

## **FACULTADES HOMOLOGATORIAS DEL JUEZ DEL CONCURSO. EL ART. 52, LC (LEY 25.589)**

CARLOS MUÑIZ

### **I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objetivo presentar la evolución en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia de las facultades de los jueces al momento de homologar los acuerdos alcanzados por el deudor con sus acreedores en el marco de un concurso preventivo. Con tal finalidad, presentaremos la cuestión haciendo en primer lugar referencia a los antecedentes en nuestro derecho hasta 1972. En un segundo momento presentaremos el amplio régimen de facultades para homologar los acuerdos consagrado por la ley 19.551, para luego exponer el severo cercenamiento sufrido en dichas facultades en razón del dictado de la ley 24.522. Seguidamente presentaremos el régimen actual, establecido a partir de la entrada en vigencia de las leyes 25.563 y 25.589 en el 2002. Por último, expondremos nuestras conclusiones.

### **II. ANTECEDENTES**

La cuestión relativa a las facultades homologatorias del juez tiene como fecha de nacimiento la misma que se reconoce al concurso preventivo, esto es, la ley belga de 1883. Hasta ese momento todas las legislaciones de quiebras habían sido hechas haciendo prevalecer el interés de los acreedores. Desde esta ley, por primera vez se tomó en cuenta la situación del deudor inculpable de su insolvencia, el comerciante de buena fe, el deudor honesto y desafortunado, que por ese motivo, y no por causa de un actuar imprudente o malicioso, había caído en la cesación de pago. Dicha legislación habilitaba el concurso preventivo solamente al deudor que “lo mereciera”, y, en consecuencia, se otorgaba facultades al juez para evaluar el mérito y la conducta del deudor, que sólo en caso de que se dieran esos extremos exigidos por la ley para el acuerdo podía homologar el acuerdo preventivo <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, t. II, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 83.

Desde entonces, una vez que el legislador pasa a considerar en la legislación concursal un interés distinto del de los acreedores, progresivamente se observará cómo el legislador ampliará su protección de los intereses en juego, hasta el punto de considerar modernamente el interés social en la continuación de las empresas económicamente viables y socialmente significativas que por determinadas circunstancias hayan caído en la insolvencia.

Este proceso se da en el marco de una tensión entre quienes entienden que deben primar en el concurso principios privatistas, asociados a la facultad que debe reconocerse a los acreedores de disponer su mejor conveniencia sobre el destino de su crédito en un procedimiento concursal, y los principios publicistas, sostenidos por quienes entienden que la existencia de fines sociales y disposiciones de orden público en el ámbito de estos procedimientos justifican el reconocimiento de amplias facultades para los jueces en los concursos.

En nuestro país pueden observarse los vaivenes entre ambas posiciones. La primera legislación dictada bajo la influencia del mencionado precedente belga es la ley 4156 del año 1902, de marcado tinte privatista, que fue dejado de lado por las leyes posteriores a fin de evitar los abusos entre el deudor, acreedores y síndicos<sup>2</sup>. Esta ley “implantó el sistema de la voluntad de la mayoría de los acreedores, considerándolo como el fundamento y guía de todo el procedimiento de quiebra”<sup>3</sup>. La facultad del juez de homologar el acuerdo preventivo quedaba fuertemente limitada por la voluntad de los acreedores. En relación a esta ley, Matienzo decía: “Las atribuciones del juez respecto del concordato aprobado por la masa de acreedores sólo se reducen a dos: homologar o rechazar el concordato. Su función es exclusivamente declaratoria y no creadora de derechos. De lo contrario, el juez se habría sustituido a la voluntad de las partes”<sup>4</sup>.

La ampliación de las facultades del juez al momento de homologar el acuerdo en el concurso preventivo fue uno de los aspectos considerados por el legislador al momento de reformar el régimen concursal en 1933. La ley 11.719 procuraba permitir al juez un mayor análisis del acuerdo antes de darle efectos, a fin de proteger los intereses de los acreedores minoritarios, que se consideraban ahora bajo su tutela. Así, estableció en su art. 40 que el juez debía negar su aprobación al concordato, aunque no se hubieran deducido oposiciones, si estimase “que las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general”. Esta reforma fue bien recibida por la doctrina de su tiem-

<sup>2</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52, Ley de Concursos y Quiebras. Reformado por la ley 25.589”, DJ 2002-2-292.

<sup>3</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación de concursos y quiebras y algunas consideraciones sobre la ley 25.589”, LL 2002-D-1079.

<sup>4</sup> MATIENZO, Agustín N., *Curso de quiebras*, t. I, Buenos Aires, 1927, p. 224, citado por PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

po <sup>5</sup>, que en algunos casos sostuvo que debió haber ido un poco más allá. En tal sentido (y como pudiera haber previsto el actual art. 52, inc. 2º) Malagarriga comentó que la reforma además debió “admitir que el juez homologase la propuesta del deudor aunque ella hubiese sido rechazada por la junta, cuando considerase que dicha propuesta consultaba el interés general, o cuando fuese adecuada a las efectivas posibilidades del deudor y la conducta de éste que lo hiciese merecedor de ese beneficio” <sup>6</sup>.

### III. EL RÉGIMEN DE LA LEY 19.551

Con estos antecedentes en nuestra legislación, llegamos a 1972 cuando se dictó la ley 19.551. Esta ley continuó con la tendencia a ampliar las facultades del juez a la hora de homologar el acuerdo en el concurso preventivo. Así, en su art. 61 preveía las pautas a seguir por el juez para la homologación del acuerdo alcanzado entre el deudor y sus acreedores.

En el régimen de la ley 19.551, el juez realizaba: 1) Un “control de legalidad”, debiendo examinar y valorar si los requisitos legales de promoción del concurso y pasos ulteriores habían sido satisfechos, sin que dicho control se encontrara limitado a la mera verificación del cumplimiento de los aspectos formales de la presentación; y 2) un “juicio de mérito”, debiendo en esta etapa valorar si el proyecto de concordato merecía su acuerdo y consecuente homologación <sup>7</sup>.

#### 1. Control de legalidad

El control de legalidad al que se hace alusión consistía en el ejercicio de las facultades previstas en los incs. 4º y 6º del art. 61, ley 19.551:

“Art. 61: el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo por la resolución fundada en la que valora:

(...)

”4) la existencia de causales de impugnación no invocadas;

(...)

”6) la suficiencia de la contabilidad y documentación para informar la claridad de los actos de gestión y la situación del concursado”.

