X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

&

VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL & VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

17, 18 y 19 de Octubre de 2018
Ciudad de Santa Fe.

TOMO 1

FCJS UNL
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Los trabajos publicados en este libro han sido transcriptos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2018 en los talleres gráficos de **GEA Impresiones**, Iturraspe 3481 (S3002BKC) Santa Fe, República Argentina.

AUTORIDADES DEL
X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y
VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Comisión de Honor
(coautores de la legislación concursal)
Héctor ALEGRIA
Edgardo Marcelo ALBERTI
Julio César RIVERA
Daniel Roque VÍTOLO

Autoridad Institucional
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional del Litoral
Javier Francisco AGA

Presidente del Congreso
Ricardo S. PRONO

Vicepresidentes del Congreso
María Cristina DE CÉSARIS
Mariano R. PRONO

Secretaria del Congreso
María Eugenia BASUALDO

Comité Académico

Presidente
Adolfo A. N. ROUILLON

Vicepresidente
Efraín Hugo RICHARD

Vocales
Daniel F. ALONSO
Juan A. ANICH
Carlos ANTONI PIOSEK
Miguel C. ARAYA
Martín ARECHA
Edgar J. BARACAT
Marcelo G. BARREIRO
Dolly BAUZA
Salvador Darío BERGEL
Gabriela F. BOQUIN
Luisa I. BORGARELLO
Adalberto BUSETTO
Claudio A. CASADÍO MARTÍNEZ
Eduardo N. CHIAVASSA
Héctor O. CHOMER
Ariel Á. DASSO
María Cristina DE CÉSARIS
José A. DI TULLIO
Juan M. DOBSON
Eduardo M. FAVIER-DUBOIS
Raúl A. ETCHEVERRY
Patricia FERRER
Horacio GARAGUSO
Silvana GARCÍA
Marcelo GEBHARDT
Germán E. GERBAUDO
Darío J. GRAZIABILE
Jorge D. GRISPO
Mario D. HOLAND
Francisco JUNYENT BAS
Aída KEMELMAJER de CARLUCCI
Ariel G. MACAGNO
Ángel L. MOIA
Carlos MOLINA SANDOVAL
Rubén R. MORCECIAN
Raúl NISMAN
Ricardo OLIVERA GARCÍA
Mariano R. PRONO
Miguel A. RASPALL
Roberto REGGIARDO
Horacio ROITMAN
Miguel E. RUBÍN
Fulvio G. SANTARELLI
Lucia SPAGNOLO
Gloria TORRESI
Darío TROPEANO
María E. UZAL
Lidia VAISER
Juan Carlos VEIGA
Marcelo VILLOLDO

Miembros de la Comisión Organizadora

Vocales
Daniel Fernando Alonso
Ángel Luis Moia
Javier R. Prono

Colaboradores
Victoria Ardoy
Georgina P. Benzo
Paula Cattelán
Emanuel Chiabo
Clarisa Di Stefano
Mariano Izquierdo
Ramiro Izquierdo
Rodrigo Izquierdo
Viviana Marín
Mónica Marinaro
Patricia Mazzi
Milagros Nigro
Laura Poletti
Josefina Prono
María Delia Prono
Gabriela Weidmann

AUTORIDADES DE LAS COMISIONES

Comisión I. Presupuestos y principios de los concursos

Miércoles 17 de octubre
Presidentes: *Francisco JUNYENT BAS y Carlos MOLINA SANDOVAL*
Vicepresidenta: *Patricia FERRER*
Relatora: *Paula CATTELÁN*

Jueves 18 de octubre (por la mañana)
Presidentes: *Héctor CHOMER y Marcelo G. BARREIRO*
Vicepresidenta: *Dolly BAUZÁ*
Relator: Luisa I. *BORGARELLO*

Jueves 18 de octubre (por la tarde)
Presidentes: *Daniel ALONSO y Horacio ROITMAN*
Vicepresidente: *Javier A. LORENTE*
Relator: *Leonardo BALDUZZI*

Viernes 19 de octubre
Presidentes: *Marcelo GEBHARDT y Mario HOLAND*
Vicepresidente: *Roberto REGGIARDO*
Relatora: *Patricia MAZZI*

Comisión II. El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra

Miércoles 17 de octubre
Presidentes: *Miguel RUBÍN y Marcelo VILLOLDO*
Vicepresidente: *Verónica F. MARTÍNEZ*
Relatores: *Milagros NIGRO y Javier R. PRONO*

Jueves 18 de octubre (por la mañana)
Presidentas: *María E. UZAL y Lidia VAISER*
Vicepresidente: *Ariel G. MACAGNO*
Relatora: *María I. MICELLI*

Jueves 18 de octubre (por la tarde)
Presidentes: *Adalberto BUSETTO y Miguel RASPALL*
Vicepresidenta: *Flavia PASQUALINI*
Relatora: *Carolina FERRO*

Viernes 19 de octubre
Presidentes: *Gabriela BOQUÍN y Claudio CASADÍO MARTÍNEZ*
Vicepresidente: *José A. DI TULLIO*
Relatores: *Ricardo A. RUIZ y Clarisa I. DI STEFANO*

Comisión III. La quiebra y otro procedimientos especiales de liquidación

Miércoles 17 de octubre
Presidentes: *Darío J. GRAZIÁBILE*
Vicepresidente: *Juan Carlos VEIGA*
Relatores: *Laura POLETTI y Lucila PRONO*

Jueves 18 de octubre (por la mañana):
Presidentes: *Edgar BARACAT y Horacio GARAGUSO*
Vicepresidente: *Germán GERBAUDO*
Relatores: *Gabriela WEIDMANN y Ramiro IZQUIERDO*

Jueves 18 de octubre (por la tarde)
Presidentes: *Darío TROPEANO y Ángel MOIA*
Vicepresidente: *Rubén MORCECIAN*
Relator: *Fernando Javier MARCOS*

Viernes 19 de octubre
Presidentes: *Ariel A. DASSO y Gustavo ESPARZA*
Vicepresidente: *Eduardo N. CHIAVASSA*
Relatores: *Emanuel CHIABO y Mónica MARINARO*

Comisión IV. Sindicatura Concursal

Miércoles 17 de octubre
Presidentes: *Eduardo M. FAVIER DUBOIS y Lucía SPAGNOLO*
Vicepresidentes: *Jorge F. FUSHIMI y Viviana MARÍN*
Relatores: *Mariano IZQUIERDO y Victoria ARDOY*

Jueves 18 de octubre (por la mañana)
Presidentes: *Juan ANICH y Silvana M. GARCÍA*
Vicepresidente: *Raúl NISMAN*
Relatores: *Patricio PRONO y Rodrigo IZQUIERDO*

Jueves 18 de octubre (por la tarde)
Presidente: *Gloria TORRESI*
Vicepresidente: *Máximo MIR y Javier PRONO*
Relatores: *Roxana MARTIN y Martín STOLKINER*

Viernes 19 de octubre
Presidente: *Carlos R. ANTONI PIOSSEK*
Vicepresidente: *María Delia PRONO*
Relatoras: *Georgina P. BENZO y Josefina I. PRONO*

ADHIEREN AL
X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y
VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
Asociación de Graduados de la Universidad Austral.
Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos.
Colegio de Abogados de Entre Ríos Sección Concordia.
Colegio de Abogados de Rafaela 5ta Circunscripción Judicial.
Colegio de Abogados de Rosario 2da Circunscripción Judicial.
Colegio de Abogados de Santa Fe 1era Circunscripción Judicial.
Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Tucumán.
Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Provincia de Santa Fe.
Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Entre Ríos.
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Santa Fe.
Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza.
Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur
Facultad de Ciencias Económicas de la UNER.

Facultad de Ciencias Económicas de la UNL.
Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la Universidad Nacional de Rosario.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
Facultad de Cs. Económicas de la Universidad de Concepción del Uruguay.
Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
Facultad Teresa de Ávila de la Pontificia Universidad Católica Aregntina.
Fundación para el Estudio de la Empresa.
Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
Instituto Argentino de Derecho Comercial.
Instituto Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Paraná, Entre Ríos.
Universidad Notarial Argentina sede CABA.

Prólogo

La obra que entregamos contiene las Ponencias presentadas para el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, a realizarse en esta ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz, organizados por la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y apoyados por otras Universidades y entidades profesionales y académicas del país.

Los doscientos trabajos que se exponen en el libro cubren, con calidad y profundidad, virtualmente todos los temas propuestos en la programación. Fue intención de los organizadores que toda cuestión concursal de interés actual estuviera alcanzada por dicho temario y la lectura de las ponencias nos convence que ello estaría logrado. Por lo demás, creemos que el estar atravesando el país circunstancias difíciles, especialmente en lo económico y social, habrá de coadyuvar a generar discusiones abiertas y respetuosas atento a que la disciplina que nos convoca procura, precisamente, la reestructuración y ordenamiento de patrimonios en crisis e insolvencias.

Es imposible hacer acá un somero análisis de los escritos entregados pero queremos señalar, aún con omisiones, los temas que enunciamos a continuación**:** el estudio de la necesidad o conveniencia de reformar la ley concursal para armonizarla con el Código Civil y Comercial; la consideración de las cuestiones aludidas en las disertaciones especiales del Congreso, es decir, la adaptación de nuestro derecho a la ley modelo de insolvencia transfronteriza; el concursamiento de pequeños patrimonios y de acreedores involuntarios; la facilitación del crédito para deudores recuperables. También, la significación y avances de la tecnología informática en la materia, y, como se ha señalado[1], un mejor tratamiento del acuerdo preventivo extrajudicial y de otras medidas de prevención ante la insolvencia.

[1] ALEGRIA, Héctor, *Proyecto de Código Civil y Comercial, derecho comercial y derecho concursal,* La Ley, DCCyE, año II, N° 5, p. 38.

Se acompañan a este volumen los programas de actividades de los tres días en que se desarrollarán los Congresos, con los horarios y autoridades de las respectivas comisiones para que el tiempo del que disponemos, siempre escaso, sea bien aprovechado. Sabemos que los presidentes, vicepresidentes y relatores sabrán cumplir a conciencia con tal responsabilidad.

Las palabras finales de esta breve presentación se dirigen a recordar una feliz coincidencia porque la Apertura de nuestros Congresos constituye a la par la Apertura del año de Celebración del Centenario de la Universidad Nacional del Litoral[2], nacida como Escuela de Derecho hacia 1869 y luego, con José Gálvez, transformada en la Universidad Provincial de Santa Fe, que reconoce en toda su génesis, en su posterior desarrollo y brillantes logros, desde sus primeros pasos a la actualidad, como una constante y persistente línea de unidad, el protagonismo de su Facultad de Derecho, de esta Casa, declarada recientemente Monumento Histórico Nacional.

Ricardo S. Prono

.

[2] Dijo hace una centuria el diputado Jorge Raúl Rodríguez, autor del proyecto originario de creación de la Universidad Nacional del Litoral: "No se trata de improvisar una Universidad... La Facultad de Derecho de Santa Fe tiene una vida prestigiosa y fecunda. Ha sido un foco de cultura cuyos beneficios la Nación tiene repetidas e indudables comprobaciones".

ÍNDICE

Autoridades.....2
Autoridades de las comisiones.....4
Adhesiones.....6
Prólogo.....8

COMISIÓN I
PRESUPUESTOS y PRINCIPIOS DE LOS CONCURSOS

1. Revisión de los criterios relativos a los presupuestos objetivo y subjetivos de los procesos concursales

La persona con capacidad restringida o incapaz frente al concurso. Análisis bajo los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación
Juliano Amarilla Ghezzi.....21

Movilidad de principios en el derecho concursal
Ariel Fabián Antonio y Carlos Roberto Antoni Piossek.....27

Hacia una anticipación de la tutela concursal. La inminencia de la cesación de pagos como presupuesto objetivo
OmarRicardoBerstein.....39

El consorcio de propietarios no debe considerarse sujeto del art. 2 L.C.Q.
Gladys Marsala y María Alejandra Casero.....53

El consorcio de propietarios como sujeto concursable
Héctor Luis Costa.....57

El "timing" para solicitar concurso
Israel Creimer y Alicia Ferrer Montenegro.....63

Consorcio de propiedad horizontal. Debates sobre su concursalidad. Propuestas
Germán E. Gerbaudo.....71

Presupuesto objetivo en el concurso de la masa indivisa insolvente (art. 2360 del Código Civil y Comercial).
Germán E. Gerbaudo.....79

Proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. Necesidad de su reforma
Germán E. Gerbaudo.....89

El presupuesto subjetivo: con especial referencia a la situación del consorcio de propietarios
Francisco Junyent Bas.....99

La actual ponderación de la crisis empresaria
Francisco Junyent Bas.....109

Presentación concursal de deudores en los que exista confusión patrimonial. Obligatoriedad de presentación conjunta
Pablo Ernesto Mármol.....119

La importancia de los principios y la facultad judicial
Silvia Marcela Mascherpa.....125

El robo de identidad, la quiebra y el Proceso Kafkiano
Anibal Daniel Osuna.....129

¿Y si deconstruimos el derecho concursal sustancial?
Carlota Palazzo.....137

La actividad como presupuesto implícito del concurso preventivo
Valeria C. Pereyra.....145

Crisis societaria. Cesación de pagos e insolvencia
Efraín Hugo Richard.....153

¿Un derecho societario de crisis?
Efraín Hugo Richard.....163

El interés concursal
Lidia Vaiser.....175

Los recaudos formales y sustanciales del concurso: el domicilio y la cesación de pagos
Lidia Vaiser.....179

2. Competencia. Forum Shopping

Consecuencia de la violación a las reglas de la competencia concursal
Gabriela Fernanda Boquin.....185

Concurso preventivo de la empresa vs. proceso penal contra los empresarios. Doce interrogantes sobre el "Stare Decisis"
Eduardo Mario Favier Dubois y Lucía Spagnolo.....189

4. Grandes y pequeños concursos. Insolvencia del consumidor

El consumidor sobrendeudado y su visión según la justicia de Catamarca
Claudia Gabriela Villalba y Cynthia Elizabeth Agüero.....193

El empresario emprendedor como eje del microsistema concursal del futuro
Leonardo David Balduzzi.....199

La persona humana sobreendeudada por créditos otorgados para el consumo
María Paula Cambas y Paula Cecilia Cattelán.....207

Insolvencia de los consumidores
Paula Cecilia Cattelán y Matías O. D. González Bertero 215

El concurso del consumidor en la legislación procesal de la Provincia de Mendoza
Gloria Esther Cortez y Pablo Gonzalez Masanes.....225

Sobreendeudamiento de los consumidores y mediación previa obligatoria
María Betania Dos Santos Freire.....235

Sobreendeudamiento del consumidor. La necesidad de un proceso concursal especial. Crítica a la jurisprudencia que desestima los pedidos de propia quiebra ante la ausencia de activo liquidable
Germán E. Gerbaudo.....245

Insolvencia del consumidor. Constitucionalidad de la legislación procesal provincial - Inconstitucionalidad de la L.C.Q.
Pablo González Masanés.....255

Insolvencia del consumidor. La rebeldía concursal en el CPCCT de la Provincia de Mendoza
Pablo González Masanés.....263

¿Abuso del derecho en el pedido de quiebra voluntario del consumidor? "Culpa" compartida
Dario J. Graziabile y Santiago Ramos.....273

Sobreendeudamiento del consumidor
Francisco Junyent Bas.....281

La situación de la persona humana sobreendeudada que no realiza actividad empresarial
Fernando Javier Marcos.....295

Insolvencia del consumidor. Una necesaria lectura armonizante
Hugo Gerardo Monzón.....307

La persona humana sobrendeudada: derechos urgentes y deberes pendientes hacia el hombre común
Rubén R. Morcecian.....315

Sobre la necesidad de regular de un modo específico un régimen legal que contemple la insolvencia del hombre común
Daniel Roque Vítolo.....321

La insolvencia de los emprendedores o emprendimientos con referencia de los regulados por la ley 27.349
Gabriela Weidmann.....337

5. Cuestiones procesales concursales. Cautelares y medidas urgentes en los concursos

Petición de medidas cautelares. Contracautela del síndico. Improcedencia
Norma Beatriz Alvarez y José Rodolfo Cardoso.....345

La precautoria anticautelar en la demanda de concurso preventivo
José David Botteri.....355

La insoportable levedad de la inapelabilidad concursal II
Adalberto Luis Busetto.....367

Cautelares y medidas urgentes en los concursos
Viviana Graciela Rodríguez y Gladys Irene Causarano.....379

El descuento de cheques y el pedido de restitución de fondos. La protección del patrimonio de terceros y la seguridad jurídica
Ignacio Vicente Cenoz.....385

El concurso especial. Adecuación del procedimiento (un capullo que mutó en mariposa)
Alfredo Alesio Eguiazu.....393

Facultades judiciales para la protección de la caja de la empresa concursada frente a acreedores post concursales
Eduardo Mario Favier Dubois y Lucía Spagnolo.....397

"El futuro ya llegó! llegó como vos no lo esperabas", al derecho concursal
Carolina Ferro.....405

Sobre oralidad y celeridad en el proceso Civil y Comercial -La experiencia concursal-
Dario J. Graziabile.....413

Algo más en materia de coordinación entre procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal
Javier Armando Lorente.....421

Efectos de procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal: confrontación o coordinación
Javier Armando Lorente.....433

Oralidad en los procesos concursales. ¿Por qué no?
Máximo Agustín Mir, Angel Luis Moia y Flavia Elisa Pasqualini.....447

La cuenta corriente bancaria frente al concurso preventivo
Rubén R. Morcecian.....453

Reflexiones en torno a las facultades del juez en la quiebra
Rubén R. Morcecian.....463

Legitimación procesal del fallido
María Soledad Sánchez.....467

6. Implicancias del Código Civil y Comercial en la materia concursal

La exhibición general de libros: el marco concursal como excepción al principio de derecho común
Daniel Fernando Alonso.....479

La compensación por clientela en la resolución contractual por quiebra
Leonardo David Balduzzi.....487

La constitución del estado de quiebra como causal resolutoria del contrato de agencia
Leonardo David Balduzzi.....495

El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal
Gabriela Fernanda Boquin.....503

La subasta de inmuebles en la quiebra cuando están habitados por personas "vulnerables"
Paula Cecilia Cattelán.....515
El Derecho Concursal frente al bloque de constitucionalidad

Claudia Ethel Raisberg y Paula Cecilia Cattelán.....523

La oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria en el proceso concursal
Sebastián Carlos Chumbita.....527

La insuficiencia normativa para la insuficiencia patrimonial del fideicomiso
Gustavo Cultraro.....535

Implicancias del nuevo régimen contable del CCCN y otras leyes especiales en la detección de la insolvencia y la cesación de pagos
Jorge Fernando Fushimi y Gastón Germán Eimer.....547

Armonización de normas: art. 20 LCQ y art. 1011 CCyC. Una nueva alternativa en el régimen de opciones
Silvana Mabel García.....559

Nuevo Código Civil y Comercial. Marco legal para la constitución de los estudios integrantes de las listas clase "A" en concursos y quiebras
Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo, Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinaro.....569

Caducidad de plazos en el concurso preventivo
Antonio L. García y Patricio M. Prono.....573

La tutelas diferenciadas. Una necesaria reformulación de los principios concursales
María Indiana Micelli 581

Buena Fe ... ¿estás ahí?
Carlota Palazzo.....589

Constitucionalidad del derecho concursal. Del estado de derecho al estado constitucional de derechos
Alicia Susana Pereyra.....599

La protección de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial y en las disposiciones legales provinciales
Susana Pereyra.....607

La viabilidad de la actividad de sociedad concursada. El plan de negocios
Efraín Hugo Richard.....611

Las normas imperativas del Código Civil y Comercial, del derecho societario y el sistema concursal
Efraín Hugo Richard.....621

COMISIÓN I

PRESUPUESTOS y PRINCIPIOS DE LOS CONCURSOS

1. Revisión de los criterios relativos a los presupuestos objetivo y subjetivos de los procesos concursales

2. Competencia. Forum Shopping

3. Representación y responsabilidad

4. Grandes y pequeños concursos. Insolvencia del consumidor

5. Cuestiones procesales concursales. Cautelares y medidas urgentes en los concursos

6. Implicancias del Código Civil y Comercial en la materia concursal

1. Revisión de los criterios relativos a los presupuestos objetivo y subjetivos de los procesos concursales

La persona con capacidad restringida o Incapaz frente al concurso. Análisis bajo los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación

Juliano Amarilla Ghezzi

Sumario

La presente ponencia tiene como objetivo desarrollar las modificaciones introducidas por el código en materia de salud mental y cómo estas impactaron en nuestra ley falencial, en particular en la posibilidad de presentarse en concurso un incapaz o una persona con capacidad restringida. Para ello se analizan las consecuencias jurídicas de estas dos figuras.

I. Introducción

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN)[1] se modificaron algunos de los denominados "microsistemas normativos" entre los cuales podemos mencionar, a modo de ejemplo, la Ley General de Sociedades[2]. Sin embargo, otros quedaron pendientes de eventuales reformas como es el caso de nuestra Ley de Concursos y Quiebras (LCQ).

La presente ponencia tiene como objetivo desarrollar las modificaciones introducidas por el código en materia de salud mental y el impacto de estas en nuestra ley falencial, en particular en la posibilidad de presentarse en concurso un incapaz o una persona con capacidad restringida.

Para ello, se desarrollará brevemente el cambio de paradigma que ha consagrado el CCCN en la materia, para luego ver cómo impacta en el supuesto del concursamiento de un incapaz o persona con capacidad restringida.

[1] Aprobado por ley 26.994 sancionada el 1/10/14, promulgada el 7/10/14.
[2] Ley 19.550.

II. Concepto de capacidad restringida y de incapacidad

Sobre este aspecto es importante resaltar que el código adaptó su contenido a lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)[3] y a lo dispuesto por la Ley de Salud Mental (LSM)[4].

Nuestro código establece como principio general la capacidad de las personas (arts. 22 y 23 CCCN, 3 LSM). Como contracara de este principio se receptan dos formas de limitarla: a) las restricciones a la capacidad a la que hacen referencia los arts. 31 y ss., y c) los incapaces (art. 24 inc. c. y 32 in fine). Dichas limitaciones deben estar expresamente previstas, en el caso de las personas con padecimientos mentales, en la sentencia dictada al efecto (art. 23 CCCN).

Es importante diferenciar el concepto de persona con *capacidad restringida* (arts. 32 CCCN primera parte) del de persona *incapaz* (art. 32 in fine), en primer lugar, por las consecuencias jurídicas que estos conceptos conllevan y, en segundo término, para evaluar si corresponde designar un apoyo o un curador según sea el caso.

Debe tenerse en cuenta que a partir de la entrada en vigencia del nuevo código, la declaración de incapacidad de un sujeto es un supuesto de excepción. Frente a un padecimiento mental, el juez debe evaluar la posibilidad de ordenar la restricción a la capacidad del sujeto y, como excepción y siempre y cuando se den los supuestos previstos en el art. 32 in fine, su incapacidad.

En lo que refiere a los sujetos con capacidad restringida se entiende que éstos conservan su capacidad y sólo se la restringe para determinados actos, los cuales deben estar especificados en la sentencia[5]. En otras palabras, la persona podrá realizar por sí misma todos aquellos actos que no figuren en la sentencia. Para todos aquellos actos en los cuales tienen restringida su capacidad, actuará con la asistencia de un sistema de apoyos.

Por otro lado, para nuestro CCCN los incapaces son personas absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado (criterio objetivo que parte de la premisa de imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado) a las que además se les suma el hecho de que el sistema de apoyos

[3] Ley 26378 B.O 9/06/08 que, a través de la ley 27.044, B.O 22/12/2014 obtuvo jerarquía constitucional.

[4] Ley 26657 B.O 1/12/2010.

[5] Cfr.Navarro, Sebastían y Zalazar Claudia, "*Capacidad y Representación en el Código Civil y Comercial de la Nación"* en Zalazar, Claudia, *"Impactos Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación"*, 1era edición, Advocatus, Córdoba, 2017, 121.

designado haya resultado ineficaz. En suma, se entiende que son supuestos en los cuales la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, encontrándose imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados, por lo cual deben agotarse, por un lado, los medios, modos o formatos de comunicación existente adecuados a las necesidades de la persona, como así también los sistemas de apoyo existentes para dicho fin.

En estos casos el juez, si lo considera procedente, declarará la incapacidad del sujeto y designará un curador con el alcance que luego especificaremos[6].

III. La función del apoyo y su diferencia con la figura del curador

Desarrollados los conceptos de persona con capacidad restringida y su diferencia con la de la persona incapaz, resta solo analizar el rol que cumplen el sistema de apoyo y el curador, respectivamente.

En el caso de los apoyos su función es asistir a la persona cuya capacidad se restringe, haciendo especial énfasis en que no la representa sino que ésta ejerce por sí misma sus derechos, pero con la salvedad de que es asistida por su apoyo. Este último puede tener diferentes funciones, como por ejemplo facilitar la comunicación, asesorar o codecidir, es decir que además del consentimiento de la persona asistida se precise también el del apoyo[7], siempre y cuando la sentencia así lo disponga.

En suma, la función del sistema de apoyo no es sustituir la voluntad de la persona cuya capacidad se restringe sino que busca que se respete y promueva su autonomía[8].

Es necesario resaltar la importancia de la claridad y especificidad de la sentencia que restringe la capacidad de la persona puesto que, a través de ella, se delimita cuáles son los actos para los cuales la persona requiere apoyos y el alcance de éstos. De no consignarse en la sentencia que la persona tiene restringida su capacidad para determinados actos, se considera que es plenamente capaz para ellos.

[6] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *"Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado"*, Tomo 1, 1era edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 131.

[7] Peyrano Guillermo F. Y Lafferriere, Jorge N. *"Restricciones a la capacidad civil"*, 1era edición, El Derecho, CABA, 2016, 27.

[8] Para mayor abundamiento sobre este tema se recomienda ver los Principios de Interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual puede consultarse en www.cels.org.ar

Asimismo, de la sentencia que designa los apoyos deben desprenderse las condiciones de validez de los actos realizados con estos, el plazo de duración de la medida y las salvaguardias destinadas a evitar conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona.

Por otra parte, para el caso de los incapaces se debe designar un curador quien, a diferencia del apoyo, representa a la persona incapaz –en este caso se implementa el modelo sustitutivo de la voluntad– según el alcance establecido en la sentencia y siguiendo las normas de la curatela[9]. Como se ve, en este caso el sujeto con padecimientos mental se ve sustituido en la toma de decisiones por su curador que es quien va a representar sus intereses.

Finalmente vale aclarar que tanto la figura del apoyo como la del curador son incompatibles entre sí, por lo cual toda resolución judicial que establezca que ambos sistemas deberán trabajar conjuntamente genera una privación de la capacidad de carácter inconstitucional[10].

IV. Tratamiento de la LCQ al concursamiento del sujeto incapaz

En nuestra ley falencial no hay reparos para que las personas incapaces pueden ser declaradas en concurso. Solo que para ellas será de aplicación el art. 7 de la misma ley, el cual establece que la solicitud de presentarse en concurso debe ser efectuada y suscripta por sus representantes legales[11] y con intervención del Ministerio Público[12]. En el caso de que haya colisión de intereses del incapaz con los de su representante legal, cesará la intervención de los últimos y el juez competente deberá designar un curador especial para que represente al incapaz en el concurso[13].

Por otra parte, la presentación en concurso interpuesta por el representante del incapaz debe ser ratificada por el juez que corresponda –es decir, el juez que intervino en el proceso de determinación de la capacidad y dictó sentencia– dentro de los treinta días contados desde la presentación[14].

[9] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., "*Código Civil…"*, 151.

[10] Principios de interpretación…,4

[11] Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., *"Ley de Concursos y Quiebras. Comentada y actualizada"*, Tomo 1, 3era edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 56.

[12] Ver Graziabile, Dario J.,*"Derecho concursal en el Código Civil y Comercial de la Nación"*, 1era edición, Errepar, CABA, 2016, 27.

