

EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL: A LA MEDIDA DE QUIEN.

Dra. Evangelina Ester Zambello

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

El APE bien utilizado puede salvar a un deudor de comenzar con alguno de los procesos más duros de afrontar para una sociedad que son el concurso y la quiebra, porque puede llevar a la disolución y liquidación de la misma.

También es real que en algunas circunstancias puede ser mucho más beneficiosa ésta vía que un concurso preventivo, no solo porque es un procedimiento mucho más económico en dinero y tiempo, sino porque sabemos que a nivel financiero, sobre todo si hablamos de préstamos, el concurso trae otras consecuencias más gravosas.

Más existen sin dudas aquellas empresas poderosas que utilizan el APE y su escueta regulación a su medida, para tener una financiación barata a costa de sus acreedores.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) se encuentra previsto en la Ley de Concursos y Quiebras (Ley N° 24.522) entre sus artículos 69 y 76, incorporado por la Ley N° 25.589 durante la crisis de 2002.

El APE fue previsto para superar situaciones económicas complejas que atraviesan las personas humanas o jurídicas (las que contempla el art. 2 de la Ley mencionada), tales como cesación de pagos, dificultades económicas o financieras de carácter general, a los fines de evitar un proceso concursal o la quiebra. Es una herramienta que permite reestructurar pasivos en forma más expedita y económica que la que resulta del concurso preventivo de acreedores, pero tienen algunas diferencias. Una de ellas es que no es condición fundamental encontrarse en cesación de pagos sino que puede efectuarse en cualquier momento.

La primera observación que merece es que el APE cuenta con regulación bastante escueta a mi criterio y casi sin control real para un procedimiento tan importante

y que es muy seductor para los deudores aunque no tanto para los acreedores.

La pregunta que me convoca es para quien fue pensado realmente el APE y a la medida de quien. Realmente se utiliza como una opción más económica por quienes quieren resolver problemas como los mencionados más arriba o es una herramienta que sirve para otros fines, se emplea para ayudar a la reestructuración de deudas o se utiliza con otros objetivos.

Empresas grandes, que tienen poderío y capacidad de negociación en muchos casos utilizan el APE a los fines de manipular los pagos y sus plazos, aprovechándose de la situación económica actual, con los índices de inflación extraordinarios es prácticamente un win-win.

El Dr. Anich asertivamente plantea que *“estos acuerdos y su negociación son, muchas veces, definidos por el acreedor relevante más que por el deudor... Esa idea de que el deudor “le impone” su propuesta al acreedor es más una visión simplista que una realidad negocial técnica”*¹, dado que en muchos casos suele suceder que quien pone los parámetros son los acreedores o, en el mejor de los casos, la negociación existe, pero el presente pone el enfoco justamente en los deudores que utilizan esta herramienta para su propio beneficio y que cuentan con poder superior a los acreedores. Aquellos deudores que tienen capacidad de comprar toda la producción a sus acreedores los cuales de no recibir el pago del deudor puede ver perjudicada sus finanzas hasta lo impensado.

Es menester destacar que el artículo 69 de la ley indica que el legitimado para realizar los acuerdos y solicitar la homologación es el deudor que coincide con los sujetos que pueden solicitar un concurso preventivo. El legitimado es quien decide llevar adelante un APE por lo cual debe negociar con sus acreedores una propuesta de acuerdo que es amplia porque la propia reglamentación habla de libertad de formas, lo que puede implicar la reducción de sus pasivos, quita de intereses, etc.

Básicamente, el deudor hace todo: el APE, presenta la lista de acreedores, el total del pasivo y el activo, las conformidades, solo por mencionar algunos. Se ve como ha reemplazando la figura que ocupa el síndico en el concurso preventivo. En el APE el síndico no existe y toda la documental a agregar solo necesita una certificación realizada por contador público.

Los acuerdos se realizan por instrumento privado certificando las firmas por es-

¹ *Concursos y quiebras*, Marcelo Gebhardt Director, Juan Anich Coordinador, 1ed. CABA, Astrea 2020, ISBN 978-987-706-332-5, pag. 165.

cribano público y no necesariamente deben firmar todos los acreedores en la misma fecha. Esto por un lado es una ventaja porque pueden resultar engorroso que todos los acreedores del deudor se apersonen en el mismo lugar, el mismo día y a la misma hora, esto también puede ser utilizado por parte del deudor como una forma de negociación -o extorsión- al acreedor, toda vez que teniendo una cantidad importante de firmas puede obligar al resto de los acreedores, cuestión de suma importancia a los fines de cumplir con el requisito del artículo 73 donde exige que tienen que haber prestado la conformidad la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total para poder alcanzar la homologación de la propuesta de pago acordada.

Si el acuerdo es homologado judicialmente, el mismo resultará oponible a todos sus acreedores quirografarios de causa o título anterior al acuerdo, hayan prestado o no conformidad con el mismo, es decir, que el acuerdo resulta obligatorio para los acreedores disidentes incluso para quienes no se hayan manifestado respecto del mismo. Un punto de suma relevancia es que aún cuando el acuerdo no fuese homologado judicialmente, este mantiene plena validez entre las partes que lo suscribieron, salvo que expresamente conste en el acuerdo lo contrario.

Ahora bien, aquí nos encontramos con el problema que fue anticipado supra: no existe ningún tercero imparcial como ocurre en el concurso con el síndico, que verifique que los acreedores que el deudor presenta y que posteriormente firman los acuerdos sean efectivamente acreedores reales, solo existe la certificación contable y un control entre los propios acreedores luego de la publicación de edictos (que se publican durante cinco días) y ya sabemos la complicación respecto de ser notificado por edictos.

