



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 10, 2019. Artículo 3  
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i2.1622>

# LOS DESPLIEGUES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO Y SUS LÍMITES.

---

**Germán E. Gerbaudo**

Profesor adjunto ordinario de Derecho de la Insolvencia  
(Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario).

## Resumen

La presente colaboración estudia los despliegues de la autonomía de la voluntad en los procesos concursales a la luz de la normativa argentina. Analiza el desenvolvimiento de este principio y sus límites en cada uno de las especies de procesos concursales.

## I.- Introducción

Los procesos concursales presentan la nota de excepcionalidad. Frente a la desatención de las obligaciones existen diversas formas en las que el acreedor procura la satisfacción de su crédito. La vía natural por la cual el acreedor persigue la ejecución de su acreencia es la individual donde “cada acreedor titular actúa en forma separada e independiente de los demás” (Vid. MARTORELL, Ernesto E., Tratado de Concursos y quiebras, Buenos Aires, Depalma, t. I, 1998, p. 16).

No obstante, la forma ordinaria de tutela jurisdiccional de los derechos subjetivo entra en crisis cuando se enfrentan una pluralidad de acreedores con pretensiones de cobro frente a un patrimonio inicialmente escaso. Es allí donde se vuelve más satisfactoria la otra forma de tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos: la llamada ejecución universal o ejecución colectiva. En esta última los acreedores ya no pueden actuar individualmente, sino colectivamente. Como se indica determina “la exigencia de que ningún acreedor puede actuar al margen del procedimiento concursal” (Vid. VILATA MENADAS, Salvador, “Elementos de derecho concursal”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 53).

En la ejecución universal ya no se actúa en beneficio individual del acreedor que la promueve, sino de todos los acreedores y desaparece la regla *prior in tempore potior in iure*, la que es reemplazada por el principio de igualdad donde todos los acreedores soportan por igual las pérdidas de la quiebra y solo algunos, aquellos que el legislador le ha asignado un privilegio tienen alguna alternativa más de satisfacción de su acreencia.

Estas circunstancias, sumadas a que para la apertura de un proceso concursal no basta el incumplimiento sino el estado cesación de pagos o de insolvencia hacen que los mismos tengan carácter excepcional.

A su vez, los procesos concursales se caracteri-

zan por la escasez. La experiencia demuestra que los procesos concursales se definen por una palmaria insuficiencia patrimonial, donde el activo desahogado e incautado por el síndico –administrador del concurso-, sometido a un proceso de liquidación, arroja un resultado escaso que no alcanza a cubrir la totalidad de los créditos concurrentes.

Estas razones determinan que en los procesos concursales no se observe mucho “juego” para la autonomía de la voluntad, exhibiéndose mayores límites que apertura.

## II.- Clases de procesos concursales.

En el derecho concursal argentino existen cuatro especies o tipos de procesos concursales. Los mismos se encuentran regulados tanto en la ley 24.522 como en la ley 25.284 (Vid. GERBAUDO, Germán E., “Introducción al derecho concursal”, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 31).

El proceso concursal puede calificarse como el “conjunto de normas procesales y sustanciales que organizan el desarrollo del procedimiento universal de ejecución de los acreedores contra el deudor común” (Vid. ARGERI, Saúl, voz “Proceso concursal”, en “Diccionario de derecho comercial y de la empresa”, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 324).

Esos cuatro procesos pueden ser clasificados en dos grandes grupos: procedimientos reorganizativos y liquidativos.

El proceso concursal liquidativo es la quiebra. En tanto que los procesos reorganizativos son el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y el salvataje de entidades deportivas.

En el primero se procura liquidar de manera ordenada el patrimonio del deudor insolvente para obtener un producido que se distribuye entre los acreedores conforme al orden de prioridades concursales. En los segundos con la reestructuración se procura evitar la liquidación permitiendo que el deudor pueda remover la insolvencia a través de un acuerdo con

sus acreedores.

Analizamos los despliegues de la autonomía de la voluntad en la quiebra, el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial que son los procesos concursales “clásicos” o “tradicionales”. El salvataje de entidades deportivas –el cual no analizamos– es en definitiva un proceso de reestructuración particular –no tradicional– que se gestó atendiendo a las particularidades del sujeto insolvente: una entidad deportiva<sup>1</sup>.