[13] Ver Graziabile, Dario J., *"Derecho Procesal Concursal"*, 1era edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 133.

[14] Ver Heredia, Pablo, *"Tratado exegético de derecho concursal"*, 1era edición, Tomo 1, Abaco, 2000, 346.

Como mencionamos, debe darse intervención al Ministerio Público, el cual intervendrá en las diferentes etapas del proceso, como por ejemplo en la verificación de crédito[15], ello bajo pena de nulidad relativa del acto[16].

V. Tratamiento del tema bajo la luz del CCCN

Como podemos ver, la LCQ ha quedado desfasada en esta materia puesto que sólo hace referencia a los incapaces, planteándose la duda de qué tratamiento debe darse a las personas con capacidad restringida en el caso de que estas deseen peticionar su concursamiento. Por ello, nos permitimos realizar el siguiente análisis:

En el caso de la presentación en concurso de un incapaz (entendido en los términos del art. 32 in fine CCCN) consideramos que es de aplicación el art. 7 de la LCQ, y por tanto la misma debe ser hecha por el representante del incapaz siguiendo las prescripciones del artículo mencionado.

Supuesto más complejo es el de pedido de concursamiento de la persona con capacidad restringida ya que como dijimos, en este caso la persona conserva su capacidad, sólo que se la restringe para determinado acto u actos que deberán estar específicamente delimitados en la respectiva sentencia (como por ejemplo, si la persona puede realizar actos de administración, disposición o intervenir en juicio). Para la realización de dichos actos contará con un sistema de apoyo, el cual cumplirá una función eminentemente de asistencia pero no de sustitución de la voluntad de la persona cuya capacidad se restringe[17].

En estos casos es menester evaluar los alcances de la sentencia, en particular sobre la aptitud de la persona para intervenir en juicios y el grado de asistencia que debe prestar el o los apoyos designados para el caso. Es que aún en el caso de que se entienda que la persona no puede intervenir en juicio por sí misma, podrá ser ella la que solicite la formación de su concurso acreditando que realizó dicho pedido con la correspondiente asistencia de su apoyo.

---

[15] Idem.

[16] Sobre esto la doctrina ha dicho que *"Ello siempre y cuando, en los casos en los que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la causa judicial o la realización de ciertos actos del proceso, los cuales fueron efectuados sin su intervención, y si estos ayudaron a la persona que deben representar, pues ningún sentido tendrá oponer la nulidad de ese acto por falta de intervención, puesto que esto no derivó en perjuicio alguno para su representado",* Ver Lorenzetti, ob. cit., 457.

[17] Una parte de la doctrina considera que, en casos excepcionales, el apoyo puede ser designado para actos de representación, aunque sólo para un acto determinado conforme el art. 101 inc. c., ver Lorenzetti, ob. cit. 130.

En este caso se entiende que se mantiene lo previsto por el art. 7 LCQ por lo cual el sujeto deberá contar con la ratificación de la presentación en concurso del juez que intervino en el proceso de determinación de la capacidad (art. 7 LCQ) y, además, deberá darse intervención al Ministerio Público bajo pena de nulidad (art. 103 CCCN).

VI. Reflexiones finales

Nuestra LCQ ha quedado desfasada –en relación al CCCN– en su texto respecto de la presentación en concurso de personas con padecimientos mentales puesto que sólo se refiere a incapaces, no contemplándose la figura del sujeto con capacidad restringida.

En el caso de la presentación en concurso de un incapaz, se mantienen los preceptos del art. 7 de nuestra ley falencial.

Por otra parte, con relación a las personas con capacidad restringida, podrán peticionar su concurso por sí mismas con la asistencia de su sistema de apoyo, el cual intervendrá dentro de los límites que estipule la sentencia que lo designa.

En ambos casos es importante que el juez del proceso de determinación de la capacidad ratifique la presentación realizada por el curador, en el caso del incapaz, o de la persona con capacidad restringida, como así también que se de intervención al Ministerio Público.

Movilidad de principios en el derecho concursal

Ariel Fabián Antonio y Carlos Roberto Antoni Piossek

Sumario

Dentro de un marco reflexivo se impone destacar el arcaísmo y la desorientación de las normas vigentes, pues al pensar para organizaciones económicas de épocas pasadas, no se encontró el orden jurídico procesal a fin de elaborar una solución preventiva o liquidatoria para el comerciante, el consumidor o la pequeña empresa, diferenciado de las grandes organizaciones. No se advirtió que el derecho de la empresa en dificultades desplaza, lenta pero a paso firme, al derecho concursal o derecho de quiebra hacia los primeros, para concentrarse las nuevas normativas legales, incluyendo a los segundos.

Las crisis económicas de las últimas décadas del siglo XX y las del siglo actual, al igual que la reestructuraciones mediatas o inmediatas, establecidas por los estados de crisis, inducen a precisar que los llamados métodos de mercado reflejan modelos distintos a los métodos gubernativos, según lo manifiesta José Luís Monereo Pérez[1]. Es decir, los mercados ante la crisis reaccionan con métodos casi rígidos y de extrema exigencia, al no interesarles la economía de los países, la inflación ni la comunidad, en tanto el estado resulta indefectiblemente compelido a buscar métodos flexibilizadores donde, al existir una sola ley de concursos y quiebras, los únicos beneficiados resultan las compañías estructuradas como grupos económicos.

En conclusión, debemos pensar en un ordenamiento que atiendan la crisis de las grandes empresas, debidamente diferenciadas de las pequeñas y medianas, de los comerciantes y de los consumidores, quienes se adaptan mejor a los sistemas de economía flexible y a los impactos del terrorífico flagelo que asola, continuamente, nuestro país.

[1] Monereo Pérez, José Luis, obra citada, pág. XXII.

1. Movilidad de principios en el Derecho Concursal

Osvaldo J. Maffia[2], en el prólogo a la obra de Miguel Eduardo Rubín, manifiesta que *"...la quiebra nació delictual..."*, toda vez que atentaba contra los valores de la convivencia, por atacar el interés colectivo propio de la clase mercantil y, particularmente, por afectar el interés publico. Es decir, durante los primeros siglos de su vigencia se sancionaba al deudor insolvente por afectar, fundamentalmente, la normal actividad comercial a través de una conducta antisocial.

En el instituto de la quiebra se encontraba impresa, con marcada acentuación, la figura del comerciante por haberse deshecho, en la Edad Media, el cascarón de la individualidad de las transacciones, propiciando la expansión del comercio por las ciudades, particularmente, del mediterráneo. Bajo este contexto, en el derecho medieval, predominó el carácter público de la quiebra, alcanzando indistintamente a los comerciantes como a los civiles, pero recayendo las mayores penalidades sobre los primeros, atento el impacto que ocasionaba la insolvencia en el sistema económico general.

Con el paso de los años este primigenio encuadramiento sufrió un disloque al disponer las Ordenanzas de Bilbao que la quiebra quedaba reservada para los comerciantes. Este ordenamiento no concretó una debida adecuación de estos últimos, siendo el Código Francés de 1807, el que canalizo un tratamiento definido de las personas encuadradas en el procedimiento falencial, acusando una gran severidad para los comerciantes, no así para los civiles[3].

Paralelamente a los cambios legales, se acentuaba una expansión de las rutas comerciales y de los mercados hacia los nuevos continentes, hecho que para algunos historiadores revestirían las bases primitivas de un tipo de globalización. Esta ruptura de fronteras configuró la aparición de las denominadas empresas, a las cuales también se les aplicaba las figuras y los efectos de la quiebra, por ejercer actos de comercio.

Por otra parte, se inicia en Inglaterra un proceso de transformaciones económicas, políticas y de técnicas de producción las que se difundieron, rápidamente, por toda Europa. Entre otros, la máquina a vapor permitió la energía mecánica; la industria textil abrió paso

[2] Maffia, Osvaldo J., *Calificación de conducta*, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1987, pág. 9.
[3] Anares Cucurellia, Gabriel, *Derecho Mercantil*, 3ª Edic., Ed. Enares, Barcelona, 1959, pág. 830 y siguientes.

a la producción en masa, comenzando el triunfo del capitalismo, entendido como una producción masiva de mercancía destinada a la venta y a la burguesía.

El crecimiento de la industria aparejó el nacimiento de una nueva clase social, "el proletariado", que generó fuertes cambios sociales y culturales, que terminaron por enfrentarse abiertamente con el capitalismo. Estas últimas se canalizaron a través de las reacciones concretadas por Carlos Marx a través de "el capital" y con los movimientos sindicales, entre otros, el movimiento "Carlista", asociándose de tal manera los derechos sindicales con los proyectos políticos.

La revolución industrial, luciendo un proceso de evolución imparable, originó el nacimiento del ferrocarril, de las arquitecturas de hierro, el crecimiento anómalo de la industria (Bélgica, Francia y España del siglo XIX), la presencia de fábricas, grandes factorías y el abaratamiento de los costos. Este sistema de producción, al necesitar movilizar grandes flujos de capital, obligó al desarrollo de la banca y del crédito, este último no sólo destinado a perfeccionar los medios de explotación sino, además a la activación de inversiones en aquellos países que no contaban con industrias.

En esta época se inicia el gran endeudamiento de la República Argentina, y de otros que conforman nuestro continente latinoamericano, con la banca extranjera[4], por una parte y por la otra, la empresa europea al igual que la norteamericana, experimenta desde el año 1880 una proyección hacia la organización de la fórmula de responsabilidad limitada, aleccionada con el objeto de evitar que las pérdidas de los inversores se circunscriban al volumen de sus acciones.

En esta etapa la revolución industrial (1870-1914), se caracterizó por la sustitución de la elaboración semiartesanal de las manufacturas, por el trabajo en cadena, por alentar el consumo en gran escala y con la internacionalización de nuevos mercados, exportándose el propio modelo económico; las empresas sufren una gran expansión que la lleva a ser más grandes e impersonales y a concentrar el capital con el objeto de alentar el proceso de elaboración masivo. Nace una nueva clase social, la de los consumidores, y la consolidación de las Bolsas en las principales ciudades, las que con el paso de los años influyeron en las modificaciones de las estructuras de la producción, en la velocidad de las transacciones, en los sistemas crediticios

[4] Alberdi, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la confederación argentina sobre su Constitución Nacional*, Ed. La cultura argentina, Buenos Aires, 1921, nº 60.

y en la conversión de la conceptualización del sistema del procedimiento concursal (concurso preventivo o liquidatorio).

De tal manera, las empresas comenzaron organizándose bajo la forma de sociedades comerciales a fin que la posible pérdida se circunscriba al volumen de sus acciones, al aumento de la venta de bonos, a la posibilidad del otorgamiento de créditos al estado y a fortalecer el poder de la banca que origino el capitalismo financiero. Así mismo, este crecimiento determinó el surgimiento de una nueva clase social denominada "el proletariado", originantes de las asociaciones obreras, cuya existencia configuró la tendencia a la defensa del trabajador.

Concluida la segunda guerra mundial se firmaron los acuerdos de Bretton Woods, otorgando al dólar el carácter de papel moneda transnacional y a partir de allí, las empresas tuvieron un crecimiento económico que marcó un hito en la historia de las mismas, esto al aumentar su producción a un ritmo de 5% anual, haciendo ingresar a estados unidos, entre otros países en la sociedad de consumo.

Durante el transcurso de la década de 1960 esta progresión inusitada sufrió una baja considerable a consecuencia de la reconstrucción de Europa, de la inflación que empezó sufriendo Estados Unidos como resultado de la guerra de Vietnam de la suba de la energía en general, y en particular del petróleo, todo lo cual provocó la descapitalización empresarial como revuelta sociales de mejoras salariales y el nivel de vida. Esta crisis mundial motivo el fin del consenso internacional marcado por los acuerdos de Bretton Woods y un cambio en la temática protectora de los procedimientos concursales, esto al comenzar dirigiendo la mirada hacia la continuación de la empresa y la defensa del trabajador frente a los procesos de crisis.

A pesar del espectro mundial impetrado por la revolución industrial y sus imparables movimientos de cambio; de la universalización de las leyes especialmente materia mercantil, pasaron varias décadas hasta que el legislador argentino tomare razón de la necesidad de asestar un golpe definitivo a la existente exención de los civiles, del procedimiento concursal.

Cabe recordar que el Código de Comercio de 1862, regulaba la insolvencia comercial sin un mayor tratamiento, hecho por el cual la ley 50 de Procedimientos para Tribunales Nacionales, instituía el concurso civil, atendiendo esta situación, el Código de Procedimientos de la Capital, vigente a partir de 1888, plasmó un sistema para éste

tipo de proceso concursal, reflejándose en la Ley de enjuiciamiento de España de 1855. Pero con el transcurso de los años, las provincias fueron adoptando el procedimiento de la insolvencia civil en sus respectivos Códigos, sin que con ello se evite las discrepancias sobre las conveniencias del método de división.

Haciéndose eco de ésta problemática, la ley 19.551, tendiendo a la adecuación de la normativa concursal al espectro mundial, provocó cambios vertebrales, entre otros "la figura del comerciante individual fue relegada a actividades comerciales menores de modo que su concurso aparece más como un problema personal que una cuestión de interés social. El comerciante individual pasó a ocupar un lugar modesto dentro de la actividad económica, en tanto las empresas, configuradas como sociedades comerciales, se constituyeron en los más importantes sujetos pasivos de los concursos y las quiebras (*Farina, Juan M, concurso de las sociedades comerciales, tºI, Ed-Zeus, Santa Fe, 1982, pag. 5/6).* Por otra parte, el ordenamiento concursal del año 1972 fijó las primeras pautas troncales tendientes a la protección del trabajador por intermedio de normas especificas, las que tiempo después quedaron plasmadas, con mayor gravitación, en la ley de contratos de trabajo.

Efraín H. Richard[5] al referirse a la ley 19.551 manifestaba "su principio no sería, expresamente la conservación de la empresa ni la defensa del trabajador, sino que su finalidad específica estaba guiada a la absolución del estado de cesación de pago, pues podía existir un concurso sin empresa, y de comerciantes que no tienen organizada su actividad comercial". Indudablemente sin pretender contradecir está fundada postura ratificamos que a partir del ordenamiento concursal del año 1972, la protección de la empresa y del trabajador, esto ante los estados d crisis, pasaron a ocupar los principios restauradores del legislador, desbaratando al comerciante individual como el eje central de la protección ante los impactos de los difíciles trances que provoca la crisis, tal como resulta de analizar el citado ordenamiento legal.

Si bien este ordenamiento de la década del 70, presentó reflejos de algunos aportes provenientes de la ley de Francia de 1967, en su parte segunda estatuyó normas destinadas a la adecuación del concurso civil al comercial, sin que esto pudiere ser asimilado como un acercamiento a la unificación. En efecto, recién con la reforma

[5] Richard, Efraín H. "Teoría General de los Recursos Concursales, revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Nº4, Córdoba 1978, pág. 46

de 1983, se unificó el fuero comercial para toda clase de personas de existencia visible o ideal, con la eliminación de las personas de carácter público.

Por consiguiente, el concurso preventivo y la quiebra, de carácter general, quedó plasmado en un único texto desapareciendo la figura del concurso civil, instituto reservado, hasta dicho momento, para los no comerciantes y los consumidores. En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 22.917, los comerciantes, las empresas y los consumidores quedaron sometidos al mismo ordenamiento legal, situación que a nuestros días provoca no pocos planteamientos respecto a la necesidad de dividir los cauces jurídicos.

Los cambios continúa abruptos y prácticamente inmediatos, se acentuaron con paso avasallador a medida que nos acercábamos al siglo XXI, a punto tal que, rápidamente, las insipientes estructuras son remplazadas por otras, considerándoselas vetustas, a consecuencia de la cibernética, de los avances de los medios de comunicación y de las exigencias de los mercados de consumo, cuales quedan al margen de los limites demográficos. De allí, a partir de la segunda mitad de la década de 1970 en Europa, y de 1990 en Argentina, producto de la globalización, pasamos a ser espectadores de otras reformulaciones, al acentuarse la protección de la empresa en crisis, y dejarlo en un segundo plano al comerciante como al igual poner énfasis en el consumidor hasta transformarlo en compulsivo, impulsándolo al consumismo, al extremo de hacerlo alcanzar fuertes endeudamientos como abruptos estados de insolvencia.

Los entes financieros, llámese bancos, cooperativas de crédito, mesas de dinero o grandes comercios destinados a la venta de elementos de consumo, facilitan el crédito de manera indiscriminada con el objeto de captar consumidores los que terminan siendo víctimas del sistema economista. A su vez, la generalizada y no menos masiva entrega de tarjetas de crédito; créditos blandos, descuentos por planillas de sueldos, la publicidad de los productos entre otros, ocasionan el consumismo, luego el endeudamiento de los sectores imposibilitados de hacer frente a los exacerbados gastos y a la marginación.

Ante esta realidad el pequeño comerciante, la gran empresa y el actual tipo de consumidor masivo y compulsivo, imponen estructuras concursales que se adapten a las necesidades de su presupuesto y de la configuración que merecen en el mercado financiero. Por ello en Europa y en general en la mayoría de los países industrializados, se

inició un proceso de desactivación del sistema sancionatorio de la quiebra y la elaboración de un derecho concursal especial destinado a las empresas, diferente al de los comerciantes y los consumidores.

Al respecto, José Luís Monereo Pérez[6] manifiesta que el derecho concursal se dirige a solucionar, actualmente, los problemas generados por las empresas en crisis, y por ello se encuentra en continua evolución ante las profundas transformaciones económicas y político-sociales operadas en las últimas décadas del presente siglo. Que, va penetrando la nueva fisonomía económico-jurídica de la empresa en dificultades cual requiere nuevos mecanismos de tratamiento jurídico y de intervención del poder público que permitan una mayor gobernabilidad de los procesos de insolvencia y la reorganización de la empresa contemporánea.

En concreto, se pretende que el derecho de la empresa en crisis tienda a la búsqueda de un equilibrio oscilatorio entre la recuperación y la adaptación a las imposiciones de los mercados, de aquellas empresas recuperables con el mantenimiento de la fuente de trabajo, por una parte y por la otra, a la desaparición de la empresa improductiva, mediante una liquidación extintiva. Se centraliza la búsqueda en el mantenimiento de ciertas empresas que hagan al funcionamiento del sistema económico y la competitividad de las economías nacionales y comunitarias como al mantenimiento de la fuente de trabajo.

2. Perdurabilidad de la empresa

La empresa, revistiendo el pulmón aireador de la economía del estado moderno (nacional y provincial) y particularmente al haber asumido el rol de una usina generadora de empleo, modifica el objetivo del derecho concursal. Por esta situación una vasta rama del derecho comercial comenzó enfocando el tratamiento de la empresa con demasiada énfasis estimando que *"El Derecho Concursal, ahora cuenta con el interés principal de la perduración de la empresa, lo que Jaime Luís Anaya supo denominar el mito de la empresa inmortal"*[7].

La empresa, generadora de empleos, de riquezas y la primera con-

[6] Monereo Pérez, José Luís, prólogo a la obra de Manuel Ramos Torres, *El fondo de garantía salarial*, Ed. Comares, Granada-España, 2000, pág. XXV.

[7] Dasso, Ariel Ángel, *La empresa debe perdurar a toda costa*, La Gaceta-SEC. Tribunales, Tucumán, 26/08/08, pág. 3.

tribuyente pasó a considerársela como el objetivo primordial del derecho concursal, debiendo *"primero mantener el empleo, y luego el crédito"*, según lo expresado por Héctor Alegría[8]. Pero, para cumplir con dicho objetivo es primordial apuntalar la empresa sin importar la figura del empresario, toda vez que si la primera desaparece no existirá continuidad de la explotación ni de la fuente de trabajo.

Indudablemente, el criterio antedicho presenta una sustancial diferencia con los principios plasmados en los ordenamientos concursales anteriores a la década del 60, quedando reflejada en la ley 19.551, afianzándose, prudentemente, en las reformas posteriores. Confirma ésta posición, entre otros, la unificación del fuero concursal para todo tipo de personas, físicas o ideales, estén o no matriculadas, conformen o no una sociedad irregular (ley 22.917), el salvataje y la extinción de la calificación de conducta de la ley 24.522; el APE y la cooperativa de trabajo, introducidas por ley 25.589 y los últimos cambios incorporados por la ley 26.086.

Francisco Junyent Bas[9], subraya *"el trabajador merece una tutela especial, pero al mismo tiempo se lo debe hacer ver que la suerte de la empresa es su propia suerte, que debe asumir con madurez algunas conductas que quizás lo lleven a algunos sacrificios menores pero necesarios para mantener la fuente de trabajo"*. En consecuencia, en el mundo moderno y actualizado, se impone la necesidad de proteger a la empresa productiva ante los estados de crisis; igualmente deben articularse medios suficientes a fin que los trabajadores, por intermedio de sus representantes, se inserten en los directorios y en los comités internos para conocer los destinos, desafíos y los riesgos de la empresa, a fin de tomar medidas preventivas, especialmente contra el empresario inescrupuloso, según lo afirmado por le catedrático de la Universidad Nacional de Córdoba.

Siguiendo estos lineamientos acentuamos que la ley de concursos, hoy por hoy, tiene como objetivo principal mantener la empresa por encima del empresario, como lo afirma Ariel A. Dasso, *"El concurso debe estar destinado a que la sociedad sobreviva por encima de la desgracia del empresario"*[10]. Esta aseveración queda respaldada a través de un paneo de la normativa argentina, donde resulta que la situación liquidativa de la quiebra, en definitiva posee un carácter

[8] Alegría, Héctor, *Primero hay que mantener el empleo* La Gaceta-Sec. Tribunales, Tucumán 09/05/06, pág. 5.

[9] Junyent Bas, Francisco, *La suerte de la empresa es la del empleado,* La Gaceta-Sec. Tribunales, Tucumán, 19/08/08, pág. 3.

[10] Dasso, Ariel Ángel, publicación del diario La Gaceta citado.

residual; antes de la liquidación se busca su continuidad por intermedio de la cooperativa de trabajo, la enajenación de la empresa como unidad o del conjunto de bienes y hasta el otorgamiento de privilegios a favor del adquirente del establecimiento (Art. 198, ultima parte, de la ley 24.522).

Lo manifestado por la categorizada corriente doctrinaria hasta aquí citada, se ajusta a la realidad política-económica-financiera de estos tiempos, pero ¿Cómo defender a la empresa en crisis?; ¿debemos esperar que entre en cesación de pagos o en insolvencia y recién buscar su salvataje?. Pero, encontrar una respuesta justa que confiera la posibilidad de alcanzar dicho objetivo es difícil, más aún cuando la continuidad del empleo y de la actividad empresarial no pasa, únicamente por los procedimientos colectivos o su reforma, sino que debe ser acompañada por una actividad preventiva desplegada por el Estado.

Dicho posicionamiento queda suficientemente respaldado por José Luís Monoreo Pérez[11], al manifestar *"En los países de Europa se trata de afrontar la crisis de la empresa evitando el recurso a procedimientos concursales destructores, para mantener la organización productiva haciéndola funcionar al servicio de los interés públicos primarios. Por ello, la mayoría de los países que integran el Mercado Común Europeo, cuentan con un menú diverso de planes de reestructuración y de saneamiento a la empresa como el contralor de los sindicatos u organismos estatales"*.

El antedicho pedagogo de la Universidad de Granada (España) del mismo modo considera que estos *"procedimientos para concursales han evitado, en algunas ocasiones, la utilización de la quiebra u otro procedimiento análogo"*. Al respecto cabe recordar que nuestro país, siguiendo estos principios, elaboró la figura del APE contando con un carácter preventivo pero, lamentablemente, quizás por la falta de una correcta estructuración o de un debido contralor a partir de la homologación, no obtuvo los efectos esperados.

En definitiva, la temática actual del ordenamiento concursal es el de la perdurabilidad de la empresa con posibilidades de continuación, acompasado con la defensa del buen funcionamiento del sistema económico-financiero; de las estructuras sociales, de la estabilidad política y del empleo. Este posicionamiento crea un dilema difícil de resolver consistente en cual es la empresa que se encuentra en

11 Monero Pérez, José Luís, obra citada, pág.35.

condiciones de continuar con su explotación, haciendo abstracción a los problemas que podría aparejar su cierre definitivo, es decir sanear o liquidar.

3. Articulación insuficiente

Nuestro país, con la sanción de la ley 24.522, tomó razón de las nuevas imposiciones del mercado mundial y la necesaria adaptación a las dinámicas como a la realidad económica y social, tal cual lo manifiesta Héctor Ricardo Fragapane y Fernando Gabriel Ganes[12]. La ley de concursos y quiebras introdujo la figura del concurso para pequeñas y medianas empresas en el título IV, capítulo IV dedicando, tan solo dos artículos a regular el diseño de dicho procesos[13].

Indudablemente, la metodología contemplada por el ordenamiento de 1995 al eximir, a esta categoría de deudores, tan solo de algunos requisitos de aquellos impuestos a las grandes empresas y de aplicarles un mismo proceso, lleva a categorizarla de insuficiente. Esta falta de una debida articulación de los procedimientos concursales preventivos o liquidatorios para los comerciantes, las pequeñas empresas y los consumidores, a medida que transcurren los años ocasionan grandes trastornos tanto para la doctrina como para la labor del juez o sus auxiliares, al no lograr un rápido resultado satisfactorio para los sujetos involucrados, todo acorde lo expuesto por Rafael F. Barreiro.

El nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 – Public. B.O. 8/10/14) regula los contratos de consumo en los arts. 1092 a 1122, pero no deroga la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.- El CCC incluye una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene los siguientes efectos: a) No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores; b) Ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimo – del CCC- sin afectar el sistema. El Art. 1092 CCC define Relación de Consumo, como "Es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor", el que podrá tener fuente contractual o no. Una incorporación importante e la

[12] Fragapane, Héctor Ricardo y Gmes, Fernando Gabriel, *Juguemos a los concursos*, obra homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia ed. Lerner Editora S.R.L, Córdoba, 2008, pág. 597.

[13] Barreiro, Rafael F., *Precisiones acerca de concursos pequeños, crisis sistemática y consumidores endeudados en demasía*, obra homenaje al Dr. Osvaldo J: Maffia, citada, pág. 568.

ampliación de la legitimación para reclamar. Así, el Art. 1092 (2º Párr.) determina: "Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La ley 24.420 (B.O. del 15/10/93), precisa una definición de consumidor al decir que *"se consideran consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social"*. Esta determinación resulta controvertida al encuadrar a distintos tipos de personas y en definitiva al establecer que el consumidor es quien realiza el acto de consumo.

Esta normativa procura alcanzar la protección del consumidor en lo referente a la adquisición de productos finales y en idéntico sentido lo hace el art. 42 de la Constitución Nacional (Derechos del consumidor), dejando latente la necesidad de elaborar un sistema concursal adecuado para los mismos. En este sentido la reforma parcial de 2006 (ley 26.086) y de la 26.684 del año 2011, a la ley 24.522, una vez más dejaron pasar la oportunidad de concretar un avance en esta postergada materia; más bien buscaron elaborar metodologías tendientes a la protección del trabajador, haciendo hincapié en la continuación de la explotación.

En conclusión, debemos pensar en un ordenamiento que atiendan la crisis de las grandes empresas, debidamente diferenciadas de las pequeñas y medianas, de los comerciantes y de los consumidores, quienes se adaptan mejor a los sistemas de economía flexible y a los impactos del terrorífico flagelo que asola, continuamente, nuestro país.

Hacia una anticipación de la tutela concursal. La inminencia de la cesación de pagos como presupuesto objetivo

Omar Ricardo Berstein

Sumario

En el presente trabajo tenemos por objetivo abordar una cuestión de gran actualidad, y que entendemos esencial en el esquema contemporáneo de la cuestión concursal, consistente en la ampliación del concepto de Cesación de Pagos, como presupuesto de los procesos concursales.

Lo que nos impulsa a volcarnos a tan ardua tarea, es un detenido análisis de la cuestión realizado en el desarrollo de la actividad tanto académica como profesional, y que llevara al planteo constante de dos incógnitas: ¿El actual presupuesto objetivo de los procesos concursales, como razón o fundamento de los mismos y sus excepciones, ha quedado superado en la realidad en lo que atañe al Concurso Preventivo?