En cuanto a las causales de impugnación no invocadas, el magistrado debía examinar las actuaciones y verificar la inexistencia de alguna de las causales de impugnación existentes en el art. 59 (reemplazado por el actual art. 50).

<sup>5</sup> Ver PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>6</sup> MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de derecho concursal*, t. IV, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1963, p. 145, citado por PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>7</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, cit., p. 78.

La verificación de la contabilidad y la documentación se relaciona directamente con la necesidad de esta información para que el juez realice el juicio de mérito que exigía este régimen.

## 2. Juicio de mérito

En esta etapa de su análisis el juez debía ponderar conforme a las pautas establecidas por el art. 61: 1) la conducta del deudor para determinar si era merecedor de la solución preventiva; 2) la conformidad con el interés general; 3) su congruencia con las finalidades de los concursos; y 4) la posibilidad de cumplimiento del acuerdo.

El criterio que tomaba en consideración la conducta del deudor para evaluar si éste “merecía” la solución preventiva era un resabio de las primeras legislaciones referidas al concurso preventivo, en el cual se evaluaba la conducta del pequeño comerciante individual. Este estándar no se justificaba al momento en que fue dictada la ley 19.551, en el cual, por la mutación de la realidad del comercio, correspondía una mirada que contemplara la preservación de la empresa, por sobre los “merecimientos” de su administrador.

El resto de los requisitos exigidos en esta etapa también fueron objeto de críticas. En tal sentido Fassi y Gebhart dicen que en los términos del art. 61 se exigía al juez una tarea de difícil realización: “debe admitirse que el viejo art. 61, ley 19.551 (reemplazado por el texto bajo análisis), constituía un largo y formal temario que inexcusablemente el magistrado llamado a homologar, o no, el acuerdo habido entre el deudor y los acreedores debía abordar, frecuentemente sin los elementos apropiados para hacerlo; de allí que las más de las veces se le confiaban tareas ciclópeas (v.gr., argumentar sobre la conveniencia económica del acuerdo y su conformidad con el interés general, o la determinación de causales invocadas) que eran superadas sólo acudiendo al argumento de las mayorías obtenidas previamente”<sup>8</sup>.

Por su parte, Rivera sostiene en relación con el efectivo ejercicio de las facultades de los jueces conferidas por la ley 19.551: “Como señala Escuti, la no homologación fue una facultad abdicada por los tribunales, lo que se demuestra por la sola constatación de que en veintitrés años de vigencia de la ley, son poquísimos los casos en que ella fue ejercida efectivamente. Los jueces, en general, homologaban casi mecánicamente, y cuando no lo hicieron cometieron graves errores”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 7ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 172.

<sup>9</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 477.

No obstante las críticas señaladas, debemos remarcar que, como veremos al momento de considerar el régimen de la ley 24.522 en cuanto al tema de referencia, tampoco fue recibida con beneplácito la eliminación lisa y llana de las facultades conferidas al juez para valorar la propuesta de acuerdo en forma previa a su homologación.

#### IV. EL RÉGIMEN DE LA LEY 24.522

##### 1. Texto legal

La ley 24.522 reemplazó el texto del art. 61, ley 19.551, por el del art. 52 que establecía:

“No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días”.

El análisis del texto, considerando exclusivamente su tenor literal, parece indicar que alcanzadas las mayorías exigidas por la ley, si no se hubieran deducido impugnaciones o se hubieran rechazado las interpuestas, el juez se encontraba obligado, sin otro trámite, a decretar la homologación del acuerdo, omitiendo cualquier otra consideración sobre éste.

Puede observarse el neto corte privatístico de esta reforma, el cual es consistente con el criterio seguido en general por la ley 24.522, poniendo en manos de los acreedores en forma exclusiva el destino del acuerdo y vedando cualquier intervención del juez, sea a favor o en contra.

Esta norma funcionaba directamente en relación con las disposiciones del art. 43, LC, en cuanto establecía que en la propuesta a formular por el deudor a sus acreedores, debía ofrecerse el pago de al menos el 40% de los créditos quirografarios anteriores a la presentación, funcionando esto como un límite de orden público.

##### 2. Doctrina

Sin perjuicio de la interpretación del sentido literal del texto legal a la cual inevitablemente conduce la redacción del art. 52, LC, del legislador de 1995, se planteó en doctrina qué facultades (si alguna) conservaba el juez del concurso luego de la reforma.

Así, encontramos por un lado la opinión de Maffía, según el cual por la reforma el juez ha quedado reducido a un “cuentaporotos” cuya única función es verificar que se hayan alcanzado las mayorías exigidas por la ley para la aprobación del acuerdo<sup>10</sup>. En este mismo sentido, Graziabile también sostiene que, a tenor de lo dispuesto por el art. 52, LC, según la ley 24.522 no resultaban ad-

<sup>10</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Manual de concursos*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 255.

misibles las posiciones que tanto en doctrina como en jurisprudencia admitían la posibilidad del juez de no homologar el acuerdo, apoyando tal posibilidad en la infracción de normas o principios del ordenamiento jurídico en general <sup>11</sup>.

No obstante, esta postura en doctrina era minoritaria, sosteniendo la mayoría de los autores que, a pesar del texto legal, el juez del concurso conservaba la potestad de, en mayor o menor medida, realizar un *control de legalidad* sobre la validez del acuerdo.

En este sentido, y dando sus criterios sobre el alcance del control de legalidad que podían ejercer los jueces, encontramos estas opiniones:

Fassi y Gebhart explicaban que conforme al texto citado del art. 52 (según ley 24.522): “La homologación entonces, debe ser dictada, en principio, en forma automática y sin mayores argumentos, pues la ley respalda el acuerdo. No puede empero dejarse de poner a salvo las potestades judiciales de enervar un acuerdo vulneratorio del orden público o que, de algún modo, esté predeterminado a la violación de la ley o a consumir un fraude. Contribuye a esta interpretación el hecho que sea necesario que el juez deba pronunciarse y homologar el acuerdo; si, en cambio, el legislador hubiera querido abolir todo examen del acuerdo, simplemente hubiera hecho surtir sus efectos con la decisión del art. 49 y con la desestimación de las impugnaciones” <sup>12</sup>.