### III.- Acuerdo preventivo extrajudicial.

Es en este proceso de reestructuración donde mayor apertura se exhibe a la autonomía de la voluntad. Ello se debe a que este instituto –como veremos– nace como un contrato.

Es una figura que permite al deudor, a través de acuerdos suscriptos con sus acreedores, remover la insolvencia o las dificultades económicas o financieras de carácter general que afectan a su patrimonio. Se inscribe en una moderna tendencia del derecho concursal que se destaca por una “permanente búsqueda de las vías concursales para evitar la quiebra” (Vid. PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R., “La permanente búsqueda de vías concursales para evitar la quiebra”, en “Revista de Derecho Comercial,

del Consumidor y de la Empresa”, Buenos Aires, La Ley, año III, N° 3, junio 2012, p. 62).

Se presenta como una herramienta más que suministra el ordenamiento concursal para evitar la quiebra del deudor, accediendo al mismo no solo en estado de insolvencia sino en un estado previo que la ley denomina dificultades económicas o financieras de carácter general<sup>2</sup>.

Tiene una génesis contractual, en el sentido que existe una primera instancia estrictamente privada, de negociación, en donde el deudor procura acordar con sus acreedores la forma de cancelar sus obligaciones, aspirando a superar la crisis que afecta a su patrimonio. Es el momento de mayor apertura hacia la autonomía de la voluntad. Sin embargo, posteriormente, al solicitarse la homologación, se convierte en un mecanismo concursal, donde empiezan a predominar las normas imperativas de la L.C. y se restringe el “juego” de la autonomía de la voluntad.

A partir de esa etapa se inserta dentro del marco de la L.C. y tiene una finalidad concursal, en razón que se concurre a un órgano jurisdiccional a los efectos de su homologación para que se produzcan efectos típicamente concursales.

El panorama que describimos hace que se debata en la doctrina y en la jurisprudencia sobre su naturaleza jurídica<sup>3</sup>, exhibiéndose tres teorías

1 La ley 25.284 que establece el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas se sancionó a mediados del año 2000 como consecuencia del crecimiento que en esos años de casos de insolvencia de entidades deportivas, a la cuales no podía aplicarse la quiebra dado que ello implicaba la extinción de la persona jurídica y la liquidación de su patrimonio.

2 Se advierte en este punto una innovación en el presupuesto objetivo dado que no sólo puede abrirse el proceso concursal estando el deudor en cesación de pagos, sino en una estado previo que la ley denomina “dificultades económicas o financieras de carácter general”. De este modo se busca prevenir la insolvencia a través de un nuevo presupuesto objetivo. Puede consultarse sobre ello un trabajo anterior de nuestra autoría, véase: GERBAUDO, Germán E., “Herramientas concursales en la prevención de la insolvencia”, en “Jurisprudencia Argentina”, 28/11/2018, 2018-IV, p. 3).

3 Nos ocupamos de analizar en profundidad este instituto en trabajos anteriores, véase: GRANADOS, Ernesto I.J. y GERBAUDO, Germán E., “¿Será el retorno a la propuesta residual? A propósito del APE de Telecom Argentina S.A.”; en “Zeus” N° 7738, 1/8/2005; GERBAUDO, Germán E., “El régimen de oposición al acuerdo preventivo extrajudicial”; en “Zeus” 107-841; GERBAUDO, Germán E., “¿El deudor que se encuentra en el período de inhibición previsto en el art. 59 “in fine” de la LCQ. Puede reestructurar su pasivo a través de un acuerdo preventivo extrajudicial?”; Rufino, Lex Fori, año 11, N° 243, septiembre 2010, p. 1; GRANADOS, Ernesto I. J. y GERBAUDO, Germán E., “Acuerdo preventivo extrajudicial. Efectos generados con la presentación a la homologación y con su publicidad”; en “Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono”; Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 239.

diferentes: la contractual, la concursal y la mixta<sup>4</sup>.

Dario Graziabile sostiene que “a partir de la reforma de la ley 25.589 estamos ante un instituto concursal —preventivo— que tiene dos etapas: una extrajudicial y otra judicial, y que nace con naturaleza contractual y llega a ser concursal” (Vid. GRAZIABILE, Darío J., “Manual del concursos”, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, E-Book). Agregando que “es un instituto concursal que tiene génesis contractual y se desarrolla en un proceso concursal abreviado, lo cual lo diferencia del acuerdo preventivo porque este último tiene desarrollo total en el proceso judicial. Es un instituto concursal rehabilitatorio superador de la crisis empresaria alternativo del liquidativo, con etapas extrajudiciales y judiciales” (Vid. GRAZIABILE, D., “Manual...”, cit.)