La conceptualización actual del presupuesto objetivo concursal judicial no brinda tutela preventiva suficiente.
Frente a ello surge nuestra propuesta (de lege ferenda), en pos de la habilitación de las vías de tutela judicial ante una situación patrimonial de desequilibrio inmediatamente previa a la crisis definitiva, caracterizada por la ***inminencia*** de la impotencia patrimonial evidenciada por la Cesación de Pagos.
Hacia una anticipación de la tutela concursal. La inminencia de la cesación de pagos como presupuesto objetivo.

I. Introducción

En el presente trabajo tenemos por objetivo abordar una

cuestión de gran actualidad, y que entendemos esencial en el esquema contemporáneo de la cuestión concursal, consistente en la ampliación del concepto de Cesación de Pagos, como presupuesto de los procesos concursales.

Lo que nos impulsa a volcarnos a tan ardua tarea, es un detenido análisis de la cuestión realizado en el desarrollo de la actividad tanto académica como profesional, y que llevara al planteo constante de dos incógnitas: ¿El actual presupuesto objetivo de los procesos concursales, como razón o fundamento de los mismos y sus excepciones, ha quedado superado en la realidad en lo que atañe al Concurso Preventivo?

Desde ya, se adelanta que no se pretende efectuar un tratamiento integral del presupuesto objetivo de los procesos concursales (por cuanto la extensión necesaria al efecto excedería con creces el marco de una ponencia), más sí el planteo de una alternativa que estimamos útil, y superadora del actual estado de situación que presentan los procesos concursales supuestamente "preventivos".
Partimos de reconocer que el calificativo "preventivo" asignado al concurso no liquidativo, rara vez cumple su cometido dado que el deudor solo puede solicitar el amparo judicial en tanto y en cuanto, se encuentre cesante. Según nuestra experiencia académica, docente y profesional, esta exigencia deviene lesiva por extemporánea, derivando indefectiblemente –en la mayoría de los casos- en un proceso falencial liquidatorio.

La conceptualización actual del presupuesto objetivo concursal judicial no brinda tutela preventiva suficiente a los requerimientos jurídicos, contables, económicos y sociales en tanto exige el patrimonio en *efectiva* crisis, para recién otorgar un remedio judicial. *Es decir, el sistema no tiene nada de preventivo*; el proceso exige acreditar el estado de insolvencia agudo y casi irreversible, tornando tardíos e inocuos los remedios previstos al efecto por el ordenamiento concursal.

Es frente a tales observaciones que hemos arribado al convencimiento de que las circunstancias debidamente acreditadas que le permitan concluir al juez sobre la inminencia de una claudicación patrimonial, deberían facultarlo para dictar la apertura de un proceso concursal verdaderamente "preventivo" y así intentar la recomposición del capital de trabajo del deudor, el saneamiento de su economía y la rein-

serción del mismo al mercado. No sólo en beneficio del deudor, sino de sus acreedores, de la economía general y del crédito público.
Hoy en día, resulta cuanto menos difícil negar seriamente que el sistema concursal liquidativo ha fracasado; importa una inevitable frustración de intereses, pues solo en los "casos de academia" los acreedores quirografarios perciben siquiera un mínimo porcentaje luego de la realización del activo.

Ello nos enfrenta a la necesidad de un replanteo, de volver a pensar los institutos, desde su base misma, y partiendo de la misma Cesación de Pagos, no solo observado desde el criterio jurídico, sino conforme la confluencia de distintas técnicas de evaluación y resultados, de forma tal de munir a los órganos jurisdiccionales (y a los operadores jurídicos en general), de instrumentos adecuados para permitir la asistencia a quienes se encuentren transitando la crisis y cuyo final resulte inexorable.

Pero nuestra propuesta no pretende modificar el presupuesto objetivo "in se", sino *ampliarlo*, para circunstancias que lo ameritan y que no se subsumen en él, ni aún en la tesis amplia que sostiene a dicho concepto.

Sostenemos, convencidos, que el llamado presupuesto objetivo de los procesos concursales –como veremos- debe ser readecuado a los actuales requerimientos del comercio, superando la falta de diferenciación al respecto entre la Quiebra y el Concurso Preventivo, que atienda a una verdadera naturaleza "preventiva" del segundo.

II. La base del problema: el crédito (y su crisis)

Hasta el presente, el proceso de la Quiebra y los restantes procesos concursales, no son más que la respuesta jurídica a la situación económica de la Cesación de Pagos o Insolvencia, en pos de prevenir las asimetrías y las consecuencias disvaliosas producidas por el ejercicio de pluralidad de ejecuciones individuales frente a un sujeto imposibilitado patrimonialmente para su cumplimiento.
Por ello son siempre tardías.

Como dice GARCIA MARTINEZ: "*La quiebra, desde el punto de vista jurídico, es el conjunto de normas legales que regulan el fe-*

nómeno económico de la insolvencia patrimonial"[1], razonamiento extensible a la totalidad del derecho concursal y compartida por los diversos autores[2].

O como en forma más gráfica nos refiere Ariel DASSO: "*La legislación concursal es el brazo armado de la economía, el auxilio jurídico instrumental al mundo negocial al momento de la crisis*"[3]. En este punto, y previo a ingresar al núcleo de la cuestión propuesta, debe recordarse que la operación financiera esencial para el desenvolvimiento negocial, resulta ser el Crédito.

En toda organización productiva, a los efectos del desarrollo de su actividad propia y salvo contadas excepciones, resulta necesaria la utilización de recursos que por momentos se presentan como superiores o superadores a los efectivamente disponibles por dicha empresa. Por ello, se produce la necesidad de recurrir al capital ajeno para desarrollar en forma eficiente la actividad propia. Y es en dicha circunstancia que surge el crédito como instituto inescindible de la evolución económica de un grupo humano, particularmente en la actualidad, sustentado en la confianza, esto es, en el convencimiento de que quien es deudor, cumplirá su obligación en la forma y tiempo comprometidos.

El crédito consiste, en forma sintética, en el intercambio de bienes presentes por bienes futuros. Supone, dentro de una relación bilateral (acreedor / deudor), la postergación temporal de cuanto menos una de las prestaciones comprometidas por las partes.

La confianza, base del crédito, emana de una pluralidad de circunstancias, no hallándose limitada exclusivamente al activo con que pudiere contar el eventual deudor (elemento objetivo), sino también resultan relevantes las características personales del deudor (elemento subjetivo), tomando particular cariz como determinante de dicha confianza, el cumplimiento puntual y regular de las restan-

[1] GARCIA MARTINEZ, "**El Concordato y la Quiebra**" Volumen I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 180.

[2] "La impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser del instituto y del procedimiento de quiebra; sin ella no se concebiría la acción colectiva de concurso, instituida como defensa no contra el incumplimiento de las obligaciones sino contra la insolvencia..." (FERNANDEZ, op. cit., p. 177)

[3] DASSO, Ariel A., "La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung", Ed. LA LEY, Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (febrero), 01/02/2009, 1 - LA LEY2009-B, 773.

tes obligaciones por parte de dicho deudor. Así, el funcionamiento normal del crédito se producirá en tanto esa confianza en el cumplimiento puntual se encuentra fundada y reafirmada por los sucesivos cumplimientos tempestivos por el deudor, lo que motivará el incremento de la misma y por ende, del crédito.
No obstante, en virtud de la pluralidad de circunstancias que influyen sobre su existencia, esa confianza se presenta como un factor particularmente frágil y cuando la misma se pierde, cesa el crédito, se paraliza su funcionamiento, generando una situación de difícil reversión debido a sus consecuencias sobre las restantes relaciones del deudor, derivando -en numerosas ocasiones- en la situación económica de Cesación de Pagos.

Aquí es donde se hace patente que esa "fiducia" descansa en la convicción que el acreedor espera: la "diligencia del deudor". Diligencia (opuesta a negligencia) que implica que no esperará la efectiva cesación de pagos, sino que lo convocará ANTES para arribar a una solución.

Si no se anticipa, generará una alteración negativa de la confianza, resultando un funcionamiento anormal o patológico del crédito, que deriva de causas tanto internas, propias del deudor, de sus hechos voluntarios (e incluso fraudulentos en oportunidades), o bien de hechos o circunstancias ajenas, exógenas sobre los cuales carece de poder.

Pero he aquí que, de cualquier forma, al deudor diligente no le está permitido normativamente, actuar judicialmente en forma anticipada a la crisis patrimonial.

Por tanto, podemos hallar en la imposibilidad de actuación anticipatoria, el origen del funcionamiento irregular de la ampliación del crédito y de allí la causa de la producción del estado de Insolvencia, que es el fundamento de los procesos concursales, los cuales no son más que remedios jurídicos establecidos para la tutela de la situación eminentemente económica de la Insolvencia, efectivamente producida.

Por tal motivo propiciamos actuar judicialmente en esa etapa de gestación interna aún cuando no existan hechos reveladores para terceros.

Y ello es jurídicamente viable pues lo exterioriza el propio deudor (no permitiéndose una indebida intromisión de terceros, en los aspectos internos patrimoniales del sujeto).

III. La finalidad de los procesos concursales y su presupuesto objetivo

El Derecho Concursal es, como destacan numerosos autores, el derecho que regula la insatisfacción crediticia y la insuficiencia patrimonial, donde necesariamente habrán de producirse indeseados sacrificios por parte de los distintos intervinientes, cuyo objetivo -según señalara el maestro Héctor Cámara[4]-, ha de estar puesto en lograr el mejor y más justo reparto y coordinación de los daños, evitando su propagación y el acaecimiento de gravosas consecuencias adicionales, procurando un adecuado equilibrio, en el sacrificio común que todo proceso de estas características necesariamente acarrea.

Esta particular vertiente del derecho consiste en un conjunto o complejo normativo, el cual se halla en constante evolución y cambio, presentando un dinamismo que halla su fundamento en las características de las relaciones económicas que está llamado a regular y que son propias de toda sociedad y muy en particular, en las modernas sociedades capitalistas de consumo, donde los procesos de la masificación y la globalización permiten alcanzar nuevos horizontes en materia de transacciones comerciales, así como de dispersión y penetración del crédito.

Es propio del derecho y en particular de sus ramas comerciales, el servir a la vida económica.

Con la aceleración de los cambios que se producen día a día en la realidad negocial global, acaece un notorio incremento de las modificaciones de las normas regulatorias de la insatisfacción de los créditos, como se manifiesta con particular fuerza en los tiempos que corren, y ha sido reconocido, entre otros, por Ariel A. DASSO[5] al hablar de la producción de un verdadero "*tsunami concursal*" a nivel global, dando lugar a lo que reconoce como "*un nuevo mundo concursal*". En similar sentido lo ha expresado el Dr. Rivera[6].

Es frente a estas fuertes corrientes de cambio y en atención a la creciente importancia de la materia, donde se destaca el estudio por-

[4] CAMARA, Héctor, ***"El Concurso Preventivo y la Quiebra – Comentario de la Ley 19.551"*** Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 111/112.
[5] DASSO, Ariel A., ***"El Derecho Concursal hoy***", Publicado en: LA LEY 2009-B, 921.
[6] RIVERA, Julio César, "**El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio**", Revista De Derecho Comparado, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, no. 15, p. 11.

menorizado de los pilares básicos sobre los que se erigen las instituciones del derecho concursal.
Por tanto, consideramos necesario partir del tratamiento de la Cesación de Pagos, que es en la actualidad, un presupuesto, un elemento previo, necesario, *sine qua non*, para el inicio de cualquier tipo de proceso de naturaleza concursal.

Así lo destaca QUINTANA FERREYRA[7], quien manifiesta que las normas legales que reglamentan el derecho concursal parten del supuesto de la efectiva producción de la insolvencia, a los efectos de brindar las soluciones tendientes a dar respuesta a dicha circunstancia, considerando juntamente con Ángel ROJO, que esta noción de "Insolvencia" o "Cesación de Pagos" ha de servir como punto de separación entre las cuestiones para-concursales y las propiamente concursales, las cuales si bien con particularidades propias, son integrantes del derecho de la empresa en crisis[8].

Este instituto, no obstante el desarrollo que ha merecido, y aun en su versión más actual, no se presenta libre de críticas. La generalidad de las mismas, se han centrado principalmente en la dificultad de acreditación del estado de Cesación de Pagos, en virtud de su carácter complejo y de causación múltiple, dando lugar a la producción de arbitrariedades por parte de los órganos llamados a decidir sobre su acreditación, pudiendo producirse potenciales desigualdades de tratamiento, o iniquidades en las soluciones brindadas.

También se ha cuestionado la amplitud y ambigüedad del concepto, toda vez que de sus términos surge un campo de actuación muy amplio, requiriendo su constante integración e interpretación por parte del órgano llamado a decidir en cada caso particular, pudiendo llegarse a soluciones contradictorias frente a casos que revistan iguales características.

Nuestra postura crítica y superadora al respecto, es que si bien como presupuesto objetivo de la quiebra, es una concepción aceptable, no lo es para el concurso preventivo. No es posible predicar

[7] QUINTANA FERREYRA, Francisco, ***"CONCURSOS – Ley 19.551 Comentada, Anotada y Concordada"***, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 5, 14y conc.

[8] "El derecho de la patología de la empresa ya no se agota en el derecho concursal mercantil. Hay también un derecho preconcursal, o mejor paraconcursal de carácter prevalecientemente administrativo" (ROJO, Ángel, "**Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales**", RDCO, 1981, p. 273)

"prevención" si se exige una efectiva cesación de pagos. Por tanto, proponemos una superación del estado actual de situación, mediante la ampliación del supuesto, a los momentos previos colindantes a la cesación de pagos efectiva, y así ofrecer mayores posibilidades de superación de la crisis en ciernes.

IV. Anticipación y prevención

En general, el análisis del presupuesto objetivo, se ha visto limitado a la determinación de la efectiva configuración de la insolvencia, más desatendiendo las etapas previas, y que son centrales en cualquier sistema que se pretenda verdaderamente preventivo.

Frente a ello, tampoco se desconoce que la complejidad del fenómeno, su causación plural, así como la falta de conocimiento sobre las relaciones de las mismas respecto de la posterior insolvencia de la empresa, ha obstado hasta la actualidad al establecimiento de una teoría general del fracaso empresarial, que permita la determinación e ideación de alertas certeras y generales para evitar los desenlaces patrimoniales negativos. Aún así, el desarrollo de mecanismos de alerta anticipada de la crisis económica, es una herramienta central y decisiva en toda estrategia tendiente a la reducción de las consecuencias negativas propias de los procedimientos vinculados a la insolvencia, y la obtención de soluciones conservativas de los emprendimientos.

La importancia de tal anticipación ha sido reconocida también en el ámbito internacional. La Comisión Europea ha desarrollado una serie de indicadores y alertas, así como "*golden rules*" ("reglas de oro"), dirigidas a empresarios, para su empleo como criterios orientados a la detección temprana de situaciones de insolvencia y de adopción de decisiones o modificación de conductas[9], y elaboró siete principios básicos para empresarios en crisis o dificultades, para la orientación de su accionar, así como del asesoramiento recibido, entre los que se encuentra la actuación en forma temprana, y la obtención de asesoramiento y ayuda oportuna[10].

[9] Disponible en su original en ingles en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs_structure/test_your_business/index_en.htm

[10] Disponible en su original en ingles en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs_structure/index_en.htm

V. La anticipación en nuestro derecho

No obstante lo consignado y desarrollado previamente, debo señalar la limitada recepción que en el marco legislativo de nuestro país han merecido las consideraciones, intentos y reformas legislativas en el derecho comparado tendientes a la anticipación de la tutela concursal hacia etapas previas o anteriores a la efectivización de la cesación de pagos. Es decir, no existe en nuestro derecho una asistencia judicial verdaderamente preventiva, brindada al sujeto deudor que avizora dificultades en el horizonte próximo.

Ariel DASSO señala que antes de la regulación de los Acuerdo Preventivos Extraconcursales: "*Había que llegar, no a la fiebre, sino a la expectoración con sangre, que eso es la insolvencia*"[11], panorama que fuera mejorando mediante la incorporación del mentado instituto, en tanto extendió el presupuesto objetivo a las "dificultades económicas o financieras generalizadas", dando así una vía alternativa a aquellos sujetos deudores que pretendan obtener alguna forma de anticipación de tutela frente a la crisis de su patrimonio.

Sin embargo, ese nuevo ámbito de recepción ha sido cuanto menos limitado, y su aplicación práctica no se extendió en demasía. Se sigue observando la falta de adecuación de tales procedimientos frente a las necesidades particulares (que no lo son tanto, sino que más bien son propias de la generalidad de los casos).

Es creciente el número de autores[12] de notable reconocimiento y valía, que proclaman y reclaman la modificación del presupuesto habilitante de las vías concursales y la anticipación de la tutela legalmente brindada, a momentos anteriores a la crisis desatada y generalmente irrecuperable. Brindando así verdaderas soluciones con aspiración al logro de la prevención y no meramente de la liquida-

[11] LA LEY2009-B, 921

[12] Al respecto, puede destacarse, entre otros, DASSO, Ariel A., "*El Derecho Concursal hoy*", Publicado en LA LEY2009-B, 921; MAFFIA, Osvaldo J., "M*etamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*", Publicado en LA LEY1984-C, 775; RIVERA, Julio C., "*El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio*", Disponible en línea en: http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_El-derecho-concursal-Una-rama-cuya%20legislacion-esta-en-permanente-cambio.pdf; y RICHARD, Efraín H., "*Sistemas De Prevención De La Insolvencia - Responsabilidad De Los Administradores Societarios Frente A La Insolvencia*", Disponible en línea en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sistemas-de-prevencion-de-la-insolvencia.

ción del patrimonio, sino de la insolvencia en sí misma.

No obstante ello, nuestro legislador no se ha hecho eco de los aludidos reclamos, y tampoco ha contribuido una parte de la jurisprudencia imperante en la materia, que por momentos parece reproducirse con preocupante rapidez, observándose una mayor rigurosidad en la apreciación de los elementos justificantes del presupuesto objetivo[13], o incorporando requerimientos no contemplados en las normas vigentes.

VI. La necesidad de la prevención de la insolvencia

De lo analizado surge la necesidad de una revisión del actual presupuesto objetivo en el concurso preventivo a fin de prevenir en forma temprana y efectiva la insolvencia.

El concepto propuesto, *el de la inminencia*, exige y merece un tra-

[13] A modo de ejemplo (casi paradigmático en la cuestión), puede señalarse la situación producida en torno a los autos: AGROCEFER SA. S/ CONCURSO PREVENTIVO (GRANDE), donde el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 de Mercedes (sentencia del 30/03/2010), rechazó un pedido de apertura de concurso preventivo, en tanto estimó que la configuración del estado de cesación de pagos supone una falta absoluta de disponibilidad de crédito y una "*permanente y definitiva imposibilidad de cumplir puntualmente las obligaciones*", decisorio que fuera confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, en fecha 19/05/2010. Dicha negativa derivó en una nueva presentación de la deudora y un nuevo rechazo del juzgado de primera instancia, pero que a posteriori resultó revocado por la Cámara de Apelaciones (23/02/2011)y finalmente se dispusiera la apertura del concurso al poco tiempo después, pero mediando un significativo agravamiento de la situación patrimonial de la concursada y un considerable dispendio de actividad.

Por su parte, puede destacarse que incluso se ha arribado a supuestos de denegación de la declaración de quiebra de una persona "*ponderando que la falta de bienes implicaría encontrarse ante un procedimiento falencial vacío de contenido, más allá de generar un desgaste jurisdiccional innecesario*" (Juzgado Civil y Comercial N° 17 de La Plata, en autos: "GIMENEZ MARIA ANGELICA S/QUIEBRA (PEQUEÑA)", Sent. del 14/03/2011), o bien, con sustento en que "*El 'estado de cesación de pagos' no se configura por los resultados deficitarios de uno o más ejercicios si el deudor no dejó de cumplir con las obligaciones contraídas, excepto que para hacerlo haya recurrido a medios ruinosos o fraudulentos*" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, en autos: "Delhec S.R.L. s/ Concurso preventivo (hoy quiebra)", Sent. del 4/10/1988), reduciendo de esta forma el marco de supuestos configurativos de la cesación de pagos a situaciones terminales.

tamiento a partir del cual, se impulse una eventual modificación legislativa que permita a los deudores en vías de ingresar en crisis financieras, acudir ahora sí en forma verdaderamente *preventiva* al proceso concursal judicial, sólo posible mediante una anticipación a dichas situaciones, tendiente a evitar el desencadenamiento de la totalidad de las consecuencias de la insolvencia *efectiva*, que ya no permiten obtener los objetivos que pretenden perseguir los principios que orientan la concursalidad en este tópico.
En sustento de lo expuesto, puede apreciarse que en la generalidad de los casos existe un proceso o estadio previo a la situación de crisis económica efectiva, que atraviesan los emprendimientos productivos, y que puede conocerse, medirse y determinarse mediante instrumentos brindados por las ciencias económicas (cuyo análisis excede el presente trabajo).

En relación a lo expresado, señala Luis FERNANDEZ del POZO[14] que previamente al arribo a la efectiva Cesación de Pagos, las empresas suelen atravesar diversas dificultades tanto financieras como de otra índole, que permiten reconocer un estado de "*preinsolvencia*" o "*precrisis*", el cual, continuado en su desenvolvimiento y arrimado a un estadio cercano al desencadenamiento de la Insolvencia, puede identificarse como un estado de ***"Insolvencia Inminente".***

Este estado previo, de riesgo de derivar en situación de insolvencia, aunque no resulte inminente, ha sido receptado en diversos ordenamientos -como se reseñamos en los capítulos antecedentes-, a los efectos de la asignación de efectos jurídicos *o para la habilitación de diversas vías de solución.* Como vimos, reciben diversas denominaciones, siendo las más frecuentes las llamadas "*financial distress*" (derecho anglosajón), "*empresas en dificultades*", o "*enterprises en difficultés*" (en el derecho francés).

Este trance conflictivo, podrá devenir en situaciones de *insolvencia inminente* la cual, si no resulta conjurada o remediada pronta y eficientemente, degenerará en situaciones de insolvencia definitiva. Ello con las consecuencias negativas a las que hemos hecho referencia en la parte introductoria y que pretendemos evitar.

Puede observarse que estas etapas *previas* ofrecen mayores posibi-

[14] FERNANDEZ del POZO, Luis, "El régimen jurídico preconcursal de los ´acuerdos de refinanciación´ (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa", Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010.

lidades de acción, tendiente a la anticipación de la insolvencia y a impedir su concreción. Ello, sin desconocer la dificultad de la delimitación del inicio de la llamada preinsolvencia, pero que no impide *determinar la inminencia.*

VII. Conclusiones y propuesta: la incorporación de la inminencia

Del presente desarrollo, surge nuestra propuesta (de lege ferenda), en pos de la habilitación de las vías de tutela judicial ante una situación patrimonial de desequilibrio inmediatamente previa a la crisis definitiva, caracterizada por la inminencia de la impotencia patrimonial evidenciada por la Cesación de Pagos.

El concepto de "estado de inminencia de la cesación de pagos", importa incorporar en nuestro derecho vernáculo, un cambio en el paradigma del presupuesto objetivo, pero solo respecto del concurso preventivo judicial. Implicará claramente, que no deberá exigirse un efectivo o acaecido estado de cesión de pagos, para permitirle al deudor el acceso a la justicia. Bastará pues, con comprobar el estado de impotencia patrimonial inminente, próximo o colindante, pero que impedirá el cumplimiento de las obligaciones prontamente exigibles o a vencer, por medios regulares, mediando previsible generalidad y permanencia de dicho estado, pero actuando judicialmente aún cuando no existan hechos reveladores para terceros, pues lo exterioriza el propio deudor.

Se incorporan los estados generalmente identificados por la doctrina y legislación más moderna, como de *"insolvencia inminente"* de mayor rigor técnico que otras alternativas, y se supera el requerimiento de constatación de hechos reveladores (vr. gr. el incumplimiento), en el supuesto del concurso preventivo.

Permite de esta forma, introducir las modificaciones necesarias, pero disminuyendo las posibilidades de la incorporación de factores de riesgo para la seguridad jurídica, o de nuevas vías de ingreso de abusos y comportamientos defraudatorios.

Naturalmente, lo que se presenta como mayor ventaja de este enfoque aparece como su mayor debilidad, toda vez que dicho punto de partida, representa una considerable limitación a las innovaciones que pudieran introducirse. Por un lado, por las ataduras existentes a cartabones y estructuras establecidas y por otro por la reticencia

en particular en las ciencias jurídicas, respecto de la innovación o alteración en materia de institutos clásicos.
Se comprende o se abarca así en nuestra propuesta, lo que en la actualidad se presenta como una zona gris que por lo general resulta desprotegida en la práctica y que será alcanzada por la noción de inminencia.

La innovación permitirá la flexibilización del acceso a soluciones efectivamente preventivas en etapas previas, contiguas o colindantes a la Insolvencia efectiva que se exige en la actualidad, cumpliendo así con el postulado de jerarquía constitucional, de acceso continuo y efectivo a la justicia, por cuanto en el ***estado de inminencia,*** todavía pueden existir recursos financieros y crediticios, que no aparecen como viables o existentes, cuando la cesación ha estallado. De todas formas, se deja aclarado que, sin perjuicio de reconocer la necesidad actual del replanteo aludido, se acepta que la mera modificación propuesta no resultará suficiente por sí para el logro de la finalidad propuesta. Esto implicará una puerta de acceso a la atención de problemas de gran complejidad, pero el eventual éxito o fracaso dependerá finalmente, de que las medidas adoptadas y la tutela brindada sean idóneas y ajustadas a las particularidades de la situación patrimonial precaria que el sujeto presente.

Para finalizar, si se efectuara oposición a esa propuesta, consideramos que debería responderse una pregunta: ¿Cuál es la razón que sustenta la posibilidad de que un sujeto concursable, convoque extrajudicialmente a sus acreedores ***antes*** *de estar en efectiva cesación de pagos* y no le está permitido, en similar situación, hacerlo en forma judicial?

El consorcio de propietarios no debe considerarse sujeto del art. 2 L.C.Q.

Gladys Marsala y María Alejandra Casero

Sumario

El carácter de persona jurídica privada, otorgado por el Código Civil y Comercial de la Nación al consorcio de propiedad horizontal no es condición suficiente para otorgarle calidad de sujeto concursable. La aplicación del régimen falencial en su fase preventiva como liquidativa no es aplicable a los consorcios de propiedad horizontal dado que se trata de una persona jurídica de carácter necesario que no puede desaparecer sin la consecuente desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal y que no genera recursos propios tales como para para poder sortear, en caso de concurso preventivo, el estado de cesación de pagos requerido como presupuesto objetivo.

Desarrollo

Debe excluirse a los consorcios de propiedad horizontal como sujeto comprendido en el art. 2 de la LCQ.

El consorcio de propietarios en la propiedad horizontal, ha sido incluido por el Código Civil y Comercial de la Nación entre las personas jurídicas de carácter privado listadas en su art. 148. Estas "personas jurídicas de carácter privado" sobre las que legisla el CCyC deben entenderse como equivalente a las personas de existencia ideal de carácter privado a las que se refiere el art. 2 de la Ley 24.522, por ende sujetos concursables.

La aparición de este nuevo sujeto de derecho entre las personas jurídicas privadas ha generado diversos interrogantes. Quizás el más difundido actualmente es la posibilidad de considerar incluido al consorcio de propietarios de una propiedad horizontal entre los su-

jetos pasibles de ser concursados y, eventualmente, declarados en quiebra según lo establece el art. 2, LCQ.

De conformidad con nuestro esquema normativo -en principio- podría esgrimirse su concursabilidad, sin embargo, plantear el escenario de un consorcio de propietarios en la quiebra se hace difícil, teniendo en cuenta que el procedimiento falimentario sería totalmente incompatible con las finalidades del consorcio ya que se trata de un ente de existencia necesaria -dada la indivisión forzosa- lo que hace indispensable la permanencia y continuidad de la comunidad organizada, ello así porque el régimen del derecho real de propiedad horizontal está basado en la existencia de aquel.