Rivera, por su parte, dice: “Una cuestión importante era saber si el juez podría tomar en consideración causales de impugnación no invocadas. Desde nuestro punto de vista sí podía hacerlo, pues ese mismo control de legalidad del que lo inviste la ley, y las facultades genéricamente conferidas a los jueces tanto en la Ley de Concursos como en el ordenamiento en general, hacen que el tribunal deba impedir la consagración del fraude, o incluso del error, habida cuenta de que éste no puede generar ni lesionar derechos” <sup>13</sup>. Señala además, haciendo una crítica de los resultados prácticos de este régimen, que “la inexistencia de un control de mérito del acuerdo llevó a que los jueces se sintieran compelidos a homologar acuerdos en los que resultaba sospechable que se trataba de un verdadero fraude contra los acreedores ‘independientes’” <sup>14</sup>.

Grispo sostiene que el art. 52, LC, establecía como principio que el juez sólo puede adentrarse a analizar el acuerdo en el caso en que se hubieran deducido impugnaciones y, con carácter excepcional, podía entrar en el análisis de mérito de la propuesta “cuando la homologación podía derivar en una transgresión a los principios generales del derecho” <sup>15</sup>.

<sup>11</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52...”, cit.

<sup>12</sup> FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras...*, cit., p. 173.

<sup>13</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 478.

<sup>14</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit.

<sup>15</sup> GRISPO, Jorge D., “Homologación del concordato y facultades del magistrado”, ED 197-761.

Según Heredia: “La indagación de la legalidad comprende las condiciones de admisibilidad del procedimiento. Por lo tanto, es función de la sentencia de homologación verificar la subsistencia del presupuesto objetivo de apertura referente a la cesación de pagos, de suerte que si ese estado no perdura el juez debe actuar en consecuencia, denegando la homologación sin declaración de quiebra. Más allá de lo anterior, el tribunal debe observar si se ha respetado la ritualidad del procedimiento, desde el primer hasta el último acto. En particular, el juez debe examinar: la legalidad de la propuesta de acuerdo en cuanto a la persona de quien proviene, es decir, si fue formalizada por quien era legitimada al efecto; si se han cumplido fielmente las cargas procesales impuestas al concursado, de cuya inobservancia se deriva la quiebra como sanción; si el ejercicio del voto por parte de los acreedores, expresado en las conformidades escritas aludidas por el art. 45 se ha ajustado a derecho; la existencia de las mayorías legales requeridas por la ley. Aunque la ley no lo establece, el magistrado se encuentra facultado para considerar las causales de impugnación no invocadas en la oportunidad prevista por el art. 50”<sup>16</sup>.

Rubin dice que durante la vigencia de la ley 24.522 “la propuesta de acuerdo no podía consistir en actos prohibidos por las leyes y las buenas costumbres, ni era factible que sea el medio para perjudicar ilegítimamente a terceros (referido art. 953, CCiv.). La propuesta de acuerdo preventivo tampoco podía ser una herramienta empleada de modo abusivo, vale decir, contrariando los fines que la ley tuvo al consagrarla (art. 1071, CCiv.)”<sup>17</sup>.

Rouillón, por su parte, admite que durante la vigencia la ley 24.522: “El juez concursal actual carece de la facultad-deber de analizar el mérito del acuerdo aprobado por los acreedores, que le conferían las anteriores leyes concursales argentinas”, pero no obstante, el magistrado debía llevar adelante un “...control genérico de la licitud de las prestaciones convenidas (que ellas no sean contrarias a derecho, al orden público, a la moral o las buenas costumbres...”<sup>18</sup>.

Finalmente, citamos la opinión de Dasso quien afirmaba: “El juez no puede renunciar (ni la ley le puede privar) de una potestad que es inherente a su función. No sería juez en cuanto homologara, convalidara un acuerdo que violara el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal, ley 24.522, y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, t. II, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 213/214.

<sup>17</sup> RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589”, LL 2002-C-1368.

<sup>18</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, citado por BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal respecto de la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera”, ED 197-210.

<sup>19</sup> DASSO, Ariel Á., “El límite mínimo en la propuesta de quita y espera”, LL del 20/12/2001, supl. Concursos y Quiebras, citado por BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal...”, cit.

En síntesis, podemos concluir que durante la vigencia del régimen de la ley 24.522, la mayoría de la doctrina, si bien se entendía desterrado el control de mérito con los alcances que le reconocía la ley 19.551, reconocía a los jueces a la hora de homologar el acuerdo preventivo la facultad de realizar un control de legalidad del acuerdo, el cual debía realizar teniendo en cuenta los principios generales del derecho, en particular los consagrados por los arts. 953 y 1071, CCiv.

### 3. Jurisprudencia

En numerosas oportunidades durante la vigencia de la ley 24.522, y a pesar del sentido literal que puede extraerse de la redacción del art. 52, LC, los tribunales no han homologado un acuerdo, a pesar de haber obtenido las mayorías previstas por el art. 45, LC, por considerar que resultaba abusivo o contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Así, en el ya clásico fallo de la sala C de la Cámara Comercial en “Línea Vanguard SA s/concurso preventivo”<sup>20</sup>, ante una oferta que respetaba el límite del 40% previsto por el art. 43, LC, pero que preveía también la concesión de un plazo de gracia de cinco años y el pago de los créditos en veinte, se sostuvo que “no obstante lo que pareciera resultar del texto del actual art. 52, LC, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales, toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad —arts. 953 y 1071, CCiv.—”.

En este mismo sentido, encontramos los precedentes C. Nac. Com., sala B, “Covello, Francisca M. s/quiebra”<sup>21</sup>, C. Nac. Com., sala A, “Btesch, José D. s/quiebra s/incidente”<sup>22</sup>.

## V. EL RÉGIMEN ACTUAL. LEYES 25.563 Y 25.589<sup>23</sup>

### 1. Ley 25.563

En relación con el tema que nos ocupa, esta ley tuvo como importancia la derogación del límite del 40% establecido por el art. 43, LC, según ley 24.522.

<sup>20</sup> 4/9/2001, ED 197-207.

<sup>21</sup> 3/9/1996, LL 1997-E-244.

<sup>22</sup> 9/4/1997, ED 175-172.