Carlos Molina Sandoval suministra una conceptualización del instituto que resulta descriptiva de sus presupuestos y de sus distintas etapas. El autor indica que “se trata de un proceso concursal tendiente a superar la crisis económica y/o financiera de carácter general (y por ello, también el estado de cesación de pagos) de una determinada empresa que se desarrolla privadamente mediante un acuerdo –de naturaleza preventiva- de libre contenido (aunque con limitaciones típicas de los actos jurídicos) entre el deudor y sus acreedores quirografarios, que se presenta a homologación judicial y que, una vez homologado (y previo procedimiento reglado) produce efectos –similares a los del concurso preventivo- respecto de los acreedores quirografarios de créditos anteriores a la presentación, aun cuando no hayan participado del acuerdo” (Vid. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 43 y 44).

El art. 71 de la L.C. constituye el pilar de la autonomía de la voluntad. En efecto bajo el acápite de “Libertad de contenido” expresa que “Las partes

pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario”.

En base a este precepto y en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden configurar libremente el contenido del acuerdo con el único límite de la legalidad, la moral y las buenas costumbres.

Se flexibiliza con este instituto el principio de la igualdad –pilar en los procesos concursales- dado que el deudor tiene amplia libertad en la proposición en la propuesta de acuerdo, donde no necesariamente le debe proponer lo mismo a todos los acreedores.

En ejercicio de esa autonomía de la voluntad pueden establecerse cláusulas de confidencialidad, la constitución de un comité de acreedores que controle el cumplimiento del acuerdo, un régimen de administración, la prohibición de pedir la quiebra ante el incumplimiento del acuerdo, entre otras cláusulas.

#### IV.- Concurso preventivo.

##### (i) Introducción.

Es un mecanismo de reestructuración de carácter judicial y al cual se accede voluntariamente. Esto último en el sentido que solo puede abrirse un concurso preventivo a pedido del deudor, no reconociéndose legitimación a los acreedores para provocar la apertura concursal.

En este instituto también se observa una apertura a la autonomía de la voluntad, aunque con menor intensidad respecto al acuerdo preventivo extrajudicial.

Esta apertura a la autonomía de la voluntad se observa en diversas etapas:

##### (ii) El otorgamiento de créditos pos-concursales.

Se trata del tema de la financiación posconcur

4 Hemos desarrollado las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica del instituto en un trabajo anterior: GERBAUDO, Germán E., “El acuerdo preventivo extrajudicial del derecho argentino. Efectos de su homologación judicial”, en “Revista de Derecho”, Barranquilla, División de las Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla, N° 40, año 2013, p. 136.

que es una cuestión que integra la actual agenda del derecho concursal, pero que se encuentra ausente en nuestra legislación concursal (Vid. GERBAUDO, Germán E., "La financiación posconcurzal. Una necesidad pendiente en la legislación concursal argentina", en "Jurisprudencia Argentina" 2018-II, p. 1).

La posibilidad de la dación de un crédito posconcurzal y el otorgamiento de una garantía por el mismo, ante la falta de una regulación específica, queda sujeta, a nuestro criterio, al régimen de actos de administración extraordinaria que requieren autorización judicial previsto en el art. 16 de la L.C. Aquí hay despliegue de la autonomía de la voluntad, con limitación dado que lo acordado entre las partes estará sujeto al contralor judicial.

La vinculación del otorgamiento de créditos posconcursoales al régimen de administración implica una manifestación del orden público concursal y por consiguiente un límite al despliegue de la autonomía de la voluntad.

El régimen de administración concursal diseñado entre los arts. 15 a 17 de la L.C. es imperativo y no podrá ser dejado de lado por las partes. Es decir, que aquí no hay "juego" alguno a la autonomía de la voluntad. Esta normativa imperativa tiene como finalidad tutelar la integridad patrimonial del deudor y permite bajo estas medidas de contralor el mantenimiento de la actividad de la empresa concursada (Vid. Granados, Ernesto I.J. y Gerbaudo, Germán E., El orden público y la ley concursal, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, tomo 2007-3, año 2008, p. 239).