Debe entenderse, además, que para conceptuar la capacidad de derecho de una persona jurídica, se debe previamente definir su objeto y sus fines. En este sentido cabe estar al principio de especialidad, totalmente vigente para las personas jurídicas y al decir de Videla Escalada, "*todas ellas tienen aptitud limitada por los fines para los cuales fueron creadas*"[1]. Y en el caso del consorcio de propietarios, como se trata de una persona jurídica de carácter necesario, cuya vida jurídica se encuentra supeditada al nacimiento del derecho de propiedad horizontal y ligado a él hasta su final, debe buscarse en esa normativa la causa fin de su existencia. En este orden de ideas, se entiende que el consorcio se constituye como una persona jurídica para administrar el funcionamiento de un bien sujeto a un particular sistema de propiedad, la propiedad horizontal, que afecta y ejerce sobre bienes propios y comunes de los copropietarios, los que simultáneamente mantienen bienes propios, definidos como unidades funcionales, y en propiedad común, las partes para el funcionamiento y el uso común, con los demás.

Específicamente el consorcio de propiedad horizontal tiene por objeto exclusivo la administración de la propiedad horizontal. Tal administración puede llevarla a cabo porque -de conformidad a lo ordenado por el art. 2046 del Código Civil y Comercial de la Nación- los copropietarios están obligados a pagar expensas ordinarias y extraordinarias, que conforman el patrimonio del consorcio.

Por ello, es difícil pensar en la insuficiencia de un patrimonio cuya conformación tiene vinculación directa con la obligación connatural de los copropietarios a aportar todos los fondos necesarios para el mantenimiento del edificio y el funcionamiento de la propiedad horizontal impuesta por el art. 2046 inc. c) y d) del CCyC. Éstos, no son otros que los fondos para atender a las expensas comunes, en la proporción de sus partes indivisas y contribuir a la integración del fondo de reserva que en definitiva, como ya se ha advertido, constituyen

[1] VIDELA ESCALADA, Federico N., "Las sociedades civiles", Buenos Aires, 1962, p. 35, en n° 36.

el patrimonio de esta nueva persona jurídica de carácter privado.

Recordemos también que el consorcio es una persona jurídica de objeto restringido, toda vez que contrata en nombre propio pero en cumplimiento de un fin y un interés común de los copropietarios, siendo los beneficiarios finales de las obligaciones asumidas por el consorcio los propios copropietarios; quienes a su vez no no elijen formarlo, conformarlo o pertenecer al mismo de manera voluntaria, sino que les es obligatorio para ser titular de una unidad funcional en el régimen de propiedad horizontal.

Da mayor fuerza a la tesis que venimos sosteniendo que la vida del consorcio está ligada a la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal por lo que solo se extingue por la desafectación acordada en forma unánime por los copropietarios o por decisión judicial, siendo estas las únicas dos formas de extinción de conformidad al art. 2044 último párrafo del CCyC, y no dejando lugar a dudas, quedado totalmente excluida la posibilidad de la quiebra. De modo que, mientras exista la afectación al inmueble a la propiedad horizontal, existirá la persona jurídica del consorcio, transformándose entonces en una persona jurídica necesaria e inescindible del régimen. Ergo, mientras exista propiedad horizontal el consorcio deberá existir; por lo que siendo el proceso de quiebra eminentemente liquidativo, produciendo la disolución de la persona jurídica en los términos del 163 inc.e) del CCyC, su extinción debería implicar en estos términos la desafectación del régimen de propiedad horizontal.

Desde otra perspectiva -interpretación finalista de las normas- el consorcio de propiedad horizontal no sería un sujeto concursable dado que el referido instituto no cumpliría con la finalidad lo los procesos colectivos, esto es, reestructurar el pasivo para salvaguardar la empresa viable- ya que el consorcio no es una persona jurídica operativa sino que es simplemente una administradora de la propiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal y su "patrimonio" solo se compone de aportes de los copropietarios el que sólo puede destinarse a la atención de los gastos de la propiedad horizontal.

Por lo tanto, la aplicación del régimen falencial en su fase preventiva como liquidativa no es aplicable a los consorcios de propiedad horizontal dado que se trata de una persona jurídica que no puede desaparecer sin la consecuente desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal y que no genera recursos propios como para poder negociar con sus acreedores y/o garantizar sus deudas

Por lo expuesto proponemos: que una reforma de la LCQ debe excluir expresamente al consorcio como sujeto comprendido en el art. 2 LCQ

El consorcio de propietarios como sujeto concursable

Héctor Luis Costa

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el esclarecimiento del debate que gira en torno a si los consorcios pueden ser concursables o no, en función de lo que se expone en el nuevo código , que reconoce la personería jurídica de los consorcios (art. 148, inciso h), así como reconoce nuevos consorcios (art. 2075) y subconsorcios (art. 2068).

A la vez y, paralelamente, el artículo 2° de la ley 24522 indica que esta personería reconocida no es condición suficiente para su concursabilidad, dado que en este ente en particular debe mantenerse la indivisión forzosa, su carácter necesario y la necesaria continuidad del consorcio, así como la inseparabilidad entre partes privadas y comunes.

Presentación

Mucho se ha debatido en torno a la concursabilidad de los consorcios de propietarios. Especialmente, era materia de controversia su personería jurídica, hecho que se ha resuelto a partir de la elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación. Sorteado este punto con el establecimiento de que los consorcios son personas jurídicas, nos podemos volver a centrar en el debate principal, es decir, en la elucidación de la posibilidad o no de que los consorcios sean concursables, en virtud de su particular naturaleza jurídica, contemplando las consecuencias que suponen el sometimiento a concurso de un ente tal. Con el fin de establecer lo más claramente posible una postura al respecto, se presentará una breve caracterización de las personas jurídicas establecidas por el código unificado, así como una definición concreta de "consorcio de propietarios" y cómo estas se vinculan con la ley de concursos y quiebras, arrojando así, una posición positiva o negativa respecto a la pregunta inicial.

Desarrollo

El Código civil y comercial de la Nación marca una clara ampliación en el universo de sujetos concursables, que ya incluía a toda persona física o jurídica privada o con participación estatal. En el artículo 148, el Codigo Civil y Comercial establece que son personas jurídicas privadas: "a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f. las mutuales; g. las cooperativas; h. el consorcio de propiedad horizontal; i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento". Por lo tanto, vemos que los consorcios de propietarios, (definidos en el artículo 2044 como: "el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario".) son personas jurídicas privadas, según el art. 148, inciso h. A la vez, como ya dijimos, toda persona jurídica privada es pasible de concurso o quiebra. Por lo tanto, de todo esto se desprende que, a priori, los consorcios son pasibles de concurso o quiebra. Este debate ya estaba presente en la jurisprudencia argentina previa a la redacción del código unificado, ya que la ley 13512 de propiedad horizontal, no se expedía en torno a la personalidad jurídica de los consorcios. Este vacío legal dio lugar a, al menos, dos corrientes predominantes y claramente opuestas: por un lado, aquellos que consideraban que los consorcios eran sujetos concursables y aquellos que pensaban exactamente lo contrario, es decir, que los consorcios no eran concursables. Quienes pensaban lo primero fueron un sector del derecho que consideraba que las personas jurídicas podían ser de carácter público o privado y que estas últimas podían adquirir derechos y contraer obligaciones. En este s ser titular de un patrimonio determinado, integrado por las expensas comunes, los recursos del fondo de reserva, los depósitos en cuentas bancarias, etc. Al ser reconocidos como personas jurídicas, se concluye que los consorcios son concursables o que pueden caer en quiebra, siendo afectado el patrimonio de los que eran poseedores. A esta corriente se le opone otra que argumenta que no se pueden ejecutar los bienes comunes, lo que parece supo-

ner que es allí donde se halla la causa de la constitución misma de los consorcios. La jurisprudencia admitió que los fondos de reserva y los créditos pueden ser liquidados, impidiendo esto mismo para otros bienes, esto es, los bienes comunes, remarcando que accionar sobre ellos conlleva la disolución de este ente en cuestión, sujeto a indivisión forzosa. La existencia de patrimonio del consorcio no es separable del uso y goce de cada uno de los propietarios, derechos que no pueden ser transferibles a terceros, de la misma manera que la existencia de tales bienes no implica que todas las obligaciones le sean imputables al consorcio y que por esto se deje de la lado a los propietarios que integran dicha comunidad, por lo que y, acorde a lo dicho, los derechos sobre los bienes comunes son inalienables respecto a los propietarios. En función de lo aquí establecido resulta que es inaplicable el régimen falencial a los consorcios de propietarios, ya que estos necesariamente deben seguir funcionando y realizando actos jurídicos inherentes a la administración de las cosas comunes, como lo son, por ejemplo, la entrada común, pasillos, escaleras, ascensores y todos aquellos sectores similares, que son indivisibles porque están sometidos a indivisión forzosa. En este mismo sentido, es irrelevante que el consorcio se halle en cesación de pagos, dada la peculiar naturaleza de esta persona jurídica que es creada automáticamente y que debe subsistir mientras subsista la propiedad horizontal. Finalmente, nos encontramos con que el artículo 2044 establece claramente cuál es la única forma posible de extinción de un consorcio: por desafectación. Así, dado que la quiebra supone la desaparición del consorcio, el aplicar ley 24522 implicaría violar el artículo 2044, lo que nos permite suponer que los consorcios no son pasibles de caer en concurso o quiebra. A su fin, Lilian Gurfinkel de Wendy se expresa por la concursalidad, con el argumento: "aplicando las normas comerciales al tema en cuestión se afirma que desde el punto de vista estrictamente normativo, la situación del consorcio de propietarios no está contemplado entre las excepciones de la ley 24.522, por lo cual, siendo una persona jurídica con caracteres especiales en cuanto a su objeto, queda encuadrada en los arts. 2 y 5 de la ley de la materia y, aunque no persigue fines de lucro, al realizar las contrataciones mediante las cuales cubre las necesidades y obtiene beneficios, contrae obligaciones que al quedar incumplidas lo vuelven pasible del concurso de quiebra. En consecuencia, si se reconoce al consorcio personalidad jurídica, no hay argumentos de derecho para excluirlo de los alcances de la ley concursal". Cita a Martorell, que en su tratado comenta el caso Consorcio de Propietarios Perú 1724. Por otro lado, se tiene el problema

que los consorcios de propietarios como se explico anteriormente es una persona jurídica por la cual si posee deuda se podría pedir el concurso o la quiebra donde su patrimonio en su mayoría son partes comunes como los ascensores o la vivienda del encargado. El patrimonio que se podría llegar a embargar seria los locales si pertenecen al consorcio, el pago de las expensas, el pago del canon de antenas o publicidades, etc. Es de destacar, que los bienes y patrimonio que conforman el consorcio, tienen una afectación precisa y determinada, que no es otra que alcanzar los fines y principios específicos de la propiedad horizontal, en su faz operativa, administrativa y funcional. Por tal motivo, sucedida la quiebra, el destino de su patrimonio no puede ser otro, que el que se tuvo en miras al momento de su nacimiento; de lo contrario, afectaríamos la inteligencia de las normas que le dieron su propia existencia.

Conclusión

Llegados a este punto del trabajo y luego de haber analizado las leyes y la jurisprudencia existente, podemos establecer con relativa seguridad que: -Independiente de que el Nuevo Código Civil y Comercial reconoce la personería jurídica de los consorcios, hecho que los convertiría en sujetos de concurso o quiebra, este reconocimiento no es suficiente para establecer tal cosa, ya que el artículo 2° de la ley concursal tiene exclusiones legales fundamentadas en leyes especiales. -Asimismo, el mero hecho de ser persona jurídica de derecho privado no alcanza para ser pasible de concurso o quiebra, ya que el someter a concurso o quiebra a un consorcio implica, forzosamente, su desaparición, hecho inadmisible en la legislación que lo crea y sostiene en el tiempo, sin contar con que allí se contempla como única causa de desaparición a la desafectación. Además, existen dificultades para considerar al consorcio de propiedad horizontal incurso en cesación de pagos donde al margen de cuál sea el pasivo que pueda llegar a generar un consorcio de propiedad horizontal en un caso concreto, este siempre tendrá la posibilidad de conjurarlo. Es decir, el consorcio cuenta con un formidable régimen legal de garantías que le permite si es eficiente hacer frente a sus pasivos corrientes. La solvencia o insolvencia del consorcio se abastece de un sistema de responsabilización de los propietarios. “El consorcio como persona jurídica no tiene un giro operativo que le permita generar autónomamente ingresos propios, pero tiene derechos de crédito contra los propietarios en igual proporción a su pasivo y

en forma permanente". Desde mi punto de vista, son aplicables los criterios explicados y aplicables al consorcio de propiedad horizontal relacionados con la concursalidad del ente, en consecuencia, me remito a lo dicho al respecto y me pronuncio por la imposibilidad de concursamiento de ésta entidad con personería jurídica.

Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio "Responsabilidad de los consorcistas " en Temas de responsabilidad civil AAVV p. 742.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial" Errepar DSE, n° 305, tomo XX, abril 2013.

E TCHEVERRY, Raúl A y JUNYENT BAS, Francisco Directores, T. I P 323/4, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012.

GURFINKEL de WENDY, Lilian "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios" LA LEY 2013 C 1052."El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica"en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-2, p. 143, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, noviembre de 2015.

MARIANI de VIDAL, Marina "Los derechos del consorcio de copropietarios ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivos? " ED 45-865.

ROUILLON, Adolfo A. N. Régimen de concursos y quiebras 11° edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires 2002.

VITOLO, Daniel Roque "Concursalidad e insolvencia del Consorcio de Propiedad Horizontal y responsabilidad de los propietarios" LA LEY 2016-D, 931 y diario del 11/07/2016.

ORFILA, Bartolomé Á.: en Errepar N° 146, febrero de 2008.

El "timing" para solicitar concurso

Israel Creimer y Alicia Ferrer Montenegro

Sumario

La ley uruguaya contiene soluciones societarias (Ley 16.060) y concursales (Ley 181387) para las crisis empresariales. Las primeras no se aplican por un tema cultural y sicológico Las segundas enfrentan algunas dificultades de orden práctico y de orden interpretativo sobre el presupuesto objetivo del concurso y a partir de ello, sobre el tiempo de presentación del deudor al concurso que arrastran un importan efecto en la calificación del concurso y sobre las personas.

1. Preliminar

Este trabajo tiene como punto de partida la lectura de una presentación en CRONICOM Nº5 que recoge la ya larga prédica del Prof. Efraín Hugo Richard. Obviamente lo hacemos desde la óptica del Uruguay y con un enfoque eminentemente práctico.

La cuestión tiene que ver con el manido tema del "timing" para el acceso al proceso concursal.

Coincidimos que es mucho mejor usar los instrumentos de la ley societaria para evitar la crisis empresarial. El problema radica en que los empresarios no los usan por diversas causas. No se quiere cambiar el "status quo" de la empresa porque el titular de la misma es, generalmente un optimista. Puede también ser un necio que no admite su fracaso o no quiere revisar sus malas prácticas de negocios. Es cierto que muchas veces la crisis se enfrenta en momentos coyunturales que pueden variar y con ese cambio, arrastrar al éxito lo que era a la vista un fracaso.

En un trabajo referente al momento oportuno para solicitar el concurso se señaló que la ley uruguaya tiene el presupuesto objetivo

para solicitarlo: cuando no puede cumplir con sus obligaciones.

Se dice textualmente: *"El significado de la expresión de la ley uruguaya 'que no pueda cumplir con sus obligaciones' es ambiguo. ¿Acaso si pido un préstamo en el banco y lo renuevo constantemente por un monto cada vez mayor no se estará cumpliendo con sus obligaciones? Sin dudas, cumple. Pero, ¿Cómo cumple? Agravando su insolvencia. El estado de resultados será cada vez más negativo. Se irá incrementando el pasivo. ¿O no?*

Puede ocurrir que una nueva brisa en la economía cambie los resultados.

Puede ser que el producto que vende o fabrica se valorice mucho en la plaza y en el mundo. Fue el caso de la actividad agropecuaria en el Uruguay. El negocio agropecuario fue, tradicionalmente, un negocio de escasa rentabilidad. Y si la administración no era suficientemente conservadora podía ser de nula o aún negativa rentabilidad. Sin embargo, en los últimos años los productos agropecuarios se han valorizado enormemente y la actividad, así como los precios de los campos aumentaron en forma muy notoria.

¿Debería concursarse el titular de una explotación agropecuaria que hace veinte años perdía dinero todos los años y se endeudaba cada vez más e incluso vendía fracciones de sus campos quedando, a veces, con áreas muy pequeñas que hacían económicamente no rentable la explotación?

Un buen día el mundo empezó a comer y los cereales incrementaron sus precios, las carnes también y como lógica consecuencia, la tierra en que se planta o se cría ganado aumenta exponencialmente su precio.

Como se ve, tomando un ejemplo algo extremo, pero absolutamente verídico, no es nada clara la norma que le impone al deudor la obligación de concursarse.

Esto demuestra claramente cómo no sólo hay que analizar la insolvencia patrimonial, lo que podría llevar a resultados injustos, sino que es mucho más complejo, también hay que analizar si aún posee capacidad empresarial para producir riqueza, en definitiva, la viabilidad de la empresa.

Sin embargo, no se nos escapa la enseñanza de SATTA: 'Un debitore può aver soddisfatto i suoi debiti, ed essere insolvente, se lo ha

fatto con mezzi anormali, dei quali si è valso magari per mascherare la sua insolventa'[1].[2]

Al momento en que se redacta el presente, la situación de la actividad agropecuaria ha cambiado. Ya no es tan promisoria.

2. Dificultad para las soluciones pre concursales

Por la observación de la realidad, no creemos posible una solución preconcursal, sin algún tipo de moratoria provisional, que blinde al deudor de agresiones de sus acreedores.

Es común que, cuando se rumorea que hay algún deudor en dificultades, el acreedor corre rápidamente a iniciar un juicio ejecutivo para tratar de llegar primero y poder cobrar algo. Eso lleva inevitablemente a que el deudor tenga que caer en la solicitud judicial de concurso.

El Acuerdo Privado de Reorganización (en adelante A.P.R) previsto en la ley uruguaya, Nº 18.387, art. 214 y ss. funciona en muy pocos casos. Lo normal es que este instrumento, nacido en especiales circunstancias en el año 1926, y que ha sido incorporado a la ley concursal 18.387, se usara para salir de un procedimiento de concurso judicial. Ahora el A.P.R. no se puede usar si el concurso ya está declarado.

Puede haber chances de un APR cuando hay pocos acreedores y los mismos son bastante perspicaces para entender que, si no llegan a un acuerdo, se perjudican todos.

Sucede, alguna vez, cuando hay acreedores exclusivamente bancarios (o los demás acreedores tienen escasa significación) y no tienen garantías reales. En estos casos es razonable para los acreedores llegar a algún tipo de acuerdo. Generalmente, tomando participación en la dirección de la empresa. O, de otra manera, contratar un fideicomiso donde se vuelquen los ingresos de la concursada y los acreedores proporcionen créditos posconcursales para dar capital de giro para que la empresa siga funcionando u otras soluciones similares muy sofisticadas para la práctica en el país.

Hemos intervenido en situaciones de este tipo, o aún, más complejas, dependiendo de las circunstancias. Pero esto es excepcional.

---

[1] SATTA, Salvatore, "Diritto Fallimentare". Padova-CEDAM. 1974

[2] Creimer Israel. "Cuando el deudor debe solicitar el concurso" publicado en al Anuario de Derecho Concursal (español) Nº 30 Año 2013. Pág. 299.

3. Los remedios societarios

Los remedios societarios a la insolvencia que, desde hace mucho propone el Prof. Richard no se usan porque- como se dijo- hay factores sicológicos en los deudores y en los propios acreedores para evitar el uso de estos instrumentos.

Se precisa un cambio de mentalidad en la plaza que no se avizora. A diez años de su sanción, la ley concursal que se presentaba como un cambio de paradigmas, no ha permeado la cultura empresarial y deudores y acreedores mantienen sus medioevales comportamientos.

Hemos sido partícipes de decisiones societarias que suponen modificaciones estructurales que resolvieron situaciones empresariales difíciles: fusiones y escisiones con efectos benéficos. A veces, simplemente cerrando sucursales o disminuyendo gastos se puede sobrellevar una mala situación.

Pero son excepciones, el tema es que, en las pequeñas o medianas empresas que funcionan en Uruguay, no se responsabiliza al director si no cumple con presentar a los socios (a veces, a sí mismo o a su familia) los estados contables en tiempo y forma.

Es más, muchas veces, cuando acuden a solicitar el concurso, nos encontramos con una lleva de libros imperfecta, o que no se llama a asamblea por años. Los estados contables para pedir concurso suelen prepararse "de apuro."

La jurisprudencia concursal ha sido severa en la exigencia del cumplimiento de los requisitos de forma del artículo 7.4 y rechaza sistemáticamente toda solicitud de concurso voluntario cuando no se presentan los estados contables y los libros de comercio conforme a las normas legales. Ello sin perjuicio de la presunción absoluta de culpabilidad prevista en etapa de calificación para el deudor que no llevara contabilidad conforme a derecho indicada en el artículo 193.4, o la presunción relativa de culpabilidad del artículo 194.3.

4. Los remedios concursales

La ley uruguaya tiene el presupuesto objetivo para solicitar un concurso: *la declaración judicial de concurso procede respecto de cualquier deudor que se encuentre en estado de insolvencia.* Así reza el artículo 1 de la ley 18.387.

En su inciso segundo indica *que se considera en estado de insolvencia independientemente de la existencia de pluralidad e acreedores, al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones.*

Agréguese los artículos 4 y 5 que contiene un listado de presunciones relativas y absolutas de insolvencia para cerrar el cuadro

No obstante, este artículo 1 ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinarias.

Nuri Rodriguez dice que un patrimonio es insolvente cuando el monto de su pasivo supera la suma de los valores de su activo.[3]

Daniel Germán entiende que dicho *estado de insolvencia para la LCRE, no es sólo cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones, sino cuando el deudor no cumple con sus obligaciones.*[4]

Rippe y Holz, sostienen que *la definición de insolvencia no es la contable o patrimonial, sino que siguiendo algunas de las definiciones más modernas, es la vinculada a la capacidad de cancelación de los pasivos del deudor, para cuya determinación la ley se apoya en presunciones relativas o absolutas de la posibilidad de cumplimiento de sus deudas...*[5]

Martínez Blanco entiende la insolvencia como *la incapacidad de un agente económico para pagar sus deudas en los plazos de vencimiento estipulados.* [6]

Olivera García entiende la insolvencia como *un concepto eminentemente financiero y se traduce en la insuficiencia de recursos para atender el cumplimiento de sus obligaciones. Esta insuficiencia de recursos puede provenir de la escasez de ingresos, de la imposibilidad de obtener crédito adicional o de la realización de nuevos aportes de capital.*[7]

---

[3] Rodriguez Olivera, Nuri. Manual de Derecho Comercial uruguayo Volumen 6 FCU. Montevideo. 2009 página 94

[4] Germán Florio, Daniel. El esto de insolvencia. Presupuesto objetivo para la declaración de concurso por parte del juez. En Actualidad del derecho concursal. Ediciones Idea. Montevideo 2016. Página 28

[5] Rippe, Siegbert y Hol, Eva. Reorganización empresarial y concursos FCU. Montevideo 2009. Página 86

[6] Martínez Blanco, Camilo. Manual del nuevo derecho concursal. 1ª. Edición. FCU Montevideo 2009 página 145

[7] Olivera García, Ricardo. La insolvencia como presupuesto el concurso En Panorama de derecho concursal. FCU. Montevideo. 2015 Página 39.

Carlos López entiende que *el concepto legal de insolvencia dista del concepto económico. Es más bien afín al concepto de liquidez. ...Consideramos que, estrictamente el artículo 1 de la LCU no se refiere, propiamente, ni a la insolvencia ni a la iliquidez, sino al estado de cesación de pagos tal como sucedía en el régimen anterior.* [8]

La distinguida juez concursal Teresita Rodriguez Mascardi, expresó que *la definición de insolvencia contenida en la ley no coincide con el concepto tradicional de insolvencia que es más amplio, y tampoco con el concepto estrictamente contable y económico de insolvencia. Ahora, con la nueva ley, basta que un solo acreedor, e incluso el acreedor puede ser titular de un crédito no vencido, e igual puede provocar este proceso concursal.*[9]

Se advierte en doctrina uruguaya distintos criterios para indicar el punto de partida para acceder a un concurso. No se logra un acuerdo razonable sobre qué debe entenderse por estado de insolvencia.

No es ésta una cuestión menor, por cuanto el tiempo para solicitar el concurso es de treinta (30) días a partir de que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia según dispone el artículo 10 de la Ley concursal.

La cuestión está en el momento en que ese plazo empieza a correr. Habrá de notarse que según cada interpretación de *insolvencia* es el momento.

Este cómputo de plazo no es adjetivo, sino que la presentación fuera de ese plazo hace aplicable la presunción relativa de culpabilidad indicada en el artículo 194.1.

5. Colofón

Si se observa que no se aportan soluciones con lo que se dice en este trabajo, ello es, efectivamente, cierto.

No se ha encontrado hasta el presente ánimo o cultura de reorganización que permita dar soluciones en el ámbito societario a las crisis empresariales. Instrumentos hay, lo que está ausente es la voluntad de aplicarlos.

[8] López Rorigez, Carlos et al. Ley de declaración juicial del concurso y reorganización empresarial Análisis exegético Tomo I La Ley Uruguay Montevideo 2012. Página 63.

[9] Rodriguez Mascardi, teresita y Heuer Federico Las pericias en materia concursal. Ediciones Idea Montevideo 2012 página 59

Más allá de la expresada dificultad interpretativa del presupuesto objetivo del concurso, la Justicia Concursal, ha salido adelante con los concursos presentados y en trámite, con un criterio pragmático.

El que sale normalmente mal parado es el deudor, porque los efectos de la calificación culpable son muy severos.

No pretendemos una revisión del presupuesto objetivo del concurso porque creemos que está bien descripto en la norma.

Sí es necesario dejar en evidencia, que más allá de las buenas intenciones del legislador aparecen, como siempre, las dificultades interpretativas que no permiten una aplicación pacífica de la misma.

Reiteramos, la insolvencia y sus presunciones están definidas, las dificultades interpretativas aparecen a la hora de computar si el tiempo de presentación es el exigido legalmente o no, y los efectos sobre la calificación del concurso que esto trae.

Consorcio de propiedad horizontal
Debates sobre su concursalidad. Propuestas

Germán E. Gerbaudo

Sumario

Durante muchos años fue materia de debate en la doctrina y en la jurisprudencia si el consorcio de propiedad horizontal era un sujeto pasible de concursamiento. Las controversias giraban en torno a determinar si el consorcio de propiedad horizontal era o no persona jurídica.

El art. 148 inc. h) del Código Civil y Comercial incluye al consorcio entre las personas jurídicas privadas. Frente a ello un sector de la doctrina considera que se cerró el debate y que no cabe duda sobre su concursalidad.

Sin embargo, nosotros entendemos que con ello se cerró un viejo debate pero se abren nuevas controversias que refieren a si es necesario o no la construcción de una solución concursal particular para disponer el concursamiento del consorcio de propiedad horizontal.

Ponencia

Creemos que en un futuro deberá disponerse una solución concursal particular para el concursamiento del consorcio de propiedad horizontal. Así, como en su oportunidad se gestó un régimen concursal especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas –dado por la ley 25.284 del año 2000- deberá generarse un régimen particular para el concurso de este ente.

I. Introducción

El inc. h) del art. 148 incluye como personas jurídicas privadas al "consorcio de propiedad horizontal". Concordantemente con esta inclusión el art. 2044, en su primera parte, dispone que "El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio".

En este punto se sigue el criterio adoptado por su fuente el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio de 1998[1].

