las operaciones ordinarias del giro (art. 228). Tramitado el incidente corresponde la sentencia de homologación o rechazo. La homologación firme debe ser publicada y a partir de que quede firme produce los mismos efectos de la homologación del convenio judicial (art. 230). En caso de rechazo del APR corresponde la declaración de concurso del deudor, el que se conceptuará a todos los efectos como voluntario (art. 231)

El incumplimiento del acuerdo homologado determina la declaración de apertura de la etapa de liquidación (art. 235) legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 235).

XIV.-
Los dos sistemas: el europeo y el latinoamericano

Es notoria la diferencia que en materia de Planes o Acuerdos de Reestructuración Extrajudicial se advierte entre los ordenamientos europeos los latinoamericanos.

El derecho continental europeo mantiene la concepción contractual clásica significada por la regla res *inter alios* que conlleva a la extraneidad o inoponibilidad respecto de los acreedores que no suscribieron el acuerdo. Su judicialización y consecuente homologación tiene un efecto limitando al blindaje o inmunidad de los actos realizados en ejecución del acuerdo homologado (así el *Accordo de Restrutturazione dei Debiti* de la reforma italiana, art. 185 bis; el reciente Acuerdo de Refinanciación español del Dec. Lgs. 3/ 2009 de 27 de marzo, la *Loi de Sauvegarde de Francia* de 24 de julio de 2005 en su procedimiento de *Conciliation,* en sus dos vías judiciales: la *Constatation y la Homologation.*

En cambio, en el derecho latinoamericano los Acuerdos Extrajudiciales a partir de la ley argentina 24.522/1985 (y sus reformas 25.589/2002 y 26.086/2006, arts. 69 a 76), seguidos por la Ley de Brasil n. 11.101 de 2005, (arts. 161 a 167) y las muy recientes de México por ley de Plan de Reestructura Previo de 27 de diciembre de 2007 y Colombia por Decreto n. 1730 de 15 de mayo de 2009, que formula precisiones añoradas en el texto de la Ley de Concursos Mercantiles, art. 84, denominado "*Validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización*", adjudican al acuerdo extrajudicial con mayorías del 60%

quirografario, aunque siempre a condición de su sometimiento a la homologación judicial, un pleno carácter concursal, es decir, oponible al universo colectivo de acreedores, conformes o no, porque la regla mayoritaria opera irrestricta en la misma forma que en el procedimiento judicial.

El efecto extrajudicial más amplio está plasmado en la reciente ley uruguaya 18387 de 23 de octubre de 2008 en la cual el procedimiento denominado "*puramente privado*", llega a la cima de la concursalidad, a través de una fórmula contractual con base en el 75% quirografario en la que, sin mediar homologación, ni siquiera otra intervención judicial, cuando no hubiere oposición, el acuerdo "puramente privado" produce efecto *erga creditoris,* esto es típicamente concursal sin mediar intervención judicial.

XV.-
A modo de colofón

El derecho concursal ha experimentado en el Siglo XXI una casi violenta convulsión expuesta a través de la reforma de las respectivas leyes en casi todos los países europeos y en Latinoamérica.

Los nuevos ordenamientos exhiben algunos institutos absolutamente novedosos. Entre todos ellos se destaca la incorporación de un nuevo presupuesto material focalizado en situaciones de crisis, con la pretensión de anticipar el tratamiento de las dificultades del deudor, lo que supone mejores condiciones para la concreción de un acuerdo con los acreedores, que aquellas que existirían cuando el deterioro económico se hubiere traducido en el incumplimiento de las obligaciones, cesación de pagos o insolvencia. La vía extrajudicial aparece también incorporada a casi todos los nuevos ordenamientos, debiendo destacarse que ello ha ocurrido, incluso en aquellos que, como España, México y Colombia, la habían omitido en las recientes reformas. La vía extrajudicial se constituye así en el camino predilecto del mundo negocial para el oportuno tratamiento preventivo de la crisis empresaria.

El derecho comparado, exhibe hoy una rara uniformidad a través de modelos extraconcursales que, extrañamente coincidentes muestran la clara predilección por un instrumento calificado como más apto en orden al objetivo entronizado en el nuevo mundo de la crisis empresaria: su salvataje.

El dogma está instalado y el test de eficiencia tiene escenario de prueba en la crisis económica más grande de la historia.