<sup>23</sup> Previo a estas reformas, en 1997, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto de reformas a la ley 24.522. Para el art. 52 había previsto el siguiente texto: “Homologación. No deducidas las impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo. 1) Si se considera una única propuesta debe homologarla, salvo que la

En estas circunstancias, y dado que esta ley no modificó al art. 52, LC, tendríamos que sostener que, ateniéndonos al sentido literal del texto legal, sería válido un acuerdo preventivo que, ofreciendo el pago del 1% del capital quirografario, hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley en el art. 45, LC. Entendemos que, planteado en estos términos, la revocación de ese límite hacía que la interpretación estrictamente gramatical del texto del art. 52 devenga absurda, debiendo necesariamente el juez del concurso realizar un análisis del acuerdo que exceda el estricto control del cumplimiento de las formalidades previstas y la obtención de las mayorías requeridas, debiendo entonces controlar que el acuerdo no sea abusivo, celebrado en fraude a la ley o contrario a la moral y al orden público.

## 2. La ley 25.589

La ley 25.589 reformó finalmente el texto del art. 52, LC, el cual quedó redactado de la siguiente forma:

“Art. 52.— Homologación. No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

”1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla.

”2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías:

---

encuentre contraria al orden público o a la moral, o en fraude a la ley. 2) Si considera más de una propuesta, en el caso del art. 48 debe homologar la más votada, salvo iguales circunstancias. Descalificada la más votada por las razones del inc. 1º debe considerar la siguiente más votada y, en su caso, proceder de igual manera hasta concluir con las propuestas. 3) Cuando una propuesta no haya contenido la conformidad de la totalidad de las clases, el juez puede homologarla e imponerla a una o más clases, siempre que: a) si no se ha conseguido la conformidad de una o más clases de acreedores quirografarios, cuando el acuerdo ha obtenido, en su conjunto, las conformidades de las dos terceras partes del capital quirografario, y b) en todos los casos, cuando el juez considere que el acuerdo es equitativo y no discrimina irrazonablemente contra la clase o categoría en la que no se logró conformidad suficiente. El juez no puede utilizar la facultad de este inciso para imponer una propuesta a acreedores con privilegio especial que no la haya aceptado. 4) Al homologar, el juez decide sobre las objeciones a la categorización presentadas de conformidad con el art. 49. Si se trata de la ubicación de uno o más acreedores dentro de determinadas categorías, decide sobre la categoría en la que corresponde incluirlos. Si se objeta la categorización en su conjunto, decide sobre su razonabilidad con atención a los principios del inc. 3º, b. 5) Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 51, párr. 3º: a) En los casos de los incs. 1º, 2º y 3º la no homologación es apelable por el presentante de la propuesta homologada. b) La homologación también es apelable por quien haya objetado la categorización en su conjunto. c) Cuando un acreedor se opuso a su inclusión en una determinada categoría, la sentencia homologatoria sólo es apelable en este aspecto, al solo efecto devolutivo, por el acreedor o, en su caso, por el presentante de la propuesta. 6) La no homologación o la revocación de la homologación sólo produce la quiebra cuando se hallen firmes. El juez decide entre tanto lo que considere apropiado respecto de la administración”.

”a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del art. 45 o, en su caso, las del art. 67;

”b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:

”i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;

”ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;

”iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;

”iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

”3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

”4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

De esta forma, el nuevo texto legal modifica la Ley de Concursos, redefiniendo el control de mérito del acuerdo, evitando los extremos de la supresión lisa y llana de las facultades homologatorias del juez del texto de 1995, y el de las amplias facultades que éste tenía antes de dicha reforma <sup>24</sup>.

En tal sentido se ha sostenido que “la ley 25.589 (...) ha procurado abonar una solución ecléctica. Ni excesivamente publicista, ni demasiado privatista. En este sentido, la ley 25.589 parece haber encontrado un punto de equilibrio no sólo de las facultades homologatorias del juez concursal, sino también de los acreedores” <sup>25</sup>.

#### *a) Supuestos previstos por la ley*

##### *a.1. No categorización. Propuesta única*

Si el juez considera una única propuesta, formulada durante el período de exclusividad, el salvataje del art. 48 o en el caso de agrupamiento, cuando ha re-

<sup>24</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52...”, cit.

<sup>25</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general y las nuevas facultades del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589”, ED 198-674.

cibido la aprobación de la doble mayoría de acreedores prevista por el art. 46, LC, el juez ha de homologarla, siempre que no fuera abusiva o fraudulenta.

### *a.2. Categorización. Oferta a distintas categorías*

Cuando se hubieren presentado propuestas a varias categorías, y éstas hubieran obtenido las mayorías del art. 45, o tratándose de grupos las del art. 67, el juez deberá homologar el acuerdo de la misma manera que cuando se tratase de la hipótesis del inc. 1º, esto es, propuesta única (art. 52, inc. 2º a) <sup>26</sup>.

En el caso que no se obtuvieran dichas mayorías en todas las categorías, si se hubieran reunido determinados recaudos exigidos por la ley, el juez también podrá homologarlo imponiendo el acuerdo a todos los acreedores quirografarios <sup>27</sup>. De esta forma, cuando no se obtiene todas las mayorías que requiere la ley, en este supuesto se le da al juez en las condiciones previstas la posibilidad de aplicar el *cramdown power* o imposición forzosa del acuerdo a los acreedores disidentes <sup>28</sup>.

## *b) El art. 52, inc. b). El cramdown power*

### *b.1. Concepto*

El llamado *cramdown power* es definido, en general y sin considerar las particularidades que reviste en nuestra legislación concursal, como la facultad del juez de imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, aun a los disidentes, aunque las mayorías no se hubieran logrado en todas las categorías <sup>29</sup>.

### *b.2. Fundamento*

Esta institución encuentra su fundamento en la búsqueda del legislador de un mecanismo que permita al juez limitar el posible abuso de un acreedor que por su propio peso en el concurso, a partir de una negativa a aceptar un acuerdo razonable, genere la quiebra de una empresa económicamente viable.

Esto es resaltado por la doctrina: “el acreedor, muchas veces, arbitrariamente y conociendo su poder de decisión dentro de una categoría, se oponía al acuerdo (y no daba su conformidad) en búsqueda de otras formas paraconcordatorias de acuerdo. La nueva redacción del art. 52, LC, ha buscado frenar las

<sup>26</sup> DASSO, Ariel Á., “La contrarreforma de la Ley de Quiebras en la emergencia. Ley 25.589”, LL 2002-C-1313.

<sup>27</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>28</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la Ley Concursal y afines luego de las reformas introducidas por la ley 25.589”, LL 2002-D-1097.