En consecuencia, hoy no caben dudas de que el consorcio de propiedad horizontal es una persona jurídica privada[2]. Ahora bien, cabe preguntarse –y este es el tema principal de esta colaboración- que incidencia o impacto tiene ello en el ámbito concursal. En una primera afirmación podría sostenerse que al considerar como persona jurídica al consorcio de propietarios se cierra el intenso debate respecto a si es o no un sujeto concursable en los términos del art. 2 de la L.C. Sin embargo, entendemos que en la actualidad se cerraron viejos debates y se abren otros nuevos.

A continuación expondremos los antecedentes de esta problemática –qué se debatía en la doctrina y en la jurisprudencia antes del Código Civil y Comercial- y el estado actual de la cuestión –qué se debate a partir de la sanción del Código Civil y Comercial-.

II. Antecedentes

En la doctrina se define al consorcio como "la persona jurídica conformada por los distintos propietarios de un inmueble afectado a la propiedad horizontal, que tiene por finalidad recaudar los distintos créditos de los que es titular, gestionar el patrimonio afectado al interés común en la administración de los bienes comunes y, en general, realizar todos los actos que procuren la seguridad, salubridad y comodidad en el uso y goce del inmueble respectivo u optimicen y racionalicen los recursos y gastos de la comunidad"[3].

Frente al régimen de la ley 13.512, sancionada en 1948, la determina-

[1] GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *La propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en J.A. 2014-IV, fascículo 5, 29/10/2014, p. 3.

[2] La ley 26.994 que sancionó en Código Civil y Comercial declara al consorcio de propiedad horizontal persona jurídica privada en el art. 148, deroga la ley 13.512, regulando al instituto en el libro de los derechos reales.

[3] ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes*, en L.L. 2007-C-1076.

ción de si el consorcio de propietarios era sujeto concursable estaba precedida del previo debate sobre si el consorcio de propietarios era un ente distinto de los miembros que lo componen con personalidad jurídica propia. Éste al decir de autorizada doctrina era el "elemento principal para entender su concursalidad"[4].

La tesis que le reconocía personalidad jurídica al consorcio era la predominante en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación extranjera[5].

Así un importante sector de la doctrina consideraba que el consorcio de propietarios era un sujeto de derecho, distinto de los miembros que lo componían, con personalidad jurídica propia y, por lo tanto, en la esfera concursal ello se reflejaba en la posibilidad de su concursamiento[6]. La tesis afirmativa fue inaugurada por un antiguo precedente de la jurisprudencia de Mar del Plata que entendió que el consorcio de propietarios era un sujeto de derecho, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, con domicilio y patrimonio propio, que se manifestaba en la vida jurídica por sus órganos, con representante legal obligatorio y gobernado por la asamblea. En base a ello se sostuvo su concursalidad[7].

No obstante, también se presentó jurisprudencia que sostuvo que no es un sujeto concursable dado que existe una imposibilidad jurídica, fáctica y funcional de decretar la quiebra de un consorcio de propietarios. De este modo se sostiene que el consorcio de propietarios, en tanto resulta persona necesaria, inevitablemente, debe tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa

---

[4] GRAZIABILE, D., *comentario al art. 2 de la L.C.* en Graziabile, Darío J., "Régimen concursal", Bs. As., Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 229.

[5] Véase al respecto el muy completo indicado en la cita Nº 3.

[6] Véase en este sentido: CONSTANTINO, Juan Antonio, CANESTRINI, Ana María, FORTINI, Patricia y GIMENEZ BAUER, Marcela, *Quiebra del consorcio de propietarios y de los consorcistas por deudas consorciales. Su factibilidad*, en E.D. 174-1006; COSSARI, Nelson G.A., *Concursalidad de los consorcios de propiedad horizontal*, en Zeus, Nº 4598, 3/02/1993, p. 2; LORENTE, Javier Armando, *Ley de concursos y quiebras*, Bs. As., Gowa, 2000, pp. 107 a 109; FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 8º ed., Bs. As., Astrea, 2005, p. 50; GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios*, en L.L. 2013-C-1052; DI LLELA, Nicolás J., *Imposibilidad del concurso de las UTE en Tucumán*, en L.L. NOA 2014 (Julio), p. 604; GRAZIABILE, D., *comentario al art. 2 de la L.C.…*, cit., pp. 230 y 231.

[7] C. Nac. Civ. y Com., Mar del Plata, 22/05/1969, con nota favorable de MORELLO, Augusto, en J.A. 1970-V-648, citado por GRAZIABILE, D., *comentario al art. 2 de la L.C.…*, cit., pp. 230 y 231.

del inmueble hace ineluctable la permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio, ente cuya creación no es optativa sino automática[8]. Esta postura superaba el debate de la personalidad jurídica del consorcio, dado que aun reconociendo esa calidad le negaba el carácter de sujeto concursable.

III. Estado actual de la cuestión

El Código Civil y Comercial considera que el consorcio es una persona jurídica privada. Con ello cabe preguntarse ¿Se terminó el debate sobre su concursalidad?

En una primera aproximación, alguna doctrina expresa que con la reforma "no cabría duda alguna en cuanto a que el consorcio **de propietarios puede ser sujeto de** concurso"[9]. Asimismo, se sostiene que "parece solucionarse un larguísimo debate doctrinario y jurisprudencial al respecto. El reconocimiento del consorcio de copropietarios como persona jurídica privada me inclina a admitir su concursalidad, pese a reconocerse precedentes en diferente dirección"[10]. También se sostiene que "el consorcio de propietarios de propiedad horizontal deviene en sujeto concursable **a partir de las modificaciones introducidas por el** CCivCom."[11].

Sin embargo, entendemos que el debate no se ha cerrado. Hoy no caben dudas que estamos frente a una persona jurídica privada. No obstante, ello no habilita a afirmar ligeramente que es un sujeto concursable. Al respecto, Eduardo Favier Dubois (h) sostiene que "en cambio, y a pesar de ser ahora "personas jurídicas", entendemos que el "consorcio de propiedad horizontal" no es sujeto concursal en razón de su estructura y finalidades"[12]. También esta tesitura es

[8] CNCom, Sala A, "Consorcios de propiedades de calle Perú 1724 s/ pedido de quiebra por Ramirez, Eva", 30/10/1996, citado por "Concursos y quiebras. Ley 24.522", CHOMER, Héctor –Director-, FRICK, Pablo –Coord.-, Bs. As., Astrea, t. I, 2016, p. 63; CNCom., Sala A, "Consorcio de propietarios calle Sarmiento 412 s/ concurso preventivo", 27/02/2014, en Microjuris MJ-JU-M-85530-AR

[9] CÓRDOBA, Lucila Inés, *La personalidad del consorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en L.L. 2012-D-1092.

[10] BARBIERI, Pablo Carlos, *Los sujetos concursales y las reformas del Código Civil y Comercial*, en Infojus, Id Infojus DACF 140903, 30/12/2014.

[11] ARENAS, Pablo, *Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado*, en Microjuris MJ-DOC-7246-AR, 2 de junio de 2015.

[12] FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., *La "autonomía" y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo código unificado*, en L.L. 02/02/2015, p. 1.

propiciada por Felicitas M. de Lasa quien indica que "no obstante las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial, tanto en lo relativo a la persona jurídica como al derecho real de propiedad horizontal, considero que existen válidas razones para sostener que el concursamiento del consorcio no es compatible con la finalidad del régimen"[13]; agregando que "a mi criterio, se trata de dos regímenes que no pueden coexistir pacíficamente sin desnaturalizar las finalidades contempladas por cada uno. Así, el consorcio de propietarios, en tanto resulta persona jurídica necesaria, inevitablemente debe tener continuidad no pudiendo ser desafectado con la cesación de pagos y la eventual declaración de quiebra"[14].

IV. Conclusiones. Nuestra opinión

En la actualidad, frente a los arts. 148 y 2044 del Código Civil y Comercial se disipan las dudas en cuanto a su concursalidad. Por lo tanto, el consorcio de propietarios en cuanto persona jurídica de carácter privado es un sujeto concursable a tenor de lo dispuesto por el art. 2 de la L.C. No obstante, se instala un nuevo debate referido a la necesidad de establecer un régimen especial que estatuya reglas para su concursamiento. A nuestro criterio, especialmente, deben disponerse reglas en lo atinente a la legitimación para solicitar el concurso, respecto a la responsabilidad de los consorcistas y en lo referido los bienes alcanzados por el desapoderamiento en caso de quiebra. Mientras no se estatuya un régimen especial todas estas cuestiones deberán ser discernidas por la doctrina y la jurisprudencia.

En tal sentido, creemos que en un futuro deberá disponerse una solución concursal particular para el concursamiento del consorcio de propiedad horizontal. Así, como en su oportunidad se gestó un régimen concursal especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas –dado por la ley 25.284 del año 2000- deberá generarse un régimen particular para el concurso de este ente.

Se trata de una manifestación de un nuevo derecho concursal que nos ofrece otras miradas de sus principios generales. Se habla así de "una renovación de los principios estructurales del derecho concursal"[15]. En particular, en este caso la necesidad de una solución con-

[13] DE LASA, Felicitas M., *El Código Civil y Comercial de la Nación, ¿pone fin al debate sobre la concursabilidad del Consorcio de propiedad horizontal?*, en "Revista de Derecho Concursal", Bs. As., IJ Editores, Nº 17, septiembre de 2017, 20/09/2017, IJ-CCCLXXXVIII-115.

[14] DE LASA, F., op. cit.

[15] RIVERA, Julio César, *Renovación de principios estructurales del derecho*

cursal especial exhibe una flexibilización del principio de unidad de soluciones concursales[16].

Una de las cuestiones que puede instalarse frente a un escenario concursal del consorcio es cuál es la responsabilidad de los consorcistas frente a la quiebra consorcio. En la regulación que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación le procura a la figura del consorcio de propietarios no encontramos ninguna norma que establezca qué responsabilidad le cabe a los consorsistas. En este caso, entendemos que deberemos atenernos a lo dispuesto por el art. 143 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece el principio de personalidad diferenciada y la regla general de responsabilidad de los miembros de las personas jurídicas. El precepto dispone que "La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial".

En consecuencia, al no establecerse nada en contrario, la responsabilidad de los consorcistas debe considerarse limitada[17].

Para poder imputar responsabilidad a los consorcistas por las deudas del consorcio hay que atenerse a lo dispuesto en el art. 144 del Código Civil y Comercial que establece los casos en los que puede extenderse la responsabilidad de las personas jurídicas privadas a sus integrantes. No obstante, bien se indica en la doctrina que esta regla del art. 144 que estatuye la inoponibilidad de la persona jurídica resulta aplicable al consorcio pero de manera excepcional dado que no fue creada para ser aplicada al caso del consorcio de propiedad horizontal[18].

---

concursal, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, p. 9.

[16] GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 109 a 113.

[17] GERBAUDO, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 37.

[18] FIGUEROLA, Melchor E., *El consorcio de propiedad horizontal y la entidad que agrupa a los propietarios de unidades privativas del conjunto inmobiliario. Apuntes sobre su concursalidad a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Revista de Derecho Concursal", Bs. As., IJ Editores, Nº 16, marzo de 2017, 16/03/2017, IJ-CCLXIV-664.

Bibliografía

ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes*, en L.L. 2007-C-1076.

ARENAS, Pablo, *Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado*, en Microjuris MJ-DOC-7246-AR, 2 de junio de 2015.

BARBIERI, Pablo Carlos, *Los sujetos concursales y las reformas del Código Civil y Comercial*, en Infojus, Id Infojus DACF 140903, 30/12/2014.

CONSTANTINO, Juan Antonio, CANESTRINI, Ana María, FORTINI, Patricia y GIMENEZ BAUER, Marcela, *Quiebra del consorcio de propietarios y de los consorcistas por deudas consorciales. Su factibilidad*, en E.D. 174-1006.

CÓRDOBA, Lucila Inés, *La personalidad del consorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en L.L. 2012-D-1092.

COSSARI, Nelson G.A., *Concursalidad de los consorcios de propiedad horizontal*, en Zeus, Nº 4598, 3/02/1993, p. 2.

DE LASA, Felicitas M., *El Código Civil y Comercial de la Nación, ¿pone fin al debate sobre la concursabilidad del Consorcio de propiedad horizontal?*, en "Revista de Derecho Concursal", Bs. As., IJ Editores, Nº 17, septiembre de 2017, 20/09/2017, IJ-CCCLXXXVI-II-115.

DI LLELA, Nicolás J., *Imposibilidad del concurso de las UTE en Tucumán*, en L.L. NOA 2014 (Julio), p. 604.

FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 8º ed., Bs. As., Astrea, 2005.

FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., *La "autonomía" y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo código unificado*, en L.L. 02/02/2015, p. 1.

FIGUEROLA, Melchor E., *El consorcio de propiedad horizontal y la entidad que agrupa a los propietarios de unidades privativas del conjunto inmobiliario. Apuntes sobre su concursalidad a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Revista de Derecho Concursal", Bs. As., IJ Editores, Nº 16, marzo de 2017, 16/03/2017, IJ-CCLXIV-664.

GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

GERBAUDO, Germán E., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

GRAZIABILE, D., *comentario al art. 2 de la L.C.* en Graziabile, Darío J., "Régimen concursal", Bs. As., Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 229.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios*, en L.L. 2013-C-1052.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *La propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en J.A. 2014-IV, fascículo 5, 29/10/2014, p. 3.

LORENTE, Javier Armando, *Ley de concursos y quiebras*, Bs. As., Gowa, 2000.

RIVERA, Julio César, *Renovación de principios estructurales del derecho concursal*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, p. 9.

Presupuesto objetivo en el concurso de la masa indivisa insolvente (art. 2360 del Código Civil y Comercial)

Germán E. Gerbaudo

Sumario

En este trabajo analizamos la norma del art. 2360 del Código Civil y Comercial que regula el concurso de la masa indivisa insolvente. Pensamos que se trata de una norma innecesaria y sobreabundante en relación a lo dispuesto por los arts. 2 inc. 1 y 8 de la ley 24.522. El art. 2360 exhibe algunas contradicciones con la Ley de concursos y quiebras debiendo prevalecer esta última normativa.
Consideramos que las expresiones "desequilibrio patrimonial" o "insuficiencia de activo hereditario" aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia. El presupuesto objetivo de los procesos concursales se encuentra definido por el ordenamiento concursal.

Ponencia

1) las expresiones "desequilibrio patrimonial" o "insuficiencia de activo hereditario" deben interpretarse como equivalentes al estado de cesación de pagos o de insolvencia. 2) el presupuesto objetivo de los procesos concursales se encuentra definido por el ordenamiento concursal 3) consideramos que es un error del art. 2360 del Código Civil y Comercial no haber utilizado la locución de insolvencia o la de cesación de pagos.

I. Introducción

La apertura de cualquier proceso concursal –sea de reestructuración o de liquidación- requiere la presencia de dos presupuestos, uno subjetivo y otro objetivo.

El presupuesto subjetivo alude al sujeto concursable. Se refiere a

quienes son los sujetos que ante la insolvencia pueden acceder a alguno de los procesos concursales. Para la apertura concursal debe existir un sujeto concursable. Éste "necesariamente debe tener capacidad jurídica para poseer patrimonio"[1]. Se expresa que "la existencia de un sujeto pasivo constituye uno de los presupuestos de cualquier concurso, esto es, no podrá declararse la quiebra ni otro concurso si no es respecto de una persona susceptible de ser sujeto pasivo de ese concurso. No existe quiebra sin sujeto"[2]. Asimismo, se indica que "sin deudor, no hay acreedor y por ende no existe obligación ni impotencia patrimonial de cumplimiento regular"[3]. En síntesis, se sostiene que el presupuesto subjetivo se refiere a "la existencia de un sujeto pasivo legalmente legitimado para solicitar la apertura de un proceso concursal"[4]. El presupuesto subjetivo está delimitado en el art. 2 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante L.C.) que establece quienes son los sujetos concursables y a quienes se les veda el acceso a los procesos concursales. En relación al tema que nos ocupa en esta colaboración cabe mencionar que el inc. 1) del art. 2 menciona como concursable al patrimonio del fallecido siempre que se mantenga separado del patrimonio de los herederos. A su vez, en concordancia con dicho precepto, el art. 8 de la L.C. bajo el acápite de "Personas fallecidas" estatuye los pasos que los herederos deben seguir para materializar la presentación concursal[5].

---

[1] GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 1 de la L.C.* en "Régimen Concursal. Ley 24.522", Graziabile, Darío J. (Director), Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 181

[2] NOODT TAQUELA, María Blanca, *Derecho Concursal. Sujetos del concurso*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, Cuaderno Nº 5 del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano, 1981, p. 11.

[3] GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 2º de la L.C.*, en "Régimen concursal", Graziabile, Darío J., Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 181.

[4] DI LELLA, Nicolás J., *Presupuestos objetivo, subjetivo y procesal para la presentación en concurso preventivo*, en *L.L. NOA* 2017 (agosto), p. 7.

[5] Los preceptos mencionados aluden al patrimonio del fallecido, pero en realidad como bien aclara la doctrina sólo es concursable la herencia transmisible a los herederos que no siempre coincide con el patrimonio (Véase: GOYENA COPELLO, Héctor R., *Procedimiento sucesorio*, 6º ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 280; CHOMER, Héctor O., *Sujetos concursales*, en *R.D.C.O.* 2004-A-823; GRAZIABILE, Darío J., *Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables*, en *R.D.C.O.* 2004-B-879; GERBAUDO, Germán E., *Aproximaciones entre el derecho concursal y el derecho sucesorio*, en "Errepar Digital", Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, Errepar, Nº 285, agosto de 2011; CÓRDOBA, Lucila I., *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual (Directores), Krieger, Walter F. (Coordinador), Buenos Aires,

El presupuesto objetivo –que abordamos en esta ponencia- apunta a la situación económica financiera en la que se encuentra el patrimonio del sujeto concursable. En otros términos, como señala Adolfo Rouillón refiere "a las condiciones del patrimonio"[6]. Nuestra legislación concursal en el art. 1, segundo párrafo, adopta al estado de cesación de pagos o de insolvencia como presupuesto objetivo de los procesos concursales reglados en la L.C., y como sistema de comprobación judicial de ese estado, en el art. 79 de la L.C., recepta el denominado sistema de los hechos reveladores, que es propio del derecho francés posterior a la reforma de 1838.

Julio César Rivera dice que la insolvencia se puede caracterizar como "el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles"[7]. Por su parte, Héctor Cámara expresa que es "la impotencia del patrimonio frente a las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan"[8]. Asimismo, Marcelo Gebhardt indica que "es un estado en virtud del cual el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones liquidas y exigibles"[9].

En esta ponencia centramos nuestro análisis en el presupuesto objetivo del concurso de la masa indivisa insolvente. El art. 2360 del Código Civil y Comercial al regular a la masa indivisa insolvente no refiere en su texto a insolvencia o cesación de pagos, sino que alude a "desequilibrio patrimonial o insuficiencia de activo hereditario". Los términos empleados por el artículo 2360 del Código Civil y Comercial generan duda respecto a si el "desequilibrio patrimonial o insuficiencia de activo hereditario" constituyen un nuevo presupuesto objetivo

---

Astrea, t. 3, 2015, p. 490).
Asimismo, cabe indicar "se concursan los bienes que constituyen la herencia; no el deudor que terminó su existencia por muerte, sino sus bienes. El concurso no se dirige contra la persona, sino contra su patrimonio" (MEDINA, Graciela y ROLLERI Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 273). En sentido similar se dice que "el concursado, por consiguiente, es el ente "sucesión" (CÓRDOBA, Marcos M. y FERRER, Francisco A.M., *Práctica del derecho sucesorio*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 411).

[6] ROUILLON, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 18.

[7] RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 1996, p. 113.

[8] CÁMARA, Héctor C. *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, t. I, 1978, p. 236.

[9] GEBHARDT, Marcelo, *Ley de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008, p. 3.

diferente y más amplio que el de la cesación de pagos.
II. El art. 2360 del Código Civil y Comercial.

El art. 2360 del Código Civil y Comercial bajo el acápite de "Masa indivisa insolvente" dispone que "En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores".

El precepto no introduce ninguna novedad sino que ratifica la posibilidad de concursamiento del patrimonio del fallecido. Concuerda la disposición con los arts. 2 y 8 de la L.C. En tal sentido, se indica que se incorpora la solución de la ley especial –es decir de la L.C.-[10].
No obstante la adopción de la misma solución, se exhiben algunas diferencias en los términos empleados por el art. 2360 del Código Civil y Comercial que traen aparejados diferentes problemas interpretativos.

En tal sentido, se alude a "copropietarios" cuando en realidad debería haberse referido a "coherederos"[11]. Se utiliza la expresión "desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario" cuando en debería mencionarse al estado de cesación de pagos o insolvencia. En este último supuesto, con todas las controversias que genera, es el que analizamos en esta ponencia. Por otra parte, el precepto al referirse a acreedores puede dar lugar a la equívoca interpretación de pensar que estos también tienen legitimación para instar la apertura del concurso preventivo de la herencia. Sin embargo, de acuerdo a la L.C. solo el deudor tiene legitimación para solicitar la formación del concurso preventivo. En base a ello acertadamente la doctrina sostiene que los acreedores pueden pedir la quiebra, pero no la apertura del concurso preventivo[12].

[10] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos*, en *L.L.* 2012-F-1309.

[11] FERRER, Francisco A.M., *La indivisión hereditaria en el Anteproyecto de Código Civil*, en *J.A.* 2012-III-1310.

12 En este sentido, véase: FERRER, Francisco A. M., *El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial*, en "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Nº 10, Nueva Época, 2016, p. 27; PRONO, Ricardo S., *Los privilegios concursales y el Código Civil y Comercial*, en R.D.C.O. Nº 272, p. 505; DI LELLA, Nicolás J., *Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal*, en *D.J.* 5/11/2014, p. 1; GERBAUDO, Germán Esteban, *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 52.
En una posición contraria parece ubicarse Haydee Podréz Yaniz que indica que "se incorpora

III. ¿Hay un nuevo presupuesto objetivo para el concurso de la masa indivisa insolvente?

Se presentan dudas respecto a si el art. 2360 del Código Civil y Comercial introduce un nuevo presupuesto objetivo dado que no utiliza la expresión "cesación de pagos" o "insolvencia" sino que alude a "desequilibrio patrimonial" o "insuficiencia del activo hereditario".

El propio art. 2360 presenta una flagrante contradicción. Por un lado, la designación del precepto refiere a "masa indivisa insolvente"; en tanto que en su redacción alude a "desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario".

El desequilibrio económico o desequilibrio patrimonial es un concepto que no estaba presente en el Código Civil derogado. El término es una novedad que trae el Código Civil y Comercial que lo emplea en diversas normas, aunque no conceptualiza que debe entenderse por tal[13].

La voz insuficiencia de bienes u otras similares también es utilizada por el Código Civil y Comercial en distintas normas[14].

Existe doctrina que considera que no es necesario el estado de cesación de pagos para el concurso de la masa indivisa insolvente. En tal sentido, Graciela Medina y Gabriel Rolleri al comentar el precepto expresan que "como puede observarse, no se exige la existencia de estado de cesación de pagos a la fecha de la muerte del causante; basta comprobar la insuficiencia de los bienes transmitidos para

---

a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso de la sucesión" (PODRÉZ YANIZ, Haydee, *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", Clusellas, Eduardo Gabriel (Director), Buenos Aires, Astrea, t. 8, 2015, p. 62). No aclara la autora si utiliza la voz "concurso" como sinónimo de concurso preventivo o en un sentido amplio comprensivo tanto de la quiebra como del concurso preventivo.

De manera similar Mariana B. Iglesias sostiene que "se incorpora expresamente la posibilidad de peticionar la quiebra o el concurso preventivo tanto por parte de los herederos como de los acreedores" (IGLESIAS, Mariana B., *Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil*, en *J.A.* 2012-III-1357).

[13] MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Compresión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas*, en *La Ley on line*, cita on line AR/DOC/1018/2016.

La expresión "desequilibrio económico" es empleada al regular las compensaciones económicas, en el art. 1045 inc. c) que se ocupa de la responsabilidad por evicción y en el 1119 referido a las cláusulas abusivas.

[14] PRONO, Ricardo S., *Algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso*, en *L.L.* 2016-A-662.

En el art. 191 del Código Civil y Comercial al regularse a las simples asociaciones se utiliza la expresión "insuficiencia de los bienes de la asociación simple". Asimismo, en el art. 1687 del Código Civil y Comercial refiere a la "insuficiencia de los bienes fideicomitidos".

afrontar las obligaciones que gravan ese patrimonio"[15]. Asimismo, Francisco Ferrer indica que "no es preciso acreditar la cesación de pagos al momento de apertura de la sucesión"[16].
Nosotros no compartimos estas opiniones. A nuestro criterio no resulta acorde a la terminología concursal la expresión "desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo". No obstante, entendemos que esas expresiones deben considerarse como que aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia que constituyen el presupuesto objetivo de los procesos concursales que menciona el texto –quiebra o concurso preventivo-. Creemos que es un error del art. 2360 del Código Civil y Comercial no haber utilizado la expresión de insolvencia o de cesación de pagos[17].

La cesación de pagos es un estado patrimonial que no refiere a las diferencias del activo y del pasivo. Por el contrario, la expresión desequilibrio patrimonial nos acerca a la idea de las diferencias entre el activo y el pasivo. En otra oportunidad hemos expresado que debe negarse toda identificación entre este estado patrimonial con el desequilibrio entre el activo y el pasivo, ya que esto último es una noción netamente contable que puede resultar ajena a la verdadera situación patrimonial[18]. A la hora de determinar la insolvencia no se debe confrontar el activo con el pasivo, sino la realizabilidad del activo con la exigibilidad del pasivo[19]. En definitiva como señala Pablo Heredia la cesación de pagos "no es una cuestión de balances"[20]. Mauricio Yadarola se refirió a ello diciendo que "lo que caracteriza,

[15] MEDINA, G. y ROLLERI G., op. cit., p. 273.
[16] FERRER, Francisco A. M., *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación* en "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Alterini, Jorge H. (Director general), Alterini, Ignacio (Coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. XI, 2015, E-book.
[17] GERBAUDO, G., "Impacto...", cit., p. 51; GERBAUDO, Germán, *Presupuesto subjetivo de los procesos concursales. La incidencia del Código Civil y Comercial*, en "Diario Comercial, Económico y Empresarial", Derecho para Innovar, Nº 85, 17/08/2016; GERBAUDO, Germán E., Concurso de la herencia en el derecho concursal argentino, en "Revista Lex Mercatoria", Elche, Universidad Miguel Hernández, Nº 7, 2017, p. 49; GERBAUDO, Germán E., *El presupuesto objetivo en el concurso de la masa indivisa insolvente*, en Editorial Astrea, www.astrea.com.ar, 2018.
[18] GERBAUDO, Germán, *Cesación de pagos*, Rosario, Nova Tesis, 2011, p. 35.
[19] Sobre la distinción entre la insolvencia económica o insolvencia propiamente dicha y la insolvencia aritmética o contable –esta entendida como diferencia entre activo y pasivo- véase: BERSTEIN, Omar, *Inminente cesación de pagos*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 14 y sigtes.
[20] HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Ábaco, t. 1, 2000, p. 211.

pues, la insolvencia no es la inferioridad numérica del activo con relación al pasivo, sino la impotencia del patrimonio para cubrir las deudas exigibles: no es la cantidad de bienes sino su realizabilidad lo que se tiene en cuenta, ni es la suma de las obligaciones sino el momento de su exigibilidad"[21]. Marcelo Gebhardt expresa que "se ha sostenido que el desequilibrio o déficit no determina por sí solo el estado de insolvencia, o bien que dicho estado puede subsistir aun sin el desequilibrio"[22]. Agregando que "de ello se sigue que el equilibrio relevante a ponderar será el que surja del pasivo exigible y el valor del activo realizado o realizable al momento del vencimiento de las deudas"[23]. En la misma tesitura, Darío Graziabile indica que la cesación de pagos "se trata de un concepto que escapa del estatismo del desequilibrio de valores entre activo y pasivo, sino un supuesto dinámico de flujos de fondos insuficientes para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones exigibles"[24]. En sentido similar, Juan M. Farina y Guillermo Farina expresan que "un sujeto puede presentar un desequilibrio económico patrimonial y, sin embargo, no estar afectado por la incapacidad que caracteriza al estado de insolvencia, o a la inversa"[25]. Igualmente, Saúl Argeri señala que no puede asimilarse la cesación pagos al déficit del balance. Así dice que "el cómputo del desequilibrio aritmético es simple fenómeno de orden contable, derivado de la confrontación entre activo y pasivo. En ese activo pueden incluirse bienes (v.gr., aquellos cuya realización varía de conformidad con valores circunstanciales, coyunturales; créditos incobrables, etcétera)"[26]. Asimismo, Héctor Alegría sostiene que "algunas legislaciones se refieren al desequilibrio aritmético, o sea, al mayor valor del pasivo sobre el activo"[27]. No obstante, indica que "se ha visto como inadecuada esta solución, pues puede tratarse de un deudor con pasivos exigibles y con activos de mayor valor pero de difícil realización; y a la inversa, puede el obligado tener un activo menor pero un pasivo de exigibilidad convenientemente escalonada en el tiempo que permite el pago con la propia renta de la actividad"[28].