(ii) Categorización de créditos.

La ley 19.551 –que rigió entre 1972 y 1995– concibió al principio de igualdad de una manera estricta. En consecuencia, la propuesta de acuerdo preventivo era única para todos los acreedores. Poco importaba las diferencias que podían existir entre los distintos créditos dado que para el legislador de 1972 la propuesta debía ser igual para todos los acreedores. Al respecto, Saúl Argeri señalaba que "consecuencia ínsita a la *pars conditio omnium creditorum*, lo cuál hace a la esencia del ordenamiento público en función de justicia, es el otorgamiento a cada acreedor quirografario de ventaja igual proporcionada a la entidad de su crédito, y correlativamente la imposición de igual deterioro" (Vid. ARGERI, Saúl A., "La quiebra y demás procesos concursales", La Plata, Editora Platense, t. 1, 1974, p. 325).

En rigor de verdad, la igualdad estricta sólo era en la teoría dado que la realidad negocial ponía de manifiesto las diferencias entre los distintos créditos<sup>5</sup>.

Las formas concordatarias deben responder a la realidad económica (Vid. SAURET, Héctor, "La realidad económica y las formas concordatarias", en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., Depalma, 1968, p. 429) y el legislador de la ley 24.552 de 1995 entendió claramente ello y así flexibilizó la igualdad y admitió la posibilidad de agrupar a los acreedores en diferentes categorías a fin de ofrecer propuestas concordatarias diferentes<sup>6</sup>.

La categorización de acreedores se presentó

<sup>5</sup> Es indudable que existen diferencias entre el principal proveedor de la empresa, entre la entidad financiera que le ha otorgado crédito, entre los empleados de la firma, entre la librería que provee insumos de oficina, entre el contador externo que prestó servicios profesionales, entre el fisco, etc.

<sup>6</sup> La doctrina señala que la incorporación de la categorización no implicó la abolición del principio de igualdad sino su redimensionamiento. Así Darío Graziabile expresa que "La ley 24.522, pasa de una par conditio absoluta respecto de los créditos quirografarios, a una relativizada paridad de tratamiento..." (GRAZIABILE, D., "Ley de concursos", 1º ed., Buenos Aires, Errepar, 2008, p. 108). Por su parte, Adolfo Rouillon indicó que "importa una reformulación del principio de paridad de trato a los acreedores –ya no es inexorable la igualdad de oferta a los de igual rango–, pero no es una abolición lisa y llana de aquel principio" (ROUILLON, Adolfo A. N., "Categorización de acreedores en el concurso preventivo: el juicio de "Razonabilidad" y el rol del síndico", en L.L. Litoral 1997, p. 708).

como una forma de sincerar el acuerdo y de facilitar la solución preventiva (Vid. MOSSO, Guillermo, "Complejidades de la categorización de los acreedores"; en E.D. 177-1045; ROUILLON, Adolfo A. N., "Categorización de acreedores en el concurso preventivo: el juicio de "Razonabilidad" y el rol del síndico"; en La Ley Litoral 1997, p. 708). Por ello, fue recibida con beneplácito en la doctrina (vid. BARAVALLE, Roberto A. y GRANADOS, Ernesto I.J., "Ley de concursos y quiebras. 24.522"; Rosario, Liber, 1995, p. 137; COLOMBRES GARMENDIA, Ignacio, "Categorización y propuesta de acuerdo preventivo en la ley 24.522"; en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nro. 10, p. 153; MAFFÍA, Osvaldo J., "Aspectos de la nueva ley de concursos (III)"; en La Ley 2/05/1996, p. 1; MOSSO, G., op. cit., p. 1045; GAMES, Luis María, GEREZ, Oscar Roberto y ESPARZA, Gustavo Américo, "Aspectos laborales en la nueva ley de concursos y quiebras (Ley 24.522)"; Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 130; LORENTE, Javier A., "Ley de concursos y quiebras"; Buenos Aires, Ediciones Gowa, t. 1, 2000, p. 420; VAISER, Lidia, "Categorización de acreedores en el concurso preventivo: el estado de las cosas"; en "Estudios de derecho concursal en homenaje a Guillermo Mosso"; Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 13).