<sup>29</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

arbitrariedades de los deudores que imponían acuerdos ilegítimos o abusivos a determinados acreedores ilegítimos y, también, lograr equidistancia con el abuso de los mismos acreedores”<sup>30</sup>. “El *cramdown power* aparece como una fórmula útil puesta en la atribución judicial para superar la frustración en la obtención de la regla mayoritaria como resultado de una errónea categorización o la posición obstruccionista de acreedor hostil con participación no superior al 25% del pasivo quirografario”<sup>31</sup>.

### b.3. Fuente. Derecho estadounidense

Nuestro art. 52, inc. b), LC, reconoce su antecedente en derecho comparado en el *Bankruptcy Code* estadounidense, cap. 11, subcap. II, secc. 1129 *Confirmation of the plan*<sup>32</sup>. Esta solución se justifica en el derecho anglosajón, ya que tradicionalmente se considera que los tribunales no pueden ser vehículo para obtener lo irrazonable. En consecuencia, el magistrado tiene la función de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes cuando aquello que se les ofrece es igual o mejor que lo que recibirían si se liquidaran los bienes del deudor en la quiebra<sup>33</sup>.

Encontramos, no obstante, que nuestro sistema se aparta un poco de su fuente, ya que mientras que esta facultad se reconoce en el derecho norteamericano en forma abierta, nuestro art. 52, LC, establece pautas muy estrictas para su procedencia. Así encontramos que Graziabile compara ambos sistemas diciendo que “el *cramdown* del *Bankruptcy Code* puede definirse como el poder dado al juez para aprobar una propuesta aunque no se hubiesen alcanzado las mayorías legales, cuando se dieran ciertas circunstancias que hagan justa su aceptación”, mientras que “el *cramdown power* de la ley 25.589 consiste en la posibilidad del juez de imponer el acuerdo que homologue a la totalidad de los acreedores quirografarios, cuando al menos, una categoría haya obtenido la aprobación, conformidad de 3/4 del capital quirografario, no haya discriminación y que el pago equivalga a lo que le correspondería al acreedor por dividendo falimentario”<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>31</sup> DASSO, Ariel Á., “Balance provisorio de la ley 25.589. Dogma y praxis - principios y realidad”, ED 204-992.

<sup>32</sup> Secc. 1129 (b) (1) “*Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan*” (el destacado es propio).

<sup>33</sup> RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal...”, cit., p. 1368.

<sup>34</sup> GRAZIABILE, Darío J., “Breve comentario a la nueva reforma concursal (La de la ley 25.589 porque la de la 25.563 ya es vieja)”, DJ 2002-2-721.

#### b.4. Requisitos para su procedencia

Para que el juez entonces pueda homologar un acuerdo imponiéndolo a una categoría de acreedores disidente debe contarse con la totalidad de los requisitos establecidos por el art. 52, inc. b).

En primer lugar, se exige: a) Aprobación de por lo menos una de las categorías de acreedores quirografarios. Puede decirse que ésta es la requisitoria que aparece como más sencilla de cumplir, ya que basta que exista una categoría con un acreedor único y que éste preste su conformidad para lograr el recaudo legal.

Para Junyent Bas y Molina Sandoval, “esta condición se impone como razonable, ya que resultaría ilógico que el juez homologue una propuesta que ninguna de las categorías haya aceptado. No tendría acuerdo alguno que imponer a los acreedores, ya que no hubo acuerdo con ninguna. De otro modo resultaría inconsistente, pues el art. 52, inc. 2º, b.iii), LC, que impone a los acreedores de categorías disidentes puedan elegir entre propuestas aprobadas...”. Asimismo, entienden que “ha sido apropiada la aclaración legal referida a que debe ser de acreedores quirografarios. Ello así, pues los privilegiados tiene un régimen especial dentro del mecanismo concordatario, ya que se requiere unanimidad de los acreedores con privilegio especial”<sup>35</sup>.

Como un segundo requisito, se exige: b) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario.

Esta disposición se justifica en que “si un concursado ha obtenido tal porcentaje de capital, resulta lógico intuir que ha obtenido un acuerdo, aun cuando en alguna categoría no se haya obtenido mayoría”<sup>36</sup>.

Se sostuvo que este requisito representa un verdadero “palo en la rueda” que haría casi impracticable el *cramdown power*. Se entiende que la exigencia resulta excesiva y que tal vez hubiera resultado más que suficiente prever como exigencia la conformidad de los dos tercios que se impone para el caso de la propuesta única, considerada sobre la totalidad del capital quirografario. No obstante, se resalta que esta mayoría exigida es concordante con la exigida para el art. 67, LC, en el caso de concurso de agrupamiento<sup>37</sup>.

Como tercer requisito, se exige: c) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes.

Para que se considere que no hay discriminación se debe posibilitar que los acreedores disidentes elijan una de las propuestas aprobadas. Si los interesados no realizaran una elección expresa, nunca podrán recibir un pago inferior al mejor que se acordó con la categoría o categorías que prestaron conformidad

<sup>35</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>36</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>37</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

a la propuesta. Para satisfacer este requisito resulta suficiente que la propuesta no diga que los acreedores que integran una categoría no pueden elegir otra en caso de imposición judicial del acuerdo <sup>38</sup>.

Es común la crítica a esta disposición en cuanto se refiere a la terminología empleada. El término “discriminación” utilizado es tomado directamente de su fuente estadounidense, sin tomar en consideración que en nuestro orden jurídico dicho concepto carece de la clara significación que tiene en el derecho norteamericano. En tal sentido se ha dicho que “por más que la ley intente explicar a qué se refiere con ‘no discriminar’, lo cierto es que resulta muy difícil transpolar de esta manera institutos de derecho extranjeros que no tiene antecedentes en el país y que dificultan mucho su aplicación” <sup>39</sup>. Se sostiene que “hubiera sido más apropiado que la LC señalara como recaudo condicionante (y en esto utilizamos la misma redacción de la LC) directamente que los acreedores comprendidos en las categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con las categorías que las aprobaron expresamente” Con la discriminación se introduce una terminología extraña a nuestro derecho <sup>40</sup>.

En relación con esta obligación de no discriminación y la consecuente facultad del acreedor al que se le impone el acuerdo en forma forzada de elegir entre las alternativas de pago aceptadas por otras categorías, encontramos que existe la posibilidad de que el acreedor que entendiera que su categoría recibe peores condiciones en el acuerdo que las restantes especule con la posibilidad de esta imposición forzada que le permitirá elegir entre las ofertas aceptadas por las restantes categorías. Es decir que evalúe, al momento de evitar, no prestar su conformidad a la propuesta que le corresponda, esperando en el caso de que se produzca la imposición forzada, obtener lo que se ofrece con la mejor propuesta presentada <sup>41</sup>.