---

[21] YADAROLA, Mauricio, *El concepto técnico-científico de cesación de pagos*, en J.A., sección doctrina, 68, p. 6.
[22] GEBHARDT, M., op. cit., t. I, p. 4.
[23] Id., p. 4.
[24] GRAZIABILE, D., *Historia…*, cit., p. 879
[25] FARINA, Juan M. y FARINA, Guillermo V., *Concurso preventivo y quiebra*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008, p. 66.
[26] ARGERI, Saul A., *Manual de concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1983, p. 26.
[27] ALEGRÍA, Hector, *Concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 19.
[28] Id, p. 19.

Así, en la jurisprudencia se expresó que "la sola exhibición por el deudor de un título de dominio de un vehículo es insuficiente para demostrar hallarse "in bonis", al no configurar aquél un activo corriente"[29].
En concordancia con lo que venimos exponiendo, consideramos que la cesación de pagos no debe ser entendida como una insuficiencia de bienes o un activo menor al pasivo. Una persona con un activo inferior al pasivo puede no estar en cesación de pagos dado que sus bienes son fácilmente realizables o pueden generar los fondos necesarios para pagar las deudas.
Por lo tanto, entendemos que los términos utilizamos por el art. 2360 del Código Civil y Comercial resultan desacertados y no se corresponden con las expresiones empleadas por la L.C. Consideramos que debe prevaler la ley especial, la L.C. que regula el microsistema de los concursos y quiebras y que establece el presupuesto objetivo para acceder a los procesos concursales.
La L.C. dispone en su art. 1 que la cesación de pagos es el presupuesto para la apertura de los procesos regulados en dicha ley y dispone además los supuestos legales en los que puede abrirse un proceso concursal sin cesación de pagos. Dichos casos son taxativos y de excepción. Entre ellos no se encuentra el concurso de la herencia. Por lo tanto, consideramos que prevalece la L.C. –ley especial- sobre el art. 2360 del Código Civil y Comercial y, en consecuencia, sólo podrá declararse la quiebra o la apertura del concurso preventivo de la masa indivisa insolvente si se acredita el presupuesto objetivo de la cesación de pagos.

IV. Conclusiones

1. Consideramos que la norma del art. 2360 del Código Civil y Comercial es sobreabundante e innecesaria. Sobreabundante dado que no agrega nada nuevo a lo que estable la L.C. en sus arts. 2 inc. 1º y 8. Innecesaria porque su redacción presenta una defectuosa técnica legislativa, con contradicciones con el texto de la L.C.
2. Las expresiones "desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo" deben considerarse como que aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia que constituyen el presupuesto objetivo de los procesos concursales que menciona el texto –quiebra o concurso preventivo-. Consideramos que es un error del art. 2360 del Código Civil y Comercial no haber utilizado la locución de insolvencia o la de cesación de pagos.

[29] C. Apel. Civ. y Com., Rosario, Sala I, "Guagliano. Raúl S.R.L. s/ pedido de quiebra", 12/03/1996, en *L.L. Litoral* 1998-1-32.

Bibliografía

ALEGRÍA, Hector, *Concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1988.

ARGERI, Saul A., *Manual de concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

BERSTEIN, Omar, *Inminente cesación de pagos*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

CÁMARA, Héctor C. *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, t. I, 1978.

CÓRDOBA, Lucila I., *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual (Directores), Krieger, Walter F. (Coordinador), Buenos Aires, Astrea, t. 3, 2015, p. 490.

CÓRDOBA, Marcos M. y FERRER, Francisco A.M., *Práctica del derecho sucesorio*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

CHOMER, Héctor O., *Sujetos concursales*, en R.D.C.O. 2004-A-823.

DI LELLA, Nicolás J., *Presupuestos objetivo, subjetivo y procesal para la presentación en concurso preventivo*, en *L.L. NOA* 2017 (agosto), p. 7.

DI LELLA, Nicolás J., *Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal*, en *D.J.* 5/11/2014, p. 1.

FARINA, Juan M. y FARINA, Guillermo V., *Concurso preventivo y quiebra*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008.

FERRER, Francisco A.M., *La indivisión hereditaria en el Anteproyecto de Código Civil*, en *J.A.* 2012-III-1310.

FERRER, Francisco A. M., *El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial*, en "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Nº 10, Nueva Época, 2016, p. 27.

FERRER, Francisco A. M., *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación* en "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Alterini, Jorge H. (Director general), Alterini, Ignacio (Coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. XI, 2015, E-book.

GEBHARDT, Marcelo, *Ley de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008.

GERBAUDO, Germán E., *Aproximaciones entre el derecho concursal y el derecho sucesorio*, en "Errepar Digital", Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, Errepar, Nº 285, agosto de 2011.

GERBAUDO, Germán Esteban, *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

GERBAUDO, Germán, *Presupuesto subjetivo de los procesos concursales. La incidencia del Código Civil y Comercial*, en "Diario Comercial, Económico y Empresarial", Derecho para Innovar, Nº 85, 17/08/2016.

GERBAUDO, Germán E., Concurso de la herencia en el derecho concursal argentino, en "Revista Lex Mercatoria", Elche, Universidad Miguel Hernández, Nº 7, 2017, p. 49.

GERBAUDO, Germán E., *El presupuesto objetivo en el concurso de la masa indivisa insolvente*, en Editorial Astrea, www.astrea.com.ar, 2018.

GERBAUDO, Germán, *Cesación de pagos*, Rosario, Nova Tesis, 2011.

GOYENA COPELLO, Héctor R., *Procedimiento sucesorio*, 6º ed., Buenos Aires, Astrea, 1993.

GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 1 de la L.C.* en "Régimen Concursal. Ley 24.522", Graziabile, Darío J. (Director), Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014.

GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 2º de la L.C.*, en "Régimen concursal", Graziabile, Darío J., Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014.

GRAZIABILE, Darío J., *Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables*, en *R.D.C.O.* 2004-B-879.

HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Ábaco, t. 1, 2000.

IGLESIAS, Mariana B., *Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil*, en *J.A.* 2012-III-1357.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos*, en *L.L.* 2012-F-1309.

MEDINA, Graciela y ROLLERI Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017.

MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Compresión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas*, en *La Ley on line*, cita on line AR/DOC/1018/2016.

NOODT TAQUELA, María Blanca, *Derecho Concursal. Sujetos del concurso*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, Cuaderno Nº 5 del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano, 1981.

PODRÉZ YANIZ, Haydee, *comentario al art. 2360 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", Clusellas, Eduardo Gabriel (Director), Buenos Aires, Astrea, t. 8, 2015, p. 62.

PRONO, Ricardo S., *Los privilegios concursales y el Código Civil y Comercial*, en R.D.C.O., Nº 272, p. 505.

PRONO, Ricardo S., *Algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso*, en *L.L.* 2016-A-662.

RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 1996.

ROUILLON, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.

YADAROLA, Mauricio, *El concepto técnico-científico de cesación de pagos*, en J.A., sección doctrina, 68, p. 6.

Proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. Necesidad de su reforma

Germán E. Gerbaudo

Sumario

En este trabajo analizamos la ley 25.284 que instituye el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. Sin bien consideramos que fue un significativo avance en nuestro derecho concursal la sanción de dicha ley, deben introducirse algunas modificaciones para transformar al salvataje de entidades deportivas en un mecanismo concursal más eficaz.

Ponencia

A través de esta ponencia proponemos modificar la ley 25.284 en los siguientes sentidos: 1) Establecer un mecanismo concursal menos complejo y costoso para los clubes de menor envergadura económica –denominados "clubes de barrio"; 2) Permitir que los clubes puedan presentarse directamente en el proceso de salvataje de entidades deportivas, sin que necesariamente esté precedido de otro proceso concursal –concurso preventivo o salvataje-. 3) Establecer que una vez homologado el acuerdo preventivo no puede la entidad deportiva solicitar la conversión del concurso preventivo en salvataje. 4) Disponer que no pueden aplicarse a los clubes en salvataje sanciones administrativas –emanadas de federaciones deportivas- por deudas de causa o título anterior al proceso concursal.

I. Introducción

Existen en nuestro país cuatro especies de procesos concursales. Uno de ellos es liquidativo (la quiebra) y los restantes son de reestructuración (concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial y salvataje de entidades deportivas)[1].

[1] GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires,

En esta ponencia analizaremos el proceso de salvataje de entidades deportivas que se encuentra regulado en la ley 25.284, el que a nuestro criterio es de naturaleza concursal. Si bien la ley alude a un fideicomiso no existe una figura contractual. No hay contrato sino que es un proceso concursal especial. Esto fue puesto de manifiesto de manera temprana por la doctrina que se refirió a un "fideicomiso a palos"[2]. 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"[3]. Estos procesos persiguen remover un estado de crisis –en sentido amplio- y tienen como objeto "devolver al seno de la comunidad económica, en forma saneada, al deudor que ha atravesado por semejante crisis"[4].

No dudamos en afirmar que el salvataje de entidades deportivas es un proceso concursal y así lo sostuvimos en diversos trabajos[5]. En

---

Astrea, 2018, ps. 31 a 62.

[2] GAMES, Luis M. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso "a palos"*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

[3] "Proceso concursal", en ARGERI, Saúl A., *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 324.

[4] GEBHARDT, Marcelo, *Ley de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008, p. 37.

[5] GERBAUDO, Germán E., *Problemática actual en torno a algunas verificaciones de créditos en los procesos concursales de clubes de fútbol profesional*, en Microjuris, MJ-DOC-6135-AR; GERBAUDO, Germán, *El fuero de atracción en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 13, ley 25.284). Importantes consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, J.A. 2013-II, p. 29; GERBAUDO, Germán E., *Salvataje de entidades deportivas (ley 25.284). La convivencia entre el órgano fiduciario y los órganos estatutarios de la entidad deportiva*, en J.A.2014-II, pág. 49; GERBAUDO, Germán E., *La insolvencia de las entidades deportivas. La continuación del trámite concursal bajo el régimen de la ley 25.284*, en J.A. 2014-IV, p. 27; GERBAUDO, Germán E., *El pronto pago en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 17 de la ley 25.284)*, en "Revista de Derecho del Deporte", Buenos Aires, IJ Editores, Cátedra de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho, Universidad Austral, diciembre 2014, Nº 9, cita IJ-LXXV-139; GERBAUDO, Germán E., *¿Cómo gestionar una entidad deportiva que practica fútbol? El "Modelo Eibar" vs. el "Modelo cabeza de pelota*, en Web de la Asociación Rosarina de Entidades Deportivas Amateurs, Areda, 19/06/2014, www.areda.org.ar; GERBAUDO, Germán E., *Proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. Sus presupuestos*, en DPI Derecho para Innovar, Suplemento de Derecho del Deporte, Nº 5, 11/12/2017; GERBAUDO, Germán E., *La responsabilidad personal de los miembros del órgano fiduciario en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 12 de la ley 25.284)*, en DPI Derecho para Innovar, Suplemento de Derecho del Deporte, Nº

la regulación de la ley 25.284 se encuentran normas que lo definen claramente en ese sentido. El art. 3 bajo el acápite de "ámbito de aplicación" consagra un principio general del derecho concursal como es el de universalidad –en sentido objetivo- determinado los bienes que quedan comprendidos en este proceso. El art. 6 de manera similar a lo regulado por el art. 6 de la L.C. requiere la participación del órgano de gobierno para decidir la continuación del trámite promovido por el órgano de administración. El art. 13, en su parte final, prevé un instituto propio de los procesos universales como es el fuero atracción. En el art. 17 encontramos regulado el pronto pago que es una figura de tutela especial de los créditos laborales privilegiados en los procesos concursales, remitiendo, inclusive a la regulación de ese instituto prevista para el concurso preventivo en el art. 16 de la L.C. El art. 20 contempla un sistema de autorización de actos disposición realizados por el órgano fiduciario que tiene cierta similitud con la autorización de actos del concursado que excedan la administración ordinaria y que regula el art. 16 de la L.C.
En base a ello consideramos que es un proceso concursal donde concurren una pluralidad de acreedores –que deberán incorporase al pasivo concursal- que tienen pretensiones de cobro sobre un patrimonio que desde la apertura del proceso es administrado por un órgano fiduciario.

Diversos autores sostienen que el proceso es de naturaleza concursal[6]. Además, sostenemos que es un proceso de reestructuración dado que excluye la idea de liquidación. Se persigue la continuación de las actividades deportivas, culturales y sociales de la entidad depor-

6, 15/02/2018; GERBAUDO, Germán E., *La autorización judicial de los actos de disposición realizados por el órgano fiduciario en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas*, en J.A. 2018-II, p. 21; GERBAUDO, G., *Introducción…*, cit., ps. 51 a 62.

6 GARAGUSO, Horacio P. y GARAGUSO, Guillermo H. F., *La ley 25.284. Un nuevo proceso concursal*, en "Fundamentos de Derecho Concursal", Horacio Pablo Garaguso, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 171; LORENTE, Javier y TRUFFAT, Daniel, *Cada loco con su tema (¿Y cada especie particular de patrimonio en crisis con un proceso concursal propio?)*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, LexisNexis, 2005-B, p. 171; BARBIERI, Pablo C, *El fuero de atracción y su alcance en el fideicomiso de entidades deportivas. La Corte Suprema y el fallo "Andreuchi*, Infojus, DACF 130412; BARBIERI, Pablo C., *Algunos apuntes sobre las medidas cautelares en los procesos concursales*, en Infojus, DACF 140487, 22/07/2014, www.infojus.gov.ar; BARBIERI, Pablo C., *Una nueva aplicación del fideicomiso de entidades deportivas en concurso preventivo. El "caso Colón*, en Infojus, DACF140616, 4/09/2014, www.infojus.gov.ar; REGGIARDO, Roberto S., *Fuero de atracción en el proceso concursal de entidades deportivas*, en L.L. 23/11/2017, p. 5.

tiva insolvente y el pago de los acreedores concurrentes sin que se liquiden los bienes.

II. La insolvencia de los clubes y la necesidad de un proceso concursal especial.

Consideramos que la sanción de la ley 25.284 constituyó un significativo avance en nuestro derecho concursal dado que resulta evidente que no podemos aplicarles a las entidades deportivas en insolvencia la misma solución concursal que le aplicamos a cualquier otro sujeto.

La quiebra no resulta adecuada y eficaz como mecanismo concursal para resolver la insolvencia de las entidades deportivas dado que implica la extinción de la persona jurídica y la liquidación de los bienes del deudor.

El fin de liquidación de la quiebra no se corresponde al de una entidad deportiva. En este caso dado la trascendencia social de la entidad y las implicancias sociales que traería aparejado la liquidación y extinción de la misma se prioriza la continuación de las actividades y la reestructuración del patrimonio. En decir, la liquidación cede ante la necesidad de continuar las actividades de la entidad deportiva, imponiéndose a tal fin un sacrificio a los acreedores que ven postergadas el cobro de sus acreencias en un proceso concursal que como máximo podría durar 12 años.

Las razones de porqué es necesario aplicar una solución concursal especial son explicitadas de manera diáfana por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, quien expresa que "ello responde al impacto que tiene la liquidación y extinción de las entidades deportivas. Esa extinción no implica solamente la disolución de una organización deportiva y la reasignación de los activos que la integraban, sino que tiene fuertes repercusiones sociales y políticas. Se esté o no de acuerdo con ello, lo cierto es que núcleos importantes de personas, sin vínculos jurídicos con la institución –como son los meros partidarios-, resisten activamente su extinción, por considerar que una entidad deportiva determinada es una parte fundamental de su identidad o de la de un barrio, localidad o grupo"[7].

[7] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Capítulo I Panorama del Derecho del Deporte*, en "Derecho del Deporte", Director Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 2014, p. 9.

En particular refiriéndose a la sanción de la ley 25.284 Héctor Chomer y Jorge Sícoli sostienen que "la franquicia concedida a estas entidades, si bien aparecería hasta cierto punto enojosa por la ventaja que se otorga, ciertamente ha respondido a un reclamo social que rechazaba la liquidación de algunos clubes extremadamente endeudados pero correlativamente muy populares, tal el caso de Racing Club, un prestigioso equipo del fútbol argentino que cayó en cesación de pagos pero que no pudo ser liquidado por la estoica resistencia de sus hinchas"[8].

Por ello consideramos positiva la instauración por la ley 25.284 de un proceso concursal especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas. Con ello se coloca de manifiesto una de las tendencias actuales del derecho concursal que ponen en crisis el principio de unidad de soluciones y la idea de que debe existir un único proceso concursal para todo sujeto insolvente. En tal sentido, Héctor Chomer refiriéndose a la crisis de la idea de un proceso único expresa que "uno de los paradigmas del derecho concursal fue la "unidad" del proceso, esto entendido como la posibilidad de que cualquier sujeto pudiera acceder al concurso preventivo"[9]. Pero agrega que "lo que sucedió fue que el proceso instituido para todos, sólo sirvió para algunos"[10].

La unidad concursal, entendida como un único proceso concursal para todo tipo de sujeto insolvente fue una de las grandes conquistas del derecho concursal del siglo XX[11]. Sin embargo, en la actualidad, de cara a un derecho concursal del siglo XXI la afirmación de un único proceso concursal para todo sujeto insolvente está en franca retirada. Ya no se afirma que lo más eficaz para resolver la insolvencia sea un único tipo de proceso concursal aplicable a todo sujeto insolvente. Por el contrario, la tendencia universal es legislador procesos concursales especiales atendiendo a las particularidades del sujeto insolvente. Es decir, las características de la insolvencia del sujeto concursal imponen mecanismos concursales especiales. En otros términos, la tendencia actual es gestar "trajes a medida"

[8] CHOMER, Héctor y SÍCOLI, Jorge, *Concursos y quiebras*, en "Legislación usual comentada: Derecho Comercial", Directores Héctor Osvaldo Chomer y Jorge Silvio Sícoli, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, E-Book.
[9] CHOMER, Héctor Osvaldo, *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D-1299.
[10] Id., pág.1299.
[11] Esta posición remota sus orígenes al derecho estatutario italiano, dónde la mayoría de ellos reglaban la quiebra sin distinguir la actividad desplegada por los deudores.

atendiendo al presupuesto subjetivo[12].

III. La necesidad de reformar la ley 25.284.

Sin perjuicio de que consideramos positivo el establecimiento de un proceso concursal para atender a la insolvencia de las entidades deportivas y con ello sostenemos que fue un importante avance la sanción de la ley 25.284 entendemos que resulta necesario introducir diversas modificaciones para hacer más eficaz el proceso concursal especial en la reestructuración del pasivo de los clubes y a su vez en la protección de los acreedores.

Debe recogerse la experiencia jurisprudencial en estos 18 años de vigencia de la ley 25.284 e introducirse modificaciones. A continuación haremos referencia a algunas de las reformas que –a nuestro criterio- deberían incorporarse en la ley 25.284.

(i) *Solución diferenciada para los clubes de menor envergadura*: El mecanismo concursal previsto en la ley 25.284 puede funcionar relativamente bien en los casos de clubes que practican un deporte procesional. Sin embargo, parece que es un proceso demasiado "grande" y "complejo" para entidades deportivas amateurs o los denominados clubes de barrios. Sin dudas que por la actividad social, cultural y deportiva que estas pequeñas entidades llevan a cabo merecen también ante la insolvencia una tutela especial la que no se obtiene con la ley 25.284. El proceso que instituye esta ley es muy costoso para estas entidades de menor envergadura económica que ni siquiera podrían cubrir los honorarios de los miembros del órga-

[12] La necesidad de legislar procesos concursales especiales ateniendo al sujeto concursal se observa en diversos ámbitos del derecho concursal. Al respecto, cabe mencionar el caso de los consumidores sobreendeudados donde en algunos países se instituye un proceso concursal especial. Véase en tal sentido la Ordenanza de Insolvencia de Alemania, del 5 de octubre de 1994 que entró a regir el 1º de enero de 1999, que contiene un régimen especial en el Título IX que se denomina "Procedimiento de Insolvencia del Consumidor y pequeños procedimientos equiparables" (arts. 304 a 314). Asimismo, Austria, siguiendo al modelo alemán, trata de un concurso privado reglado en la Konkursordung de 1993. En Estados Unidos en el año 2005 se modificó el Código de Bancarrotas de 1978 instituyendo un proceso especial para estos sujetos en el capítulo 13. En Francia la regulación especial aparece contenida en el Código de Consumo en una escueta regulación de tres arts. (330 a 333). A nivel de Latinoamérica cabe mencionar el caso de Colombia que en el 2012 incorporó al Código General del Proceso a través de la ley 1564 un régimen especial para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.

no fiduciario. Frente a ello se impone la necesidad de diferenciar las soluciones concursales y gestar para estas entidades un mecanismo más simple y menos oneroso.

(ii) *Permitir a los clubes que puedan presentarse directamente en el proceso de salvataje*: En relación a la legitimación la ley 25.284 estatuye dos formas a través de la cual puede accederse al mismo. Al respecto, el proceso de salvataje de entidades deportivas puede ser abierto de oficio en caso que la entidad deportiva sea declarada en quiebra (art. 1 y 5) o a solicitud del club insolvente en el supuesto que se encuentre tramitando un concurso preventivo (art. 6).

En un futuro debe reformarse la ley 25.284 y permitirse que la entidad deportiva pueda presentarse directamente en el proceso de salvataje, sin que sea necesario la previa declaración de quiebra o solicitud de concurso preventivo. En este sentido, compartimos la opinión de la doctrina que sostiene que la posición negativa llevaría a la paradoja que para acceder al régimen de la ley 25.284 debería primero lograr la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo, para que, el juez en el primer supuesto intervenga de oficio y en el segundo para que se convierta este último en aquél[13].
c) *Debe establecerse un plazo para que el club que está en concurso preventivo opte por convertir ese proceso en el de salvataje de entidades deportivas*: El art. 6 de la ley 25.284 dispone que el club que se encuentra en concurso preventivo por intermedio de la comisión directiva puede solicitar continuar el proceso bajo el régimen del salvataje de entidades deportivas. Posteriormente, en el término de 60 días debe obtenerse la ratificación de la asamblea. Sin embargo, no se establece plazo para el ejercicio de la opción lo cual puede ser perjudicial para los acreedores atento a que el club podrá optar por esa conversión en una etapa procesal muy avanza del concurso preventivo.

Pensamos que para evitar cualquier maniobra en perjuicio de los acreedores deberá establecerse que una vez homologado el acuerdo preventivo y en etapa de cumplimiento ya no podrá optarse por dicha conversión.

d) *Prevalecen las normas concursales por sobre las deportivas*: Es habitual que en el marco del proceso concursal de la entidad deportiva se suscite un conflicto entre las normas de derecho concursal que rigen el proceso –normas estatales- y las normas del derecho

[13] GARAGUSO, H. y GARAGUSO, G., op. cit., p. 171.

deportivo que tratan de mantener el principio de paridad de los competidores –normas que rigen la competición dictadas por las federaciones deportivas-. El tema se ha presentado en la jurisprudencia, especialmente en los procesos concursales de clubes en España dando soluciones dispares y que provocaron el dictado de la denominada Disposición Adicional Segunda Bis –a través de la Reforma Concursal del D.L. 38/2011- que incorrectamente da prioridad a la normativa deportiva[14]. También se exhibió a través de la jurisprudencia del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) donde correctamente se sostuvo que no podía continuarse administrativamente la sanción contra un club sometido a proceso concursal[15].

Ante esta disparidad de criterios y a fin de mantener la seguridad jurídica y evitar perjuicios tanto al deudor en salvataje como a los acreedores debe establecerse que no pueden imponerse sanciones administrativas a los clubes en salvataje por deudas de causa o título anterior a dicho proceso.

Bibliografía

ARGERI, Saúl A., *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

BARBIERI, Pablo C, *El fuero de atracción y su alcance en el fideicomiso de entidades deportivas. La Corte Suprema y el fallo "Andreuchi*, Infojus, DACF 130412.

BARBIERI, Pablo C., *Algunos apuntes sobre las medidas cautelares en los procesos concursales*, en Infojus, DACF 140487, 22/07/2014, www.infojus.gov.ar.

BARBIERI, Pablo C., *Una nueva aplicación del fideicomiso de entidades deportivas en concurso preventivo. El "caso Colón*, en Infojus, DACF140616, 4/09/2014, www.infojus.gov.ar.

[14] Véase: GERBAUDO, Germán E., *La insolvencia de los clubes de fútbol. Noticias sobre la reforma concursal de España*, en Microjuris MJ-DOC-5685-AR, 17/02/2012; GERBAUDO, Germán E., *La colisión entre las normas de las federaciones deportivas y de la ley concursal. Reflexiones a partir del fallo "RCD Mallorca SAD"*, en Zeus, boletín 11.912, 16/07/2012.

[15] GERBAUDO, Germán E., *La aplicación de sanciones deportivas a los clubes en situación concursal*, en "Revista de Derecho del Deporte", Buenos Aires, IJ Editores, Cátedra de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho, Universidad Austral, diciembre 2015, Nº 11, cita IJ-XCIV-75.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Capítulo I Panorama del Derecho del Deporte*, en "Derecho del Deporte", Director Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 2014, p. 9.

CHOMER, Héctor y SÍCOLI, Jorge, *Concursos y quiebras*, en "Legislación usual comentada: Derecho Comercial", Directores Héctor Osvaldo Chomer y Jorge Silvio Sícoli, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, E-Book.

CHOMER, Héctor Osvaldo, *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D-1299.

GAMES, Luis M. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso "a palos"*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

GARAGUSO, Horacio P. y GARAGUSO, Guillermo H. F., *La ley 25.284. Un nuevo proceso concursal*, en "Fundamentos de Derecho Concursal", Horacio Pablo Garaguso, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 171.

GEBHARDT, Marcelo, *Ley de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008.

GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

GERBAUDO, Germán E., *Problemática actual en torno a algunas verificaciones de créditos en los procesos concursales de clubes de fútbol profesional*, en Microjuris, MJ-DOC-6135-AR.

GERBAUDO, Germán, *El fuero de atracción en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 13, ley 25.284). Importantes consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, J.A. 2013-II, p. 29.

GERBAUDO, Germán E., *Salvataje de entidades deportivas (ley 25.284). La convivencia entre el órgano fiduciario y los órganos estatutarios de la entidad deportiva*, en J.A.2014-II, p. 49.

GERBAUDO, Germán E., *La insolvencia de las entidades deportivas. La continuación del trámite concursal bajo el régimen de la ley 25.284*, en J.A. 2014-IV, p. 27.

GERBAUDO, Germán E., *El pronto pago en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 17 de la ley 25.284)*, en "Revista de Derecho del Deporte", Buenos Aires, IJ Editores, Cátedra de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho, Universidad Austral, diciembre 2014, Nº 9, cita IJ-LXXV-139.