En definitiva, el legislador da primacía a la superación de la crisis por sobre el principio de igualdad de los acreedores (Vid. ROUILLON, A. "Categorización de acreedores..."; cit., p. 708).

La categorización o agrupamiento de acreedores permite al concursado sincerar el acuerdo y ofrecer a los acreedores propuestas diferentes a los distintos acreedores. Con ello hay una apertura a la autonomía de la voluntad, dado que las categorías serán la base de la negociación del acuerdo.

Sin embargo, inmediatamente aparecen los límites. En tal sentido, la categorización requiere

que las propuestas de acuerdo preventivo contengan cláusulas iguales para los acreedores de las mismas categorías. Es decir, no puede ofrecerse a acreedores que integran la misma categoría un trato dispar. Ello se asienta en el principio de igualdad, el cual si bien es flexibilizado, no puede ser dejado de lado por la autonomía de la voluntad.

(iii) Periodo de exclusividad y propuesta de acuerdo preventivo.

El concurso preventivo busca remover la insolvencia, a través de un acuerdo que celebra el deudor con sus acreedores. Es decir, lleva ínsito la idea de una negociación entre el deudor con sus acreedores. Esa negociación acontece en la etapa del proceso concursal preventivo que se denomina "período de exclusividad".

Dentro del concurso preventivo trascendental relevancia presenta el trayecto denominado período de exclusividad. Éste es el espacio de tiempo en el cual sólo el concursado se encuentra facultado para formular propuestas de acuerdo preventivo a sus acreedores –de ahí deriva su denominación como "período de exclusividad"- y en el que debe obtener las conformidades de los mismos en las mayorías que prescribe el art. 45 de la L.C. para alcanzar la aprobación del acuerdo preventivo. En tal sentido, Daniel Vítolo señala que es el "lapso de tiempo que el deudor tiene en forma exclusiva para poder negociar un acuerdo preventivo con sus acreedores" (Vid. VÍTOLO, Daniel Roque, "Elementos de derecho concursal", 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, pág. 171). Darío Graziabile expresa que "es aquel donde el concursado se encuentra facultado en forma exclusiva a presentar propuestas a sus acreedores y obtener las mayorías legales para que se logre la aprobación del acuerdo" (Vid. GRAZIABILE, Darío J., "Ley de concursos comentada"; Buenos Aires, Errepar, 2008, pág. 113). Julio César Rivera indica que "es el espacio de tiempo en el cual sólo

el concursado puede hacer ofertas de acuerdo preventivo a los acreedores y debe obtener las mayorías legales para que el acuerdo se considere aprobado" (Vid. RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Concursal", 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 1996, pág. 282).

El período de exclusividad tiene como *dies a quo* la fecha en que se notifica *ministerio legis* la resolución de categorización (art. 42 de la L.C.). En cuanto a su duración la ley establece un plazo de noventa días pudiendo ampliarse el mismo a treinta días más por decisión judicial tomando en consideración la cantidad de acreedores o categorías. Los días se computan por hábiles judiciales (art. 273, inc. 2, L.C.).

Dentro del período de exclusividad el concursado formula la propuesta de acuerdo preventivo y a través de ella comienza la negociación que llevará a cabo con sus acreedores.

Es en este ámbito donde se observa el mayor despliegue de la autonomía de la voluntad en el concurso preventivo dado que la L.C. otorga amplia libertad para configurar el contenido del acuerdo preventivo. El límite en las propuestas va estar dado por la legalidad, la moral y las buenas costumbres.

El art. 43 de la L.C. otorga una gran variedad de alternativas respecto del contenido de la propuesta de acuerdo preventivo, enumerando diversas modalidades de manera meramente ejemplificativa.

(iv) Control judicial de las propuestas abusivas o en fraude a la ley.

Si el concursado obtiene las adhesiones de los acreedores en las mayorías prevista en la L.C. (mayoría absoluta de acreedores que representen las 2/3 partes de capital computable) podrá obtenerse la homologación judicial del acuerdo preventivo, siempre que la propuesta no sea calificada por el juez como abusiva o en fraude a la ley. Aparece así un límite a la autonomía de la

voluntad dado que lo acordado por el deudor con sus acreedores no será refrendado por el juez si la propuesta implica un abuso del derecho o un fraude a la ley.