Por último se establece como requisito: d) El pago que se haga al acreedor disidente equivalga a un dividendo no menor al que obtendría en la quiebra.

Con este requisito se busca que el juez, en forma previa a realizar una imposición forzada de un acuerdo preventivo a una categoría disidente, evalúe con los elementos que cuenta si los acreedores percibirán en función del acuerdo que se les impone un pago de su crédito en mejores condiciones que las que podrían obtener de la liquidación de los bienes del deudor en una quiebra.

Se critica este requisito por entender que, a pesar de que es claro en sus términos, obliga al juez a hacer una predicción que resulta muy difícil a esta altura del proceso. Así, sostiene Graziabile: “no se me ocurre cómo el juez, al momen-

<sup>38</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 482.

<sup>39</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>40</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>41</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

to de homologar el acuerdo, quizás, como mínimo un año antes de la potencial distribución de la quiebra indirecta que pueda decretarse, podrá determinar cuál será el dividendo que le pueda corresponder al acreedor disidente en esa etapa”<sup>42</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Rivera: “El último recaudo es simple de decir y difícil de acreditar. La ley exige que *el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes*. Esto puede llevar a una dilación excepcional de los trámites, pues en muchos casos será imposible resolver este punto sin efectuar alguna pericia o por lo menos contar con opiniones de la sindicatura y el comité de acreedores. Por otra parte, el deudor concursado que pretendiera la aplicación de esta facultad excepcional del tribunal, debería acompañar junto con su pedido elementos que acreditaran este extremo”<sup>43</sup> Por su parte, Alegria dijo: “la apreciación sobre la cuál sería el dividendo que los acreedores pueden obtener en la quiebra del mismo concursado, será muy difícil de establecer en las variables condiciones de la economía argentina, máxime no habiendo estadísticas sobre los valores que se obtienen en las ventas judiciales”<sup>44</sup>.

#### *b.5. Acreedores a los que alcanza la imposición forzada*

La imposición judicial del acuerdo alcanza sólo a los acreedores que integran la categoría o categorías disidentes, aun a aquellos que hubieran dado su conformidad con la propuesta formulada en primer término, sin que puedan verse obligados por la aceptación realizada en un primer momento. Todos estos acreedores pueden entonces ejercer la elección prevista en la ley.

No obstante, la imposición no alcanza a los acreedores, independientemente de que hubieran dado o no su conformidad a las propuestas, precisamente en razón de que integran una categoría o categorías en las que se hubiesen obtenido las conformidades legales necesarias, quedando de esa forma vinculadas por éstas<sup>45</sup>.

#### *b.6. Acreedores privilegiados*

Es clara la situación de los acreedores con privilegio especial: éstos no se encuentran comprendidos por las disposiciones de la norma. Esto se justifica en que el acuerdo preventivo para acreedores con privilegio especial debe ser

<sup>42</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>43</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 483.

<sup>44</sup> ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 25.589)”, LL 2002-D-1055.

<sup>45</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

aprobado por unanimidad; por ende, no resulta posible imponer el acuerdo cuando no se ha obtenido tal consentimiento <sup>46</sup>.

No obstante se generan dudas con relación a los acreedores con privilegio general en el caso de un acuerdo que se haya aprobado sin las mayorías suficientes. ¿Es posible imponerles el acuerdo? La ley no lo menciona expresamente. Sin embargo, después excluye de la imposición (*cramdown power*) sólo el caso de los acreedores con privilegio especial (inc. 3º, art. 52, ley 24.522).

En respuesta a este planteo encontramos que Alegria sostiene que “en nuestra ley el juez no está autorizado a imponer el acuerdo a la categoría de acreedores con privilegio general cuando no se obtuvo mayoría en ella, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos. Esta conclusión surge de que la ley sólo autoriza la imposición a categorías de acreedores quirografarios y, porque además en nuestra legislación concursal el acuerdo ordinario que requiere aprobación para evitar la quiebra, es el referido a acreedores quirografarios (arts. 45 y 46, ley 24.522), mientras que el acuerdo para acreedores privilegiados es normalmente facultativo”.

En sentido contrario se sostuvo: “Si bien los que tienen privilegio especial están expresamente excluidos de ser alcanzados por la norma, sin su expresa aceptación, nada impide que haya categorías de acreedores con privilegio general que queden comprendidas en la preceptiva analizada” <sup>47</sup>.

#### *b.7. ¿Puede el juez aplicar esta facultad en el caso del art. 48, LC?*

En principio, la redacción del acuerdo parecería estar destinada a su aplicación en el supuesto de que el deudor no hubiera podido alcanzar durante el período de exclusividad las mayorías que exige la ley en una o varias de las categorías a las que se hubieran hecho propuestas diferenciadas, sin prever todas las eventualidades que se generarían de decidir el juez ejercer esta facultad ante una propuesta de salvataje.

No obstante, encontramos la opinión de Alegria en sentido favorable a esta posibilidad: “La ley no establece si en caso de *cramdown* (art. 48, ley 24.522, en su actual redacción), se puede utilizar la facultad judicial ahora contenida en el art. 52, LC, para imponer el acuerdo —en ciertas condiciones— ‘a la totalidad de los acreedores quirografarios’ aun ‘si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías’. Por nuestra parte creemos, en primer lugar, que se puede utilizar este poder, pues no existe distinción eficaz de la ley que lo excluya”. No obstante, reconoce los conflictos que semejante aplicación puede generar: “Es claro que si existe un solo acuerdo (del deudor o de

<sup>46</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 483.

<sup>47</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

terceros), al homologar el juez podría hacer uso de esta facultad. Pero si existen acuerdos en competencia, el juez sólo podría homologar el acuerdo de aquel que ha traído todas las conformidades necesarias en todas las categorías propuestas (arg. art. 48, inc. 4º, 2ª parte, e incs. 6º y 7º, ley 24.522). Finalmente, si más de una propuesta se ha llevado sin la totalidad de las conformidades pero en condiciones de ejercer el poder del art. 52, inc. 2º, debería concluirse que el juez debe estudiar la primera propuesta presentada y si estima factible el uso del *cramdown power*, ejercerlo; si lo estima inadecuado, podría considerar la segunda oferta y el uso del *cramdown* en tal caso”<sup>48</sup>.

c) *Facultad del juez de no homologar el acuerdo (art. 52, inc. d)).*

*Propuestas abusivas o en fraude a la ley*

Como ya se ha señalado, el texto del nuevo art. 52, LC, le ha reconocido al juez nuevamente la facultad de no homologar una propuesta, aun cuando ésta hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley, cuando fuera contraria a la moral y a las buenas costumbres. Puede ejercitar esta facultad de oficio.