GERBAUDO, Germán E., *¿Cómo gestionar una entidad deportiva que*

practica fútbol? El "Modelo Eibar" vs. el "Modelo cabeza de pelota, en Web de la Asociación Rosarina de Entidades Deportivas Amateurs, Areda, 19/06/2014, www.areda.org.ar.

GERBAUDO, Germán E., *Proceso concursal de salvataje de entidades deportivas. Sus presupuestos*, en DPI Derecho para Innovar, Suplemento de Derecho del Deporte, Nº 5, 11/12/2017.

GERBAUDO, Germán E., *La responsabilidad personal de los miembros del órgano fiduciario en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas (art. 12 de la ley 25.284)*, en DPI Derecho para Innovar, Suplemento de Derecho del Deporte, Nº 6, 15/02/2018.

GERBAUDO, Germán E., *La autorización judicial de los actos de disposición realizados por el órgano fiduciario en el proceso concursal de salvataje de entidades deportivas*, en J.A. 2018-II, p. 21.

GERBAUDO, Germán E., *La insolvencia de los clubes de fútbol. Noticias sobre la reforma concursal de España*, en Microjuris MJ-DOC-5685-AR, 17/02/2012.

GERBAUDO, Germán E., *La colisión entre las normas de las federaciones deportivas y de la ley concursal. Reflexiones a partir del fallo "RCD Mallorca SAD"*, en Zeus, boletín 11.912, 16/07/2012.

GERBAUDO, Germán E., *La aplicación de sanciones deportivas a los clubes en situación concursal*, en "Revista de Derecho del Deporte", Buenos Aires, IJ Editores, Cátedra de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho, Universidad Austral, diciembre 2015, Nº 11, cita IJ-XCIV-75.

LORENTE, Javier y TRUFFAT, Daniel, *Cada loco con su tema (¿Y cada especie particular de patrimonio en crisis con un proceso concursal propio?)*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, LexisNexis, 2005-B, p. 171.

REGGIARDO, Roberto S., *Fuero de atracción en el proceso concursal de entidades deportivas*, en L.L. 23/11/2017, p. 5.

El presupuesto subjetivo: con especial referencia a la situación del consorcio de propietarios

Francisco Junyent Bas

Ponencia

A partir del reconocimiento de la personalidad del consorcio de propietarios por parte del Codigo Civil y Comercial la doctrina debate si este carácter de persona jurídica lo habilita como Sujeto Concursable.

Desde un sector de la doctrina, que el reconocimiento de la personalidad del consorcio en el CCCN no implica necesariamente su concursabilidad, sino que hay que ver la finalidad del instituto. Así, autores como Favier Dubois y Médici y Raspall , entre otros, entienden que el consorcio de propietarios no es un sujeto concursable. Sostienen que aún con la reforma del CCCN la quiebra y el concurso son improponibles, por ser el consorcio una persona jurídica de existencia necesaria. En este sentido los últimos autores afirman que "por razones ligadas a su composición patrimonial, finalidad, estructura ontológica,...[el] Consorcio de copropietarios regulado en los arts. 2044 y concordantes del CCCN, no puede ser un sujeto concursable".

En relación a la situación de insolvencia del consorcio, se ha afirmado "el patrimonio del consorcio de copropietarios nunca podría ser insuficiente para responder por las deudas que lo gravan toda vez que existe una obligación connatural de los copropietarios a aportar los fondos para el mantenimiento del edificio y el funcionamiento de la propiedad horizontal."

Según este razonamiento, "la impotencia patrimonial del consorcio para hacer frente a sus obligaciones, dispara la responsabilidad patrimonial de los copropietarios, quienes deben afrontar todo lo que el consorcio no puede cancelar (excusión previa de bienes del consorcio)" . Desde esta perspectiva, el consorcio no podría estar en cesación de pagos y no correspondería admitir ni el concurso ni la quiebra.

Desde otra posición, se afirma que el art. 143 del CCCN descarta toda posibilidad de comprometer el patrimonio individual de los consorcistas ante la insolvencia del ente , ya que esta norma establece de manera expresa que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta. Por lo tanto, ante el estado de impotencia patrimonial generalizada del consorcio de propietarios y al no quedar el mismo excluido del art. 2 de la LCQ, corresponde la aplicación de la ley concursal.

Los autores que adhieren a esta postura, si bien reconocen que la aplicación de la LCQ plantea numerosos interrogantes, sostienen que no existe impedimento para que el consorcio de propietarios solicite la apertura de concurso preventivo o que acuda al acuerdo preventivo extrajudicial (APE), "nada impide que los órganos propios de la persona jurídica dispongan la presentación en concurso preventivo, acordando con los acreedores del consorcio un plan de pagos que solvente las obligaciones adeudadas en tanto los recursos de aquél". Incluso se ha esbozado la idea de que podría existir responsabilidad del consorcio o sus administradores si no se acude a la solución preventiva oportunamente.

I. El presupuesto subjetivo: con especial referencia a la situación del consorcio de propietarios

1.1. Una primera aproximación

La ley 24.522 prevé los presupuestos de apertura de los procesos concursales. Desde la faz objetiva, requiere cesación de pagos (arts. 1, 78 y 79, LCQ) y desde la faz subjetiva, determina qué sujetos son pasibles de transitar por dichos procesos.

Los sujetos concursales se encuentran contenidos en el art. 2 de la LCQ, precepto que debe integrarse con las normas concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, la norma concursal prevé que pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia

ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.
Asimismo, establece que se consideran comprendidos el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores y los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.
Por su parte, el dispositivo legal estipula que no son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nº 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.

1.2. Las personas humanas

Si bien la ley se refiere a "personas de existencia visible", a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ya no corresponde referir a de personas de existencia física o visible, sino a *personas humanas,* denominación que cabe utilizar de acuerdo al Libro Primero, Titulo I de dicho cuerpo legal.
Las personas humanas pasibles de presentarse en concurso, podrán ser personas que realizan una actividad económica organizada o que sean titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios (art. 320 CCCN), y también aquellas que no realizan ningún tipo de actividad económica.
En efecto, en la actualidad el llamado "*sobreendeudamiento del consumidor*" conduce a que cada vez más personas humanas que no se dedican a realizar actividad económica organizada –sino que trabajan en relación de dependencia, que son jubilados o pensionados, o incluso desempleados– recurran a los procedimientos concursales, pues no existen otras herramientas legales específicas que les permitan recomponer sus pasivos y reinsertarse en el mercado del crédito y del consumo.

1.3. Las personas jurídicas privadas

También constituyen sujetos concursales las personas jurídicas privadas. La personas jurídicas se encuentran definidas en el CCCN como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). Las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas.
Las personas privadas se encuentran enumeradas en el art. 148 del Código Civil y Comercial, que incluye los siguientes entes: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consor-

cio de propiedad horizontal; h) las comunidades indígenas; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.
Al respecto, corresponde señalar que las sociedades son las personas jurídicas privadas reguladas por la Ley General de Sociedades Nº 19.550, y son sujetos concursales incluso si se encuentran en estado de liquidación –pues conservan la personalidad jurídica al efecto– y las sociedades simples o residuales de la sección IV de dicha ley.

Con la sanción del CCCN también se incorporan como personas jurídicas privadas a las comunidades indígenas, siendo requisito ineludible para su reconocimiento la inscripción como tal. A partir de ello, surgen como titulares de la propiedad comunitaria indígena, que se constituye sobre un inmueble rural destinado a la preservación de su hábitat e identidad cultural.

1.4. El patrimonio del fallecido

El art. 2 de la LCQ introduce la posibilidad de que el patrimonio del fallecido pueda concursarse mientras se mantenga separado del que pertenece a sus sucesores.
Cualquiera de los herederos puede solicitar la formación del concurso, pero dicho pedido debe ser ratificado por los demás en el plazo de 30 días, bajo apercibimiento de tenerlos por desistido del trámite.
En consonancia, el art. 2360 del Código Civil y Comercial establece que *"En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho y de acuerdo a la misma normativa, compele a los acreedores*".
Esta norma debe interpretarse a la luz del plexo concursal y por ende, decimos por un lado, los copropietarios de la masa indivisa pueden pedir concurso preventivo, APE o quiebra; mientras que los acreedores sólo pueden solicitar la quiebra, de conformidad a lo previsto en el art. 80 LCQ, estándoles vedado la posibilidad de que puedan solicitar concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial del causante, pues este proceso sólo está reservado a los copropietarios de la masa indivisa

1.5. El consorcio de propietarios

La reforma introducida por la Ley 26.994 puso fin a la histórica dis-

cusión doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica del consorcio. Los arts. 148 y 2044 del CCCN expresamente le acuerdan el carácter de persona jurídica.

Sin embargo, nada se ha establecido acerca de su concursabilidad y, aunque se reconoce que muchas de las modificaciones del CCCN repercuten en la materia concursal[1], la LCQ no ha sido objeto de reforma y en consecuencia, el debate en relación a la inclusión o no del consorcio entre los sujetos concursales establecidos en el art.2 de la ley, está aún vigente.

Previo a analizar las diferentes posturas doctrinarias, se hace necesario precisar que el art. 163 inc. e) del CCCN, establece como causal de disolución de las personas jurídicas la declaración de quiebra y agrega que la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto.
Por su parte, el art. 2044 del CCCN, en su último párrafo, dispone que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios o por resolución judicial.

II. Posiciones doctrinarias

En líneas generales, los argumentos esbozados antes de la reforma, tanto a favor como en contra de la *posibilidad de concursamiento* del consorcio de propietarios, actualmente se mantienen. Se ha sostenido, desde un sector de la doctrina, que el reconocimiento de la personalidad del consorcio en el CCCN no implica necesariamente su concursabilidad, sino que hay que ver la finalidad del instituto. Así, autores como Favier Dubois[2]y Médici y Raspall[3], entre otros, entienden que el consorcio de propietarios no es un sujeto concursable. Sostienen que aún con la reforma del CCCN la quiebra

[1] Di Lella, Nicolás J., "Código Civil y Comercial unificado: impacto en materia concursal", DJ05/11/2014, 1, Cita online: AR/DOC/3573/2014.
[2] Favier Dubois, Eduardo M., Spagnolo, Lucia, "Verdaderos y Falsos sujetos concursables en el nuevo código civil y comercial"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 376.
[3] Medici, Rubén, Raspalll, Miguel A., "El concurso del consorcio de copropietarios; una imposibilidad ontológica"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p.390.

y el concurso son improponibles, por ser el consorcio una persona jurídica de existencia necesaria. En este sentido los últimos autores afirman que "*por razones ligadas a su composición patrimonial, finalidad, estructura ontológica,...[el] Consorcio de copropietarios regulado en los arts. 2044 y concordantes del CCCN, no puede ser un sujeto concursable*"[4].
En relación a la situación de insolvencia del consorcio, se ha afirmado "el patrimonio del consorcio de copropietarios nunca podría ser insuficiente para responder por las deudas que lo gravan toda vez que existe una obligación connatural de los copropietarios a aportar los fondos para el mantenimiento del edificio y el funcionamiento de la propiedad horizontal."[5]

Según este razonamiento, "la impotencia patrimonial del consorcio para hacer frente a sus obligaciones, dispara la responsabilidad patrimonial de los copropietarios, quienes deben afrontar todo lo que el consorcio no puede cancelar (excusión previa de bienes del consorcio)"[6]. Desde esta perspectiva, el consorcio no podría estar en cesación de pagos y no correspondería admitir ni el concurso ni la quiebra.
Otros autores, si bien reconocen que puede ser útil o conveniente acudir al concurso preventivo, al implicar este procedimiento una quiebra condicional, niegan consecuentemente la posibilidad de apertura del concurso.

A los argumentos expresados se suma la idea según la cual, dada la redacción del art. 2044 CCCN, no está prevista la disolución del consorcio de propietarios por declaración de quiebra y en consecuencia no resultaría aplicable el art. 163 inc. e) CCCN.
Desde otra posición, se afirma que el art. 143 del CCCN descarta toda posibilidad de comprometer el patrimonio individual de los consorcistas ante la insolvencia del ente[7], ya que esta norma establece de manera expresa que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta. Por lo tanto, ante el estado de impotencia patrimonial generalizada del consorcio de propietarios y al no quedar el mismo excluido del art. 2 de la LCQ, corresponde la aplicación de la ley concursal.
Los autores que adhieren a esta postura, si bien reconocen que la

[4] Íbidem.
[5] *Ídem, p.* 393
[6] *Ídem, p.* 394
[7] Tropeano, Darío, "¿Existen nuevos sujetos concursables en el Código Unificado?"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 388.

aplicación de la LCQ plantea numerosos interrogantes, sostienen que no existe impedimento para que el consorcio de propietarios solicite la apertura de concurso preventivo o que acuda al acuerdo preventivo extrajudicial (APE), "*nada impide que los órganos propios de la persona jurídica dispongan la presentación en concurso preventivo, acordando con los acreedores del consorcio un plan de pagos que solvente las obligaciones adeudadas en tanto los recursos de aquél*".[8] Incluso se ha esbozado la idea de que podría existir responsabilidad del consorcio o sus administradores si no se acude a la solución preventiva oportunamente[9].

En cuanto a la declaración de quiebra, algunos autores[10]interpretan que la resolución judicial a la que hace referencia el art. 2044, puede ser la declaración de quiebra que, conforme el art.163 inc. e), es causal de disolución de la personalidad y, por lo tanto, ante esta decisión judicial se disuelve el ente, se desafecta el inmueble y se aplica la normativa concursal.

Otros autores[11], en cambio, entienden que al no prever el art. 2044 la causal de extinción de la personalidad del consorcio por quiebra, la declaración de quiebra no implica la disolución de la personalidad jurídica.

Por su parte, Vítolo[12] distingue la disolución de la extinción y afirma que ante el acaecimiento de causal de disolución por declaración de quiebra, se coloca al ente consorcio en estado de liquidación que conserva su personalidad jurídica hasta la extinción de esta por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal.

---

[8] Íbidem.

[9] Sala, Juan P.A., "Concursalidad del Consorcio de copropietarios en función de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación"*;* en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 438.

[10] Roisberg, Claudia, Cattelán, Paula, "El consorcio de propietarios: ¿un nuevo sujeto concursable?"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015; p. 413.

[11] Ton, Walter R., "El concurso de los consorcios de propiedad horizontal"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 412.

[12] Vítolo, Daniel R., "El consorcio de propiedad horizontal como nuevo sujeto concursal. El desafío interpretativo"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 431.

III. La posible "concursabilidad"

Por el contrario, si se admite que el consorcio de propietarios es una persona jurídica, y que puede estar en cesación de pagos, se debe determinar si se trata o no de un sujeto concursable.

III. 1 Solución afirmativa

Si se adhiere a las posiciones que sostienen que el consorcio de propietarios es un sujeto concursable en los términos del art. 2 de la LCQ, corresponde analizar algunas de las consecuencias prácticas que acarrearía la aplicación de la normativa concursal.

Conforme a las disposiciones de la LCQ, la *presentación en concurso* brinda algunas importantes ventajas para el deudor: i)marca una división de los acreedores entre "anteriores" y "posteriores"; ii) se puede pedir el levantamiento de los embargos de los fondos del consorcio, lo que permite hacer frente en forma regular a las deudas generadas con posterioridad, permitiéndose, en consecuencia, el normal funcionamiento de las unidades funcionales y la reorganización de la administración a los fines de hacer frente a las deudas anteriores; iii) otorga una ventana temporal para negociar con los acreedores; iv) posibilita obtener una reestructuración de la deuda. Desde el punto de vista de la responsabilidad del administrador, recurrir tempestivamente al concurso preventivo puede ser un parámetro de su diligencia.

Por otro lado, la *declaración de la quiebra* implica necesariamente, para la mayoría de los autores, las siguientes consecuencias: i) la disolución de la personalidad jurídica y, por lo tanto habría desafectación del régimen de propiedad horizontal; ii)correspondería la liquidación del patrimonio del consorcio de propietarios; iii) se abriría la posibilidad de ejercer las acciones de responsabilidad que derivan de la ley concursal, lo que permitiría recomponer el patrimonio falencial a los fines de satisfacer a los acreedores; iv) el órgano sindical podría ejercer acciones contra los consorcistas para que cancelen sus deudas con el consorcio y en su caso, proceder a la ejecución.

Ante dicho escenario, se plantean inconvenientes en el orden práctico. Así, en relación a la ratificación que establece el art. 6 de la LCQ, según el cual debe presentarse la constancia de la resolución de continuar con el trámite adoptada por el órgano de gobierno –asamblea de consorcistas–, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios, cabe indagar:¿cómo se armoniza dicha previsión legal con lo dispuesto en el art. 2044 del CCCN? Debe recordarse que el

concurso preventivo es una quiebra "en potencia". Si se entiende que la quiebra equivale a disolución de la personalidad jurídica, y la consecuente desafectación del régimen de la propiedad horizontal, y que para que los socios decidan la desafectación se requiere unanimidad, ¿se exigirá unanimidad o mayoría? En el caso de exigirse la unanimidad ¿es posible en la práctica conseguir el acuerdo unánime de todos los consorcistas?
Por otro lado, el consorcio es una persona "necesaria", por lo que ante su disolución nacería otro sujeto de derecho idéntico, integrado por las mismas personas y con iguales características, domicilio y objeto que el anterior. Pero se le podría dar una denominación diferente y un "nuevo" patrimonio dinámico. Ante dicho escenario, ¿sería en los hechos una nueva persona jurídica, o sólo un ingenio legal para justificar la aplicación acabada de la legislación falimentaria?

III. 2. Solución negativa

Si se sostiene la postura según la cual el consorcio de propietarios no es un sujeto concursable, ante su insolvencia patrimonial, no podría acudir a un concurso preventivo, privándoselo de las claras ventajas que brinda este procedimiento.
Por otro lado, los acreedores sólo podrían ejercer sus derechos a través de las acciones individuales correspondientes. Pero ello, consecuentemente alteraría el principio de igualdad que busca ampararse en el proceso universal.

IV. Conclusión

Cabe aclarar que, como se explicó, el principal argumento de la posición que niega la concursabilidad del consorcio de propietarios, consiste en la afirmación de que se trata de un ente de existencia necesaria. Por este motivo no se admite la posibilidad de quiebra y tampoco del concurso, que constituye una quiebra en potencia.
Sin embargo, algunos autores, asumen una posición intermedia y han propuesto alternativas para superar los inconvenientes planteados, y aprovechar las ventajas de la solución preventiva.

Así, se ha propuesto una aplicación "especial" del ordenamiento falencial, atendiendo a las particulares características que definen al consorcio como persona jurídica necesaria: la aplicación del régimen del concurso preventivo y, en su caso, una liquidación sin quiebra o quiebra sin disolución de la personalidad jurídica[13]. Es-

[13] Ton, Walter R., "El concurso de los consorcios de propiedad horizontal", (cit), p. 412.

tas posibilidades no están previstas en la ley concursal, aunque se reconocen sus ventajas prácticas, ya que posibilitarían, entre otras prerrogativas, la intervención del síndico y del juez concursal a los fines de la recomposición del activo y determinación del pasivo.

La actual ponderación de la crisis empresaria

Francisco Junyent Bas

La doctrina especializada comenzó a debatir la necesidad de reelaborar el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, para actualizarlo a los tiempos que corren.

En este sentido, el derecho concursal reconoció que las fórmulas de prevención de la crisis de la insolvencia permiten actuar antes de la instalación de la cesación de pagos y, consecuentemente, hacer realidad la conservación de la empresa.

En una palabra, este debate se instaló a raíz de la preocupación por hacer efectivos los procedimientos de reorganización empresarial en tiempo oportuno y acudir a ellos antes de la instalación de la insolvencia.

En consecuencia, el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadíos anteriores del estado de cesación de pagos, etapa que la doctrina patria denominó "estado de dificultades económicas o financieras de carácter general", art. 69 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras, o "situación de crisis empresaria".

Por su parte, en el derecho comparado, mientras algunos países conservan el término "cesación de pagos", otros –como el derecho germánico– introducen la noción de "imposibilidad de pago", y en algunos casos se utiliza el giro "insolvencia", "amenaza de insolvencia" o "sobreendeudamiento", como alternativas demostrativas de un deterioro financiero que requiriere de medidas de prevención y reorganización.

En esta línea, cabe puntualizar que también se utiliza el término "crisis empresaria", como una fórmula abarcativa de diversas situaciones financieras o económicas, que permita habilitar a los deudores a abrir un proceso concursal a los fines de sanear o reorganizar la empresa.

La cuestión –se advierte– es de la mayor importancia y encierra una concepción diversa del derecho concursal, en la que el estado de cesación de pagos no es necesario presupuesto de la actuación de la ley, sino que basta la existencia de una situación financiera difícil, aunque no comprometida definitivamente.

I. Un nuevo eje del derecho concursal: la empresa

Los clásicos principios de universalidad, colectividad o pluralidad siguen vigentes, si bien modalizados en orden a la tutela de la actividad productiva de la empresa.

En esta línea, se ha subrayado la existencia de un interés social, como lo ha calificado Angel Rojo[1], que está dado por las relaciones laborales que genera la actividad empresaria, de por sí creadora de puestos de trabajo.

De allí, que se sostuviera con énfasis que las crisis empresarias repercuten primaria y fundamentalmente sobre los trabajadores, constituyendo por ello un imperativo tender a la preservación de la estabilidad del empleo y, por ende, a la conservación de la actividad conservadora.

Desde esta perspectiva, durante años se advirtió el desacople entre la norma y la realidad pues, la legislación concursal no podía conjugar los intereses de los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor, sin advertir que ello significaba también la desaparición de la actividad.

En esta línea, Dasso[2] afirma que la télesis, el objetivo del derecho concursal, ha mutado: el bien jurídico tutelado, focalizado hasta ayer, y desde dos siglos, en el interés de los acreedores, queda instalado en el derecho concursal de hoy, en el salvataje de la empresa.

Una de las características del nuevo orden surge del hecho de que los sistemas liquidativos han fracasado y, tal como reitera el autor citado, esa es la pura realidad.

De tal modo, cabe preguntarse frente al fracaso del sistema liquidati-

---

[1] Rojo, Angel, "Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales", RDCO, 1981-273.
[2] Dasso, Ariel, "El derecho concursal hoy", La Ley, 2008-E, 1313.

vo, ¿qué queda? En la perspectiva del autor citado[3], la quiebra es una excepción porque aun en la falencia, hay un último "canto del gallo", en donde el juez debe, antes de liquidar, analizar la posibilidad de la continuación de la explotación.

En síntesis, y tal como lo pone de relieve la doctrina[4], lo que desde hace tiempo se ha calificado como la falencia de la falencia, constituye una tendencia a la adecuación de los procedimientos concursales, en orden a la solución de la crisis de las empresas, evitando su liquidación y, de allí, la expansión de las soluciones preventivas.

II. El presupuesto objetivo: la crisis de la empresa

1.1. Los diversos grados de una misma realidad ontológica

En esta línea de pensamiento, la mayoría de las leyes concursales son tributarias de la elaboración doctrinaria realizada por Bonelli[5], quien es considerado el padre del concepto de cesación de pagos, como un estado del patrimonio que se revela por hechos exteriores, cuya enumeración taxativa es imposible, y que el juez valora como indicios de la impotencia patrimonial.

Con la usual agudeza que lo caracteriza, Maffía[6], con una lógica impecable, critica que se predique una impotencia de un patrimonio cuando éste reconoce como titular una persona física o jurídica, por lo que la insolvencia afecta al sujeto.

Así, el autor explica que específicamente queremos señalar que la *confesión a favor* es un oxímoron: si es confesión no puede ser a favor del *confessus,* y si es a favor queda excluida su posibilidad de considerarla como *probatio probatíssima* según calificación ganada en los procesos ordinarios. Cuando un deudor pide que se abra el concurso preventivo invocando su estado de insolvencia, esto último es enarbolado *en favor* del peticionario y de su pedido. El recordado brocardo *contra se pronuntiatio*, característica *definitoria* de la confesión, liquida el problema –que ni siquiera debió existir– de su operancia en orden a conformar el requisito de un proceso concursal.

[3] Dasso, "El derecho concursal hoy" (cit.).
[4] Cámara, Héctor, "La falencia de la falencia", RDCO, 1980-393; Beltrán, Emilio, "Hacia un derecho preconcursal", en RDCO, 1985-269.
[5] Bonelli, Gustavo, *Del falimento,* 3ª ed., Vallardi, Milán, 1939, N° 107, t. 1, p. 55.
[6] Maffía, Osvaldo, "Acuerdo preventivo y "confesión" del demandante", Doctrina Societaria y Comercial, Errepar, marzo de 2012.

Por el contrario, un autor de la talla de Heredia[7], al analizar el estado de cesación de pagos que sustenta la apertura del concurso preventivo, afirma que el reconocimiento que haga el deudor al presentarse, es suficiente en la medida que no sea vacío de contenido, sino explicado y pormenorizado, con descripción de la situación por la que se atraviesa, sus implicancias y extensión, como modo de hacer nacer en el juez la convicción necesaria para que acceda a la apertura del procedimiento.

En esta línea, el magistrado destaca también el estado de insolvencia declarado por el convocatario, no es vinculante para el juez, quien si no lo encuentra suficientemente comprobado, puede rechazar la convocatoria.

Tal como se advierte, el clásico presupuesto de la cesación de pagos que constituye el elemento material para la apertura de los concursos, ha tenido una larga historia doctrinaria y legislativa, hasta llegar a la actual noción de crisis empresaria.

1.2. En torno a una conceptualización

En la doctrina patria, los primeros seguidores de Bonelli[8] fueron Yadarola[9] y Fernández, quienes se alinearon tras esta concepción del estado de cesación de pagos, como la situación del patrimonio que no está en condiciones de enfrentar las obligaciones exigibles, con los recursos normales del giro empresario, tal como lo señala hoy el art. 78 de la Ley 24.522.

Este estado patrimonial es la condición de apertura de todo proceso concursal y no debe confundirse con el desequilibrio aritmético o déficit del activo con respecto al pasivo, sino que atiende a la disponibilidad regular de los medios de pago, en orden a la exigibilidad de las obligaciones.

El estado de cesación de pagos constituye una noción doctrinaria, cuya precisa definición escaparía a la tarea del legislador y, de allí, que en la exposición de motivos de la Ley 19.551, se definía como un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos, aun cuando su conceptualización ha requerido de una se-

[7] Heredia, Pablo, *Tratado exegético de derecho concursal,* Abaco, Bs. As., 2000, t. 1, p. 222.

[8] Bonelli, Gustavo, *Del falimento,* (cit.), p. 55.

[9] Yadarola, Mauricio, *El concepto técnico científico de la cesación de pagos,* Córdoba, 1963.

rie de consideraciones por parte de la doctrina para no confundirla con un estado contable, o con el mero incumplimiento o con hechos determinados, sino simplemente, establecer que debe existir una relación entre las obligaciones exigibles y la capacidad patrimonial de enfrentarlas en su conjunto, de suerte que la apreciación de los hechos de los cuales se deriva permita individualizar este fenómeno que queda reservado a la ponderación judicial.

En opinión de Cámara[10], el estado de cesación de pagos exige dos comprobaciones: la primera atiende a los elementos interdependientes del crédito, que tiene una empresa en particular, y en orden a su capacidad financiera y productiva; la segunda, basada sobre la estabilidad, permanencia e insanabilidad del equilibrio.

De esta conceptualización se derivaba la vieja definición que caracterizaba a la insolvencia como la imposibilidad para proveer una satisfacción regular y por medios normales a las obligaciones.

Dicho derechamente, se está frente a una situación financiera que puede o no tener impacto económico en el patrimonio de la empresa en crisis.

1.3. De la cesación de pagos a la crisis de la empresa

En la actualidad, la doctrina especializada comenzó a debatir la necesidad de reelaborar el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, para actualizarlo a los tiempos que corren.