Además, al no estar sujeto a revisión pueden ser condiciones realmente perjudiciales para los acreedores y que no les queda más remedio que aceptarlas, porque es sabido que en muchas oportunidades es aceptar lo que se ofrece o no cobrar.

Asimismo, el plazo para oponerse es muy acotado (como el art. 75 lo plantea es diez días desde la última publicación de edictos), tanto como los fundamentos de la oposición (omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo).

Si bien es real que el artículo 72 exige que los documentos presentados estén certificados por contador, nadie controla lo que éste firma porque el proceso de homologación es un procedimiento formal (como el artículo 75 en su segundo párrafo ordena), no es un proceso de fondo donde se revisan concienzudamente las pruebas

aportadas, sino que se ve que se cumpla con las formalidades requeridas y si así se confirma, se avanza. No se hace una investigación pormenorizada de la situación ni de sus libros, porque solo debe presentar una certificación de contador público.

Como ejemplo vemos en el inciso 2º del artículo 72 que los acreedores los presenta aquel que está en dificultades económicas con una certificación de contador. Es decir: es absolutamente falible porque si bien es cierto que la certificación contable da un cierto respaldo, lo mismo con llevar la contabilidad y los libros de manera apropiada, nada impide que haya sido alteradas por el deudor y esto no surgirá porque no existe una instancia probatoria durante la homologación. Aquel acreedor que quiera probar algún supuesto de fraude, deberá ir por la vía incidental correspondiente.

Para resumir: el deudor puede presentar acreedores que no son tales, para alcanzar el porcentaje necesario para que el acuerdo pueda ser homologado y finalmente sea obligatorio para todos los acreedores con crédito y causa anterior, hayan prestado la conformidad o no con el APE, hayan firmado o no.

Un claro ejemplo de lo que puede suceder respecto de los acreedores espurios fue el caso de Buenos Aires Tur SRL, el cual tuvo la homologación del APE pero debido a la acción promovida por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se identificaron irregularidades en el trámite por el que obtuvo la homologación judicial del APE toda vez que la empresa deudora recurrió a créditos ficticios para alcanzar las mayorías necesarias y así perjudicar a los verdaderos acreedores². La acción resultó favorable a lo planteado por la Fiscalía y se declaró la nulidad de la sentencia homologatoria del acuerdo preventivo extrajudicial.

En cuanto a la libertad de contenido es otra cuestión polémica porque la ley no explica a que se refiere con ellos, sino que queda en manos de la interpretación que se haga del artículo 71. Lo mismo sucede con todo el articulado referido al tema, existen muchas lagunas que dependen de la jurisprudencia y la doctrina para ser subsanada.

Una cuestión fundamental a tener en cuenta es que el deudor mantiene el control absoluto de la empresa, es decir continúa administrándola sin ningún tipo de supervisión que por un lado, facilita la continuación de la gestión corriente de la empresa pero por otro lado, cabe recordar que esa administración es la que llevó al deudor en el estado en que está y nuevamente, al no ser controlada por terceros, no existe cer-

² *Ministerio Público c/ Buenos Aires Tur TUR S.R.L. s/ Otros - Acuerdo preventivo extrajudicial s/ Incidente de nulidad promovido por Ministerio Público.*

teza respecto de la administración se realice de forma adecuada y pueda solventar lo pactado.

Si bien es cierto que una vez homologado el APE tiene los mismos efectos que el concurso preventivo, es decir que en caso de incumplimiento se puede decretar la quiebra a pedido de parte, pero me pregunto si es eso suficiente.

Ahora bien, traeré a colación un fallo muy representativo de lo que intento graficar en el presente que es lo que sucedió con el APE presentado por Multicanal. La empresa se presentó al juez sin haber obtenido la mayoría de consentimientos requeridos y le solicitó convoque una asamblea de tenedores de las obligaciones negociables por ella emitida, con la finalidad de proponerles la aprobación o rechazo de su propuesta de reestructuración. A este proceso previo se lo bautizó "Pre-APE" que no se encuentra previsto en la Ley y constituye una creación jurisprudencial de un procedimiento previo a la homologación del APE propiamente dicho.³

Se presentaron oposiciones que no fueron aceptadas por el juzgado de primera instancia, quien homologó el acuerdo, sentencia que fue apelada. La Cámara rechazó los recursos y ratificó la homologación del APE.

Muchos autores plantean que para poder homologar el APE se debe cumplir con los requisitos del artículo 72 en una única instancia, que no existe prórroga ni nada similar como sucede en el concurso. Pero ya ven, en ciertas ocasiones se realizan creaciones a la medida de cada uno.

CONCLUSIÓN:

En atención a lo expuesto, el APE bien utilizado puede salvar a un deudor de comenzar con alguno de los procesos más duros de afrontar para una sociedad que son el concurso y la quiebra, porque puede llevar a la disolución y liquidación de la misma.

También es real que en algunas circunstancias puede ser mucho más beneficiosa ésta vía que un concurso preventivo, no solo porque es un procedimiento mucho más económico en dinero y tiempo, sino porque sabemos que a nivel financiero, sobre todo si hablamos de préstamos, el concurso trae otras consecuencias más gravosas.

Más existen sin dudas aquellas empresas poderosas que utilizan el APE y su estricta regulación a su medida, para tener una financiación barata a costa de sus acreedores.

³ <https://www.marval.com/publicacion/fallo-de-camara-en-relacion-a-los-apes-5091>