Se señala generalmente que los alcances a reconocer a estas nuevas facultades son limitados, sin llegar a los extremos que tenían durante la vigencia de la ley 19.551. Se entiende que el juez concursal no tiene entonces a su cargo sino una parte del control formal, en el cual se considera comprendida la verificación del encuadre del acuerdo dentro de los principios directrices del derecho en general<sup>49</sup>. En cuanto a los alcances de este control, Barbieri dijo: “A pesar de que el nuevo legal no lo indica textualmente, es cierto que el agregado de este párrafo un análisis y una evaluación pormenorizada del magistrado interviniente respecto del acuerdo preventivo logrado entre el deudor y sus acreedores. Sin embargo, creo que esta facultad se encuentra limitada a los parámetros fijados por la propia norma, es decir, el ‘abuso’ de la propuesta o el supuesto ‘fraude a la ley’ de la misma (...) La dirección adoptada en la reciente modificación a la ley concursal parece muy clara y se abandona aquel mero control de legalidad asignado al juez en la redacción originaria del art. 52, ley 24.522”<sup>50</sup>.

Es una opinión frecuente en doctrina que esta normativa no otorga nuevas facultades a los jueces, sino que no hace sino explicitar facultades que siempre tuvieron y que contaban con firme recepción en la jurisprudencia. Así, Dasso sostuvo: “Esta normativa ya había sido receptada por la jurisprudencia que rescataba la facultad inalienable del juez para aplicar el contenido del orden público, la moral y las buenas costumbres al momento de homologar. De todas ma-

<sup>48</sup> ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma...”, cit.

<sup>49</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>50</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la ley 25.5892”, LL 2002-D-1093.

neras prefiero la nueva pauta concretada en el abuso o el fraude a la ley que desplaza al politizado y contingente orden público”<sup>51</sup>. Por su parte, Junyent Bas y Molina Sandoval sostienen: “Va de suyo que a estos fines no hacía falta agregar ninguna norma, pues las pautas de los arts. 953 y 1071, CCiv., son directrices centrales de todo el derecho privado y ninguna convención de partes, por privada que sea, puede violar la moral, las costumbres y/o el orden público”<sup>52</sup>.

No obstante, por otra parte se rescata que el nuevo texto cumple la finalidad de zanjar las dudas que originara la redacción anterior y que llevara a autores y jueces a sostener el criterio que ahora el legislador incorpora con la expresión transcripta<sup>53</sup>.

### *c.1. El quid de la abusividad*

Planteado el estándar establecido por la norma queda pendiente la cuestión de establecer sus alcances, limitados a aquellas propuestas consideradas abusivas o en fraude a la ley. Entonces corresponde preguntarse ¿cuándo una propuesta es abusiva?

Para definir este estándar corresponde remitirse a la norma general de derecho privado que lo prevé: el art. 1071, CCiv. Se considera a partir de dicha norma que existe abuso del derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines que la ley ha tenido al concederlo, o en contra de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, a pesar de la aparente claridad, dentro de la doctrina concursal se han alzado algunas voces sosteniendo que por la especialidad de la situación que da lugar al concurso, este estándar no da una pauta lo suficientemente clara, sobre todo cuando hay que tener en cuenta que la propuesta que se juzga abusiva a esta altura cuenta con la aprobación de una mayoría de los acreedores del concurso. Así Barbieri dijo que “...resulta muy difícil de precisar la ‘abusividad’ de una propuesta de acuerdo —o, mejor dicho, de un acuerdo preventivo— cuando el mismo ha sido aceptado por la mayoría de los acreedores exigida por la legislación vigente. Quizás tienda la norma a intentar proteger a la minoría disidente o que no prestó conformidad a la propuesta de acuerdo oportunamente ofrecida por el deudor, ampliando esta tutela a aquellos acreedores que ingresen tardíamente al pasivo concursal”<sup>54</sup>.

Truffat, por su parte, critica la elección de este estándar por el legislador por entender que implican poner una carga muy pesada sobre los hombros del juez, sosteniendo que debió otorgar alguna pauta más objetiva, en una materia

<sup>51</sup> DASSO, Ariel Á., “La contrarreforma...”, cit.

<sup>52</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>53</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>54</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales...”, cit.

tan sensible como el derecho de quiebras, dado que entender resulta difícil establecer en esta materia cuando un acuerdo resulta abusivo <sup>55</sup>.

### *c.2. El fraude a la ley*

El fraude a la ley no cuenta en nuestro derecho con una definición legal. No obstante, es compartido en doctrina el criterio según el cual se sostiene que es en fraude a la ley el acto jurídico aparentemente lícito por celebrarse al amparo de una norma de cobertura, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa <sup>56</sup>.

El estándar del fraude a la ley recibe críticas similares a las planteadas en relación con el del abuso del derecho, en cuanto se entiende que no da pautas claras para su aplicación <sup>57</sup>.

### *c.3. ¿Puede el juez del concurso modificar la oferta del deudor?*

Analizados los presupuestos que dan lugar a que el juez no homologue un acuerdo alcanzado en el marco del concurso, surge la inquietud de si resultaría posible que, para salvar la empresa viable económicamente, el juez resuelva adaptar la propuesta en protección del mejor interés de la categoría de acreedores disidentes.

Es claro que dicha facultad no surge del art. 52, LC, al menos en cuanto se refiere a su tenor literal. No obstante, algunos autores han llegado a hacer una interpretación en tal sentido.

Así encontramos a Grispo, quien sostiene que “enfrentado a la estipulación abusiva, excepcionalmente, el magistrado está facultado para adecuar la misma, salvando la validez del acto jurídico concordatario. La posibilidad de adecuar (y/o modificar) la propuesta de acuerdo es cierta y concreta (...) i) La regla contenida en el art. 52, inc. 1º, del ordenamiento concursal no es absoluta, en punto a que, en primer lugar, cuando el magistrado considera una propuesta única, debe —en principio— homologarla si el deudor acompañó las conformidades de ley en tiempo y forma. No obstante, ‘en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley’ (...) El art. 1071, CCiv., no enumera taxativamente cuáles son los efectos del abuso. Por el contrario deja abierta la solución al caso particular, siendo el ‘menú’ (abierto) que ofrece la casuística. Si una regla puede darse es que, respetando el principio de conservación del acto, el juez debe preocuparse por eliminar el abuso. Consecuente-

<sup>55</sup> TRUFFAT, E. Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (art. 52, inc. 4º, LCQ)”, ED 198-760.