Aflora el orden público de protección, tomando al acreedor como la parte débil y, a su vez, como orden público de coordinación en el sentido de que la autonomía de la voluntad no puede contrariar la moral y las buenas costumbres.

(v) Etapa de cumplimiento y posibilidad de pago anticipado.

Ahora bien, si el acuerdo es homologado por el juez se inicia la etapa del proceso concursal que se denomina "cumplimiento del acuerdo preventivo".

En esa etapa del deudor deberá honrar lo acordado con sus acreedores en el acuerdo preventivo homologado judicialmente. Puede suceder que el acuerdo acordado por el concursado con sus acreedores consista en una espera.

La espera es una modalidad tradicional de contenido de propuesta de acuerdo preventivo que también se la denomina "acuerdo a término" "dilación" o "concordato simplemente moratorio o dilatorio". Esta variante consiste en el otorgamiento de un plazo por parte de los acreedores al deudor para el cumplimiento del pago.

Sin perjuicio del plazo acordado y que resulte del acuerdo homologado no hay obstáculo para que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerden un pago anticipado.

La ventaja para los acreedores reside en que cobrarán anticipadamente su acreencia; en tanto que para el concursado un nuevo acuerdo con sus acreedores le permitirá salir adelantadamente de su estado concursal.

## V.- Quiebra

(i) Introducción.

La quiebra es un proceso concursal liquidati-

vo. Desde el dictado de la sentencia de quiebra el deudor queda desapoderado y se realizan por parte del síndico –administrador de la quiebra- diversos actos tendientes a recomponer el patrimonio del deudor y realizar –liquidar- los bienes que lo integran.

La finalidad liquidativa de la quiebra determina que los despliegues de la autonomía de la voluntad en este proceso sean muy acotados.

A continuación analizamos las aperturas y límites a la autonomía de la voluntad que se advierten en la quiebra.

(ii) Los privilegios y los negocios en subordinación.

Sin dudas que en los privilegios es donde se observan las manifestaciones más intensas de un orden público concursal.

Frente a la escasez propia de la quiebra los privilegios se presentan como una alternativa más de cobro de una acreencia.

Los privilegios concursales son regidos por normas imperativas dado que sólo pueden ser creados por ley. En otros términos, no hay despliegue alguno en este ámbito –al menos en la creación de privilegios- para la autonomía de la voluntad. Miguel Raspall y María Laura Raspall indican que este principio de legalidad “refiere a que los privilegios sólo pueden tener existencia en razón de la ley –tienen causa legal- y que es el legislador quien los crea” (Vid. RASPALL, Miguel Ángel y RASPALL, María Laura, *Derecho concursal de la empresa*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, 2014, p. 295). Adolfo A. N. Rouillon señala que “en la materia rige el principio de legalidad, según el cual los privilegios nacen solamente de la ley y no pueden crearse por la autonomía de la voluntad” (Vid. ROUILLON, Adolfo A. N., “Régimen de concursos y quiebra. Ley 24.522”, 8º ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 301). Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci expresa que “privilegio y ley, son dos elementos inseparables” (Vid.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *comentario al art. 3875 del Código Civil* en Kemelmajer de Carlucci, Aída, Kiper, Claudio y Trigo Represas, Félix: “Código Civil Comentado”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 45).

En esta área un acotado despliegue de la autonomía de la voluntad se observa al mantener la eficacia de los negocios en subordinación celebrados antes de la declaración falencial.

La subordinación de los créditos es una figura que aparece por primera vez en la práctica contractual norteamericana de comienzos del siglo XIX, con el objeto de que determinados deudores que tenían cerrado el acceso al crédito obtengan fondos adicionales (Vid. QUETGLAS, Rafael Sebastián, “La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal”, en “Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004, N° 61, p. 293).

Héctor Alegría y Pablo Buey Fernández expresan que “el acuerdo de subordinación es aquél en virtud del cual un acreedor (denominado acreedor subordinado o junior) consiente que otro acreedor (denominado acreedor superior o subordinante o senior) gozará de mayores derechos para el cobro de su crédito respecto de un deudor común a ambos” (Vid. ALEGRÍA, Héctor C. y BUEY FERNÁNDEZ, Pablo, “Negocios jurídicos de subordinación crediticia”, en “La Ley” 1991-D, p. 1040).