En este sentido, el derecho concursal reconoció que las fórmulas de prevención de la crisis de la insolvencia permiten actuar antes de la instalación de la cesación de pagos y, consecuentemente, hacer realidad la conservación de la empresa.

En una palabra, este debate se instaló a raíz de la preocupación por hacer efectivos los procedimientos de reorganización empresarial en tiempo oportuno y acudir a ellos antes de la instalación de la insolvencia.

En consecuencia, el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadíos anteriores del estado de cesación de pagos, etapa que la doctrina patria denominó "estado de dificultades económicas o financieras de carácter gene-

[10] Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Bs. As., 1981, t. I, p. 241.

ral", art. 69 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras, o "situación de crisis empresaria".

Por su parte, en el derecho comparado, mientras algunos países conservan el término "cesación de pagos", otros –como el derecho germánico– introducen la noción de "imposibilidad de pago", y en algunos casos se utiliza el giro "insolvencia", "amenaza de insolvencia" o "sobreendeudamiento", como alternativas demostrativas de un deterioro financiero que requiriere de medidas de prevención y reorganización.

En esta línea, cabe puntualizar que también se utiliza el término "crisis empresaria", como una fórmula abarcativa de diversas situaciones financieras o económicas, que permita habilitar a los deudores a abrir un proceso concursal a los fines de sanear o reorganizar la empresa.

La cuestión –se advierte– es de la mayor importancia y encierra una concepción diversa del derecho concursal, en la que el estado de cesación de pagos no es necesario presupuesto de la actuación de la ley, sino que basta la existencia de una situación financiera difícil, aunque no comprometida definitivamente.

Desde esta perspectiva, resultan paradigmáticos los ejemplos de la legislación italiana y francesa.

1.4. La conceptualización de la ley italiana

La ley italiana de 1942 utilizaba el término "insolvencia" para el caso ordinario de la quiebra y del concordato preventivo, y el de "temporánea dificultad", al tratar el instituto de *amministrazione controllata*.

En igual sentido, a partir de la reforma de 2005-2006[11], si bien se reafirma la noción genérica de insolvencia, con la modificación del art. 160, se articula la admisión al concordato preventivo en tanto la empresa se encuentre en estado "de crisis".

Ahora bien, la ley italiana no define el "estado de crisis", lo que ha llevado a que una parte de la doctrina establezca una diferencia de grado entre este último concepto y la insolvencia propiamente dicha.

En esta línea, el art. 5º de la ley italiana refiere al empresario que se encuentra en "estado de insolvencia" y que se manifiesta a través

[11] Art. 5º del RD de 16/3/42, N° 267, reformulado mediante DL del 9/1/06.

de hechos exteriores que demuestren que no está en condiciones de cumplir regularmente con sus obligaciones[12], en conceptualización similar a la de nuestra legislación más allá del *nomen juris.*

Por su parte, el art. 160 de la ley citada ratifica que para que se admita el proceso del concordato preventivo es necesario que el empresario se encuentre en estado de crisis, debido al cual podrá proponer a los acreedores un plan de negocios que contenga propuestas diferentes en orden a la reestructuración de las deudas, nuevamente en formulación muy similar a nuestra categorización.

Ahora bien, profundizando en el postulado objetivo de deteriorio financiero y/o económico, la diferencia de grado entre "crisis", *situación resoluble*, e "insolvencia", *no superable,* tiene gran desarrollo en la doctrina italiana, aun cuando los autores debaten sobre las diferencias existentes entre ambos conceptos.

En esta línea, los juristas italianos Bonfatti y Panzani[13] explican que la ausencia de definición legal del estado de crisis implica que dicha situación económica no difiere ontológicamente de la insolvencia y, en esta prospectiva, la noción de crisis no sería lejana a la dificultad temporánea de cumplir que constituía el presupuesto del abrogado procedimiento de administración controlada.

En síntesis, tanto la insolvencia como la situación de crisis son nociones que conceptualmente se encuentran en una relación de grado en el proceso de deterioro financiero del emprendimiento y predican diversos niveles de dificultad económica que enfrenta el deudor, sea persona humana o jurídica.

1.5. Las enseñanzas del derecho francés

Desde otro costado, en el derecho francés, a partir de la década del 60 se reguló el procedimiento de "prevención y arreglo amistoso de las dificultades de empresas", que en su art. 611-2[14], reza que las empresas que manifiesten una dificultad susceptible de comprometer la continuidad de la explotación, pueden ser convocadas por el Tribunal de Comercio para su subsanación.

[12] Título 2 del Real Decreto 267 de 1942.

[13] Bonfatti, Sido - Panzani Luciano, *La riforma orgánica delle procedure concursuali*, Ipsoa, Italia, 2008, p. 60.

[14] Código de Comercio Francés, reforma del 26 de julio de 2005, y su decreto del 28 de diciembre del mismo año, 2005-1677.

A su vez, en una segunda etapa que llaman "conciliación", en el art. 611-4, se dispone que las personas que ejerzan algún tipo de actividad comercial, que se encuentren en dificultades económicas o financieras, se podrán acoger a un procedimiento de concertación.

En igual sentido, la denominada salvaguarda, reglada en el art. 620, constituye un procedimiento que habilita a las empresas en dificultades a plantear la reorganización y saneamiento del emprendimiento, mediante la presentación del respectivo plan de negocios.

Este último régimen fue reformulado por la actual normativa francesa, llamada "Salvaguarda de Empresas en Dificultades", incorporada al Código de Comercio, por ley 2005-858, del 26 de julio de 2005, que introdujo institutos tendientes a superar los problemas financieros de las empresas en crisis.

Desde otro costado, se mantienen vigentes los conocidos procedimientos del concurso preventivo, denominado *redressement judiciarire* o saneamiento judicial, que se trata a partir del art. 631, que requiere el estado de cesación de pagos y que, consecuentemente, tiende a la continuidad de la actividad económica y al mantenimiento del empleo, mediante la articulación de un plan de empresa que, previo dictamen de expertos en administración, el juez entienda que pueda ser homologado e impuesto a los acreedores.

Por último, en caso de frustración de todas las otras alternativas, se procede a la apertura del procedimiento de liquidación judicial, cuando el saneamiento es imposible, y no cabe otra alternativa que liquidar.

Estas realidades legislativas llevaron a Héctor Alegría[15] a sostener que los términos "cesación de pagos", "insolvencia" y "crisis", demuestran la existencia de un mismo fenómeno económico que comienza con un deterioro financiero en el capital de giro de la empresa, y que si no tiene una respuesta reorganizativa, puede conducir definitivamente a la insolvencia y consecuente liquidación.

La afirmación precedente permite explicar la preeminencia que en la actualidad tienen los procedimientos preventivos de organización o reestructuración de los pasivos para evitar procesos costosos y de difícil pronóstico en orden al éxito de las fórmulas concordatarias.

[15] Alegría, "Dialogo de economía y derecho, Convergencias culturales y sociales de la insolvencia" (cit.).

1.6. Diversas "nomenclaturas" del presupuesto objetivo

Desde otro costado, en otras legislaciones advertimos también las diferencias de "nomenclatura": hay leyes que siguen utilizando el giro "cesación de pagos", como Colombia[16], Bolivia[17], Costa Rica[18], Honduras[19] y Holanda[20].

Por otra parte, otro grupo de países utilizan el término genérico de "insolvencia", como Uruguay[21], Paraguay[22], Portugal[23], España[24], Alemania[25].

[16] Ley 1116, la que en su art. 9º expresa que el proceso de reorganización supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, distinguiendo a continuación el concepto de *cesación de pagos*, cuando existe incumplimiento de dos o más obligaciones, o existen juicios, de la definición de *incapacidad de pago inminente*, que se acredita mediante circunstancias que afectan el cumplimiento normal de las obligaciones.
[17] Código de Comercio, art. 1487, establece el presupuesto de cesación de pagos para habilitar el concurso preventivo.
[18] Código de Comercio, art. 851. La norma dispone que procederá a la declaratoria de quiebra de un comerciante o sociedad, cuando se compruebe que ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones a favor de otras personas.
[19] Código de Comercio, art. 1318. El artículo señala que puede ser declarado en estado de de quiebra el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones.
[20] Ley de quiebras del 1/1/03. La normativa citada, en el art. 1º expresa que el deudor que ha cesado en el pago de sus deudas puede ser declarado en quiebra por la orden de la Corte, a su propio pedido, o de uno o más de sus acreedores, pero en el art. 213 habilita a que el deudor que prevea que le será imposible cumplir con sus obligaciones requiera la suspensión de pago, y el consiguiente régimen de reorganización.
[21] Ley 18.387. La legislación uruguaya hace referencia al estado de insolvencia, como aquél en el cual el deudor no puede cumplir con sus obligaciones.
[22] Ley 154/69. La ley paraguaya define al estado de insolvencia, como aquel que se manifiesta por hechos exteriores que a criterio del juez demuestren la insolvencia patrimonial para cumplir regularmente las deudas a su vencimiento.
[23] Decreto ley 53/2004. La legislación portuguesa contiene en su sede dos conceptos, el que viabiliza el procedimiento de conciliación, y refiere a una situación económica difícil, mientras la insolvencia implica la imposibilidad de cumplir con las obligaciones vencidas.
[24] Ley 22/2003. La legislación española reconoce como presupuestos de apertura de los procedimientos la situación de insolvencia, pero incorpora también el concepto de inminencia de la crisis, para que el deudor pueda requerir la declaración de su concurso.
[25] Ordenanza Alemana de Insolvencia del 5/10/94. Para la legislación alemana, la insolvencia es el presupuesto de apertura de los procesos concursales, y la define como aquella situación en la que el deudor no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles, pero también admite que la amenaza de insolvencia, y el sobreendeudamiento pueden viabilizar la apertura del pro-

A su vez, la Guía de UNCITRAL, que se refiere al estado de insolvencia, como la situación del deudor que no puede atender al pago general de las deudas a su vencimiento, o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede el valor del activo; existen otras leyes que utilizan otras expresiones y, en esta línea, cabe destacar la Ley Brasileña, que se refiere al estado de "crisis del deudor" en los arts. 47 y 105, refiriendo concretamente a que la recuperación judicial tiene por objetivo la recuperación de la crisis económica financiera del deudor.

I. Conclusión

En rigor, de todas las definiciones legislativas se sigue, con meridiana claridad, que nos encontramos frente al mismo fenómeno de imposibilidad de pago de obligaciones exigibles, con recursos normales; es decir, una situación financiera que de mantenerse en el tiempo puede afectar el patrimonio de la empresa y tornar inviable cualquier alternativa de reorganización.

En una palabra, se trata de un mismo proceso de deterioro financiero y patrimonial de la empresa, que debiera ser detectado en forma temprana, para poder actuar antes de que se desate la crisis, tal como entre nosotros lo predicaron siempre autores como Cámara y Maffía.

En esta inteligencia, ya en la década del 60 la doctrina francesa había advertido la necesidad de articular sistemas de detección de la insolvencia, con la finalidad de estudiar planes de saneamiento y de reorganización que adelantaran la tutela de las unidades productivas.

De allí, el esfuerzo de la doctrina y de las nuevas legislaciones por habilitar conceptos y –consecuentemente– procedimientos que permitan adelantar los sistemas de reorganización empresaria.

---

cedimiento de recuperación judicial.

Presentación concursal de deudores en los que exista confusión patrimonial. Obligatoriedad de presentación conjunta

Pablo Ernesto Mármol

I. Sumario

La ley 24.522 admite la presentación concursal del deudor: persona humana o jurídica (art. 2, LCQ) y del conjunto o grupo, cuando dos o más personas humanas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, exponiendo los hechos en que fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización (cfr. art. 65, LCQ).

Sin embargo, tal facultad no obliga a la presentación conjunta cuando exista confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación y separación de activos y/o pasivos.

La solicitud de petición de concurso en caso de existir elementos que permitan suponer *ab initio* la existencia de confusión patrimonial debe ser realizada en forma conjunta por parte de los sujetos titulares de bienes, sobre todo si esa utilización está destinada a la consecución de actividades propias del peticionante.

1) La confusión patrimonial como exigencia de presentación concursal conjunta

Si bien es cierto que el art. 65 de la ley 24.522 admite la presentación concursal de diversos sujetos cuando estos integren un grupo caracterizado por vínculos económicos, sancionando con la desestimación (art. 65 *in fine,* LCQ) cuando la presentación no incluya a todos los integrantes, la ley nada dice respecto de la obligatoriedad de efectuar una presentación conjunta del sujeto que posee un negocio (fondo de comercio, franquicia, agencia, etcétera) con otro, pero ligado o vinculado a través de la existencia de bienes que no

permitan claramente la separación de activos como, asimismo, de los pasivos o de la mayor parte de ellos (art. 161 inc 3º, LCQ).
Esta omisión legislativa no impide que el juez en el análisis de la documentación acompañada en la presentación concursal preventiva (art. 11, inc. 3º, LCQ) requiera del peticionario de la petición la debida integración con aquellos sujetos a los cuales lo vincula la existencia de bienes y deudas, a los cuales pueda alcanzar una futura extensión de quiebra, a efectos de evitar las consecuencias disvaliosas que se presentan al ser declarada la falencia por extensión, cuando no existe acuerdo preventivo o cuando no se cumplió este.
La norma del art. 161 inc. 3° de la ley 24.522 dispone que la quiebra se extiende: "A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos".

Evidentemente, el fundamento de esta causal de propagación de la falencia apunta a sancionar a quienes violaron normas del ordenamiento legal, dirigidas a mantener la diferenciación de patrimonios, lo que muchas veces no es posible conseguir cuando la falencia se ha instalado y la utilización ambigua de esos bienes podría conducir a una extensión de quiebra, en la que los bienes tan preciados para satisfacer el interés general no existan ya, o hayan desaparecido eludiendo, de esta forma, satisfacer a los acreedores.

La promiscuidad en el manejo de los negocios sociales, porque lo relevante en estos casos es la confusión de los patrimonios como presupuesto de la extensión; tiene que comprender activos y pasivos o su mayor parte, desde que lo que determina la extensión es la gestión común de los patrimonios[1], lo cual justifica la necesariedad de que la presentación concursal abarque a los sujetos ligados por coexistir unicidad en la titularidad de los bienes y deudas que los vinculen.

La existencia de una unidad patrimonial bajo la diversidad formal

1 Cámara Nacional Comercial *in re* "Converques SRL s/quiebra s/inc. de extensión", 12/9/2007; *id.*, "Papelera Alcorta SRL s/quiebra s/extensión de quiebra [por Kapris S.A.]", 28/09/2010; *id.*, "Heredia, Elsa Gladi c. Transportes Almirante Brown SA", 20/12/2016; también la CNCom., Sala A, "Reverdito y Cía. SA e Industrias Alimenticias San Cayetano SRL s/pedido de extensión de quiebra", 09/02/1995; *id.*, "Donomarca SA s/quiebra s/inc. de extensión de quiebra", 02/11/2001; *id.*, "Fernández Ferreiro, Carlos s/quiebra s/inc. de extensión", 10/02/2003; y entre otras la Sala B, "Inapro SA s/quiebra", 27/02/1995); *id.*, "Valeriano Kochen e hijos s/quiebra c. Valeriano Kochen y otra s/ordinario s/extensión de quiebra", 30/10/2001)

que imposibilita separar el patrimonio del quebrado de los patrimonios de otras personas, e impone la necesidad de manejar unitariamente el complejo patrimonial resultante de la confusión de bienes y deudas, es motivo suficiente para que la presentación concursal abarque, sin omisiones, a aquellos sujetos que resultan titulares de un patrimonio en común.

Normalmente, lo confuso con que es administrado aquel único patrimonio por sendos titulares (persona humana/s o jurídica/s) dirigidos e integrados en parte por los mismos sujetos, es notable y produce, por consecuencia, el vaciamiento de los bienes que *ex post* se persiguen a los fines de incrementar la masa a repartir.

También es evidente, por lógica consecuencia, la inescindible confusión patrimonial, entendida como "una circunstancia en la que, aún pudiendo delimitar la diferenciación entre activos y pasivos, la confusión existente no puede separarse, escindirse o cortarse, no en un sentido técnico, sino de perjuicio para la masa. Es decir, en un sentido que señale que cualquier separación de esta naturaleza puede traer una disminución de garantías, o pueda afectar el Derecho de quienes son los legitimados para reclamar el crédito"[2].

En la vida diaria de los negocios es frecuente la penetración de esferas patrimoniales, lo cual no tiene mayor relevancia en la medida que el patrimonio del deudor posee solvencia para atender las obligaciones. No bien roza la insolvencia, el tema adquiere su real dimensión.

Si a consecuencia de manejos anormales resulta difícil, cuanto no imposible, escindir la esfera patrimonial del deudor con relación a otros sujetos; el aludido Derecho de los acreedores a mantener la solvencia patrimonial del mismo, queda gravemente comprometido. Podría, así, afirmarse que el interés del ordenamiento jurídico por la confusión patrimonial se evidencia cuando se instala la cesación de pagos, sea por conducto de la presentación concursal preventiva o la declaración de quiebra.

Tanto el concurso preventivo como la quiebra ejercen una profunda influencia sobre la totalidad de las relaciones patrimoniales del deudor. Por una parte será necesario establecer, en forma clara, su real responsabilidad patrimonial, a los fines de configurar la masa acti-

[2] Vítolo, Daniel Roque, "Comentarios a la ley de concursos y quiebras N° 24.522", Buenos Aires, 1996, pág. 314).

va; por otra parte será necesario atender a la integración extraordinaria de la responsabilidad (acciones revocatorias, de responsabilidad etc.). Ello implica un sinceramiento en tales relaciones, el que debe efectuarse *ex ante*, o sea, cuando se instaló la cesación de pagos y no al declararse la quiebra por extensión.

Y, en este sentido, interesa al acreedor que el patrimonio de su deudor ofrezca una imagen externa que guarde relación con su realidad interna[3].

2) Control judicial de la presentación concursal

El art. 11 inc. 3º de la ley 24.522 ordena al deudor de la presentación acompañar con su pedido de tutela concursal "un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio. Este estado de situación patrimonial deber ser acompañado de dictamen suscripto por contador público nacional".

Efectivamente, el conocimiento del patrimonio, los bienes que lo integran, el estado, gravámenes y demás datos atinentes a su composición (tanto activa como pasiva) permitirán conocer su estructura y los sujetos que, eventualmente, estén ligados o relacionados en su titularidad. Asimismo, ello servirá de base para la actitud que asumirán los acreedores respecto de la propuesta de pago.

Resulta una verdad de Perogrullo que una situación patrimonial equívoca, con ocultamientos o distorsiones del pasivo, o bien con exageraciones u ocultaciones del activo, evidencian una ausencia de seriedad que, bien ponderada, naturalmente conspira contra la aceptación de cualquier propuesta de concordato[4].

La probable existencia de garantías y/o embargos sobre bienes pertenecientes al sujeto *in bonis* cotitular de bienes pertenecientes al sujeto en cesación de pagos justificaría, sin lugar a dudas, la tramitación

[3] Bergel, Salvador Darío, "Extensión de la quiebra por confusión patrimonial (art. 165, inc. 3ro. de la ley 19.551)", La Ley 1985-B, 754, Derecho Comercial - Concursos y Quiebras, Doctrinas Esenciales, T. IV, pág. 53.

[4] Heredia, Pablo D., "Tratado exegético de Derecho Concursal", ed. Abaco, t. I, pág. 373.

de una presentación conjunta, con mayor razón si respecto de esos mismos bienes existen deudas asumidas por ambos copropietarios. Ello así, a los fines de evitar que algunos bienes, producto de ejecuciones individuales por garantías reales, puedan salir del activo eludiendo los sistemas de control que posee el régimen concursal.

A partir del momento en que no se hace posible disociar la actividad y el patrimonio del sujeto concursado (léase, asimismo, fallido), basta con comprobar la inexistencia de separación de bienes o deudas entre sociedad y/o los de la persona humana para concluir en la necesidad de integrar esa presentación con los sujetos a los que pueda alcanzar la extensión de la cesación de pagos.

En el caso de personas humanas la contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual debe archivarse en forma metódica y que permita su localización y consulta (art. 321, CCCN). Desde otro ángulo, el Código Civil y Comercial de la Nación establece la obligatoriedad de la exhibición general de registros o libros contables en los juicios de sucesión, todo tipo de comunión, contrato asociativo o sociedad, administración por cuenta ajena y en caso de liquidación, concurso o quiebra (art. 331, CCCN).

Por otro lado, en el caso de sociedades la ley 19.550 manda asentar en el activo los créditos con sociedades controlantes, controladas y vinculadas y en el pasivo, las deudas con tales entes; el art. 65 de la LGS, en lo relativo al deber de informar sobre las operaciones realizadas; el 66 de la LGS, en lo relativo a la incorporación en la memoria de las relaciones con dichas sociedades y las variaciones operadas en las respectivas participaciones[5].

Se trata de un supuesto de comprobación del estado de cesación de pagos del deudor principal, estado que por su unidad lleva a la conclusión de que todas las fracciones de ese único patrimonio que, aparentemente, pertenece a otra u otras personas, están afectadas de igual impotencia patrimonial que el patrimonio del concursado principal[6].

[5] cfr. Bergel, Salvador Darío, *op. cit.*, pág. 54.
[6] cfr. Rouillon, Adolfo A.N., "Reformas al régimen de los concursos", ed. Astrea, 1986, pág. 261.

Así como el juez posee facultades, a mérito del orden público concursal, de rechazar una presentación concursal de un grupo cuando se ha omitido la participación y/o intervención de todos los integrantes del mismo (art. 65, LCQ), de la misma forma se puede predicar cuando se presenta el caso del concurso de un sujeto existiendo confusión patrimonial.

3) Conclusiones

De *lege lata*, la presentación en concurso preventivo, en caso de comprobarse la existencia de elementos que permitan determinar la existencia *ab initio* de bienes y deudas en comunidad por confusión patrimonial deberá ser formulada conjuntamente con todos los sujetos a los cuales alcance la misma sin excepciones.

La importancia de los principios y la facultad judicial

Silvia Marcela Mascherpa

Sumario

El propósito de este trabajo es reflexionar acerca de la importancia de los principios concursales y su aplicación obligatoria por los jueces en sus sentencias. En el fallo "BASF ARGENTINA S.A. C/ VITOLA DE PUCCIARELLO, Patricia - Concurso preventivo- Recurso de Revisión- sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Acuerdo 21 de febrero Año 2007. [1] la corte dice que no es posible "olvidar" los principios concursales al sentenciar, pues ellos son de "orden público".

Introducción

Principios concursales: ¿Qué son? ¿Cúales son? ¿Qué funciones cumplen?

¿Qué son? Voy a hablar de principios haciendo referencia a los "criterios orientadores de la materia" concursal. Son una aspiración y no puede ser aplicado directamente como una norma concreta. Por tal motivo coincidimos que ellos deben encontrar formulaciones que puedan servir a una sociedad en constante transformación y facilitar la elasticidad de las leyes.

¿Cúales son? Hay numerosos y extensos trabajos sobre este punto, no voy a desarrollarlos. Destaco el principio de *igualdad de los acreedores* (Art. 16 de la C. N.), que al decir de Pajardi[2], es el único principio de justicia que justifica existencialmente el proceso falimentario.

¿Qué función cumplen? dice Lorenzetti que tienen una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico.[3] Los princi-

[1] www.saij.gob.ar Expte.C.J.S Nro. 566 2005.
[2] Pajardi, Piero, derecho Concursal, Abaco, Bs. As. 1991, pág 113
[3] Lorenzetti Ricardo Luis, Las normas fundamentales del Derecho Privado, Rubinzal Culzoni Santa Fe,1995 pág. 258.

pios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y por el operador jurídico para actuar.[4]

La facultad Judicial

Los jueces son más que meros intérpretes, son creadores de derecho, a través de sus sentencias al resolver los casos concretos. De su habilidad depende la realización de la justicia.
Dobson dice que la jurisprudencia ha adquirido un valor muy importante como fuente de derecho, quizás la más importante del derecho en este momento.[5]

La sentencia que seguidamente comento refiere expresamente a los principios concursales.

El caso: "BASF ARGENTINA S.A. C/ VITOLA DE PUCCIARELLO, Patricia - Concurso preventivo- Recurso de Revisión- sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Acuerdo 21 de febrero Año 2007.

La concursada, Patricia avaló cinco pagarés suscriptos por Gustavo P. y por Comercial Intagro S.R.L. por la suma de U$S 600.000 a favor de Basf Argentina S.A. Se discutió si el aval por sí mismo sería "suficiente causa" del crédito. En el caso no había registración contable de los pagarés.

En primera instancia, Distrito N° 8 de la ciudad de Rosario, la jueza declaró inadmisible el crédito originado en los avales de la concursada. En el mismo sentido se había expresado la sindicatura en el informe individual, aconsejó no verificar porque el acreedor no cumple con la carga procesal de acreditar de manera mínima y suficiente la causa o razón porque se libraron los pagarés. Basf interpuesto el recurso de revisión, se confirmó la resolución.

En la segunda instancia, la Sala 4ta. integrada de la Cámara de Apelaciones de Rosario revocó la sentencia con fundamento en que en éstos casos debe propiciarse una suerte de posición intermedia según la cual el verificante no debe probar la causa sino solamente demostrar que resulta lejana o imposible la posibilidad que se esté ante un "concilium fraudis" y que tal situación puede probarse por un cúmulo de indicios que forman una "presunción hominis".

Contra el fallo de alzada la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerarlo arbitrario, denegado por la Sala, la impug-

[4] Vigo, Rodolfo, Los Principios Generales del Derecho, J.A. 1986, pág 868.
[5] Dobson, Juan Malcolm, El orden público y la materia concursal, LLey Suplemento de Concursos y Quiebras 2009 pág 4.

nante accedió a la instancia extraordinaria por vía de queja. La corte abre el recurso extraordinario. Dice que lo resuelto anteriormente (por la Cámara) "solo satisface en modo aparente la exigencia de justificación suficiente impuesta por el art. 95 de la Constitución Provincial".
La corte resuelve: dejar sin efecto la sentencia de Cámara y remitir el expediente a fin de nuevo juzgamiento con arreglo a las pautas establecidas en el fallo.

Fundamento y pautas de la corte: La Cámara ***se "olvidó" que los principios en juego en materia concursal (son de orden público,*** *tienen alcance supraindividual y en particular procuran la tutela de todos los acreedores, sujetando sus pretensiones a un principio de justicia distributiva- vide Finnis John, "La ley natural y derechos naturales", Abeledo Perrot. Bs As, 2000 pág 217).* Que ante ellos se relativiza, incluso el valor que cabe reconocer a la conducta (afirmaciones y silencios) del concursado... y que la cuestión del concilium fraudis no se erige en la ratio exclusiva y excluyente de la exigencia derivada del art. 32 de la ley de Concursos que procura asegurar la "real existencia del crédito", estableciéndose claramente a los fines del onus probandi , en cabeza del acreedor, fue invertido en la Alzada exigiendo del concursado la prueba de la no-causa, arribando a un resultado contra legem.[6]

Es un caso, de verificación con títulos abstractos entre obligados directos. La particularidad es la confluencia de dos ordenamientos jurídicos-cambiario y concursal-, situación que se plantea con frecuencia en los procesos concursales y requieren de los jueces construcciones fundamentadas suficientemente. El tema jurídico se ha tratado reiteradas veces y también múltiples y distintas han sido las resoluciones.

La corte no especifica cuál o cuáles principios fueron olvidados por la Cámara en la sentencia al resolver que con la sola presentación del aval y prueba indiciaria de falta de concilium fraudis podría el acreedor ser admitido en el concurso. Esta posición estaría privilegiando al acreedor cambiario en detrimento de los demás acreedores no cambiarios que deben tener una carga probatoria mas rigurosa. ¿Cuáles serán los principios olvidados por la Cámara? ¿Será el principio de igualdad al que se está refiriendo la corte? Sin duda éste debe ser tenido cuenta, en el proceso verificatorio, por ser un principio esencial.

Los jueces de la corte en el caso que comento sientan una posición que merece ser tenida en cuenta porque sus fundamentos se