<sup>56</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., ps. 480/481.

<sup>57</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales...”, cit.

mente, frente a un acto jurídico que contiene alguna cláusula abusiva, el juez está facultado por el ordenamiento para conservar el acto, declarar la nulidad parcial y eliminar la cláusula (art. 1039, CCiv.). Sin embargo a veces, esta eliminación no es el remedio completo, siendo necesaria la sustitución de esa cláusula por otra, por lo que muchas veces el sistema normativo le permite integrar el contrato, si así fuera posible (...) el legislador usó una fórmula abierta para combatir el abuso del deudor en la propuesta de concordato, aunque haya sido votada por una mayoría (...) En consecuencia, frente a la posibilidad de decretar la quiebra, pensamos que el magistrado cuenta —si bien excepcionalmente y con fundamento en todo lo que venimos diciendo— con la posibilidad de: *readecuar la propuesta abusiva o en fraude a la ley o bien disponer un plazo adicional para que el deudor concursado reformule su propuesta*”<sup>58</sup>. Cita en favor de su postura, voto la Dra. Kemelmajer de Carlucci en “Argenfruit SA en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos SACIA s/concurso s/incidente de casación”<sup>59</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

En síntesis, de la exposición realizada extraemos las siguientes conclusiones:

— La cuestión relativa a las facultades homologatorias del juez se presenta siempre en el marco de la puja entre quienes entienden que corresponde aplicar un criterio publicista o privatista en la legislación concursal. En general, quienes hacen primar las cuestiones de orden público involucradas en el marco de un concurso de una quiebra tienden a otorgar al juez mayores facultades al momento de homologar un acuerdo. Es común durante épocas de crisis (como la vivida en la Argentina en 2001/2002, durante la cual tuvo lugar la última reforma al art. 52, LC) que se tienda a reconocer mayores facultades a los jueces, con el fin de intervenir limitando los poderes de los acreedores y evitar que a través de sus manejos prevalezcan intereses individuales por sobre el interés social en la conservación de la empresa. Por el contrario, quienes impulsan criterios privatistas (tal el espíritu en general de la ley 24.522) tienden a reducir el rol de los jueces, dando mayor poder a la voluntad de los acreedores.

— La ley 19.551 estableció un régimen amplísimo de facultades al momento de la homologación del acuerdo preventivo. En los hechos, estas facultades no fueron ejercidas por los jueces en forma descontrolada, sino que por el contrario se destaca la prudencia de los magistrados. Por este motivo, la revocación lisa y llana de estas atribuciones por la ley 24.522 recibió la crítica de la doctrina.

— No obstante, durante la vigencia del art. 52, LC, de la ley 24.522, la doctrina en forma mayoritaria y la jurisprudencia entendieron que los jueces no

<sup>58</sup> GRISPO, Jorge D., “Facultades homologatorias del juez concursal. ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor?”, ED 204-663.

<sup>59</sup> Sup. Corte Just. Mendoza, 26/6/2003.

se encontraban vinculados por el acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores, sino que tenían la facultad y el deber de no homologar acuerdos que resultaran contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público (art. 953, CCiv.) o que fueran abusivos (art. 1071, CCiv.).

— Algún sector de la doctrina concursal critica la selección de los estándares del abuso del derecho y de fraude a la ley, ya que si bien tienen un claro significado en la órbita del derecho privado, por la especial situación en la cual se dan los concursos preventivos, se requieren criterios más objetivos para su valoración.

— La última reforma recogió las pautas señaladas por la jurisprudencia. El nuevo texto legal redefine el control de mérito del acuerdo, prevé la realización por parte del juez de un control de legalidad, en el cual se encuentra expresamente comprendida la verificación de la adecuación del acuerdo a las pautas marcadas por la moral y las buenas costumbres, vedando la celebración de acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Así, el texto del nuevo art. 52, LC, ha reconocido al juez nuevamente la facultad de no homologar una propuesta, aun cuando ésta hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley, cuando fuera contraria a la moral y a las buenas costumbres. Esta facultad puede ser ejercida de oficio.

— Asimismo, como contrapartida, se incluye en el art. 52, inc. b), el llamado *cramdown power*, definido como la facultad del juez de imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, aun a los disidentes, aunque las mayorías no se hubieran logrado en todas las categorías. Esta institución se justifica por la necesidad de limitar los posibles abusos de los acreedores disidentes, a partir de una negativa injustificada a aceptar un acuerdo razonable, que pueda generar la quiebra de una empresa económicamente viable y de un valor socialmente significativo.

— Se critican en general las rígidas exigencias de la ley para la procedencia de la imposición judicial del acuerdo preventivo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 25.589)”, LL 2002-D-1055.
- BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la ley 25.5892”, LL 2002-D-1093.
- BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal respecto de la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera”, ED 197-210.
- DASSO, Ariel Á., “Balance provisorio de la ley 25.589. Dogma y praxis - principios y realidad”, ED 204-992.
- “La contrarreforma de la Ley de Quiebras en la emergencia. Ley 25.589”, LL 2002-C-1313.
- FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 7ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Astrea, 2000.

- GRAZIABILE, Darío J., “Breve comentario a la nueva reforma concursal (La de la ley 25.589 porque la de la 25.563 ya es vieja)”, DJ 2002-2-721.
- “El funcionamiento de la ley concursal y afines luego de las reformas introducidas por la ley 25.589”, LL 2002-D-1097.
  - “El nuevo art. 52, Ley de Concursos y Quiebras. Reformado por la ley 25.589”, DJ 2002-2-292.
- GRISPO, Jorge D., “Facultades homologatorias del juez concursal ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor”, ED 204-663.
- “Homologación del concordato y facultades del magistrado”, ED 197-761.
- HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal, ley 24.522, y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, t. II, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general y las nuevas facultades del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589”, ED 198-674.
- MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, t. II, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1988.
- PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación de concursos y quiebras y algunas consideraciones sobre la ley 25.589”, LL 2002-D-1079.
- RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589”, LL 2002-C-1368.
- TRUFFAT, E. Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (art. 52, inc. 4º, LCQ)”, ED 198-760.