Los créditos subordinados en la quiebra constituyen el reverso de las preferencias, se comportan como “antiprivilegios” (Vid. HEREDIA, Pablo D., “Verificaciones de créditos concursales de características o en situaciones atípicas”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. 255, p. 1). En definitiva conforman “una nueva categoría” (Vid. CHOMER, Héctor O. y SÍCOLI, Jorge S., “Ley de concursos y quiebras. 24.522. Comentada”, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 352). La



misma encuentra su sustento en la renuncia de los derechos, dado que al postergarse en el cobro constituye una renuncia parcial (Vid. GEBHARDT, Marcelo, "Ley de concursos y quiebras", Buenos Aires, Astrea, t. II, 2008, p. 393). La subordinación crediticia "es un tema de rango, o sea, de la posición que ocupa un crédito determinado con relación a otro crédito" (Vid. ARAYA, Miguel C., "Reformas al capital social", en "Jurisprudencia Argentina" 2004-III, p. 1101).

El art. 250 de la L.C. incorporado en 1995 por la ley 24.522 bajo la designación de "créditos subordinados" expresa que "Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de éste, sus créditos se registrarán por las condiciones de su subordinación".

Este precepto debe ahora relacionarse con el art. 2575 del Código Civil y Comercial que dispone que "los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros". Comentando el precepto Ricardo Prono indica que "el convenio de subordinación, como principio, debe mantener inalterada la situación del resto de los acreedores, sin beneficio ni perjuicio para éstos" (Vid. PRONO, Ricardo S., "Los privilegios concursales y el Código Civil y Comercial", en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. 272, p. 505).

En la quiebra los créditos subordinados concurren sobre el excedente de la liquidación después de atendidas las categorías precedentes y de acuerdo a las respectivas condiciones de la subordinación.

La convención por la cual se acordó la subordinación debe ser anterior a la quiebra y necesariamente debe ser puesta en conocimiento del juez (Vid. GRAZIABILE, Darío J., "comentario al art. 250 de la L.C." en "Régimen concursal", Graziabile, Darío J. -Director y co-autor-, Buenos Aires,

Abeledo perrot, t. IV, 2014, p. 529; GRAZIABILE, Darío J. y MARRÓN, Cristián, "comentario al art. 250 de la L.C." en "Concursos y quiebras. Ley 24.522", Chomer, Héctor O. -Director- y Frick, Pablo -Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. III, 2016, p. 538).

En definitiva, en un ámbito imperativo como es el de los privilegios se advierte una pequeña abertura a la autonomía de la voluntad al mantener frente a la quiebra la vigencia de los pactos de subordinación.

(iii) Avenimiento.

El mayor despliegue de la autonomía de la voluntad en la quiebra se observa con el instituto del avenimiento. La quiebra por regla es liquidativa. No obstante, puede concluir de un modo no liquidativo y ello acontece a través del acuerdo celebrado por el fallido con la unanimidad de sus acreedores.

El avenimiento "supone el consentimiento con el levantamiento o conclusión de la quiebra de un deudor, prestado por los acreedores verificados y declarados admisibles, mediante escrito cuyas firmas deben ser autenticadas por notario o ratificadas ante el secretario del juzgado interviniente antes de la última enajenación de los bienes del activo de la quiebra" (Vid. ALEGRÍA, Javier, "Notas sobre el avenimiento concursal", en "Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 2011, p. 63).

En conclusión, el avenimiento permite al deudor desapoderado concluir la quiebra ejerciendo la autonomía de la voluntad, sin otro límite que lo que se acuerde enmarque en la legalidad, la moral y las buenas costumbres.

## VI.-Conclusiones.

En los procesos concursales se observa un

acotado despliegue de la autonomía de la voluntad, existiendo mayores límites a ella producto propio del orden público concursal.

Asimismo, si analizamos los distintos procesos concursales mayor desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad se exhibe en el acuerdo preventivo extrajudicial y en el concurso preventivo con respecto a la quiebra.

De igual manera, si bien en los concursos y quiebras es acotado el campo de actuación de la autonomía de la voluntad en los últimos tiempos se advierte un incremento de sus despliegues como consecuencia del avance de las corrientes privatistas o voluntaristas que fortalecen el rol de la partes en la superación de la crisis patrimonial y reduce la intervención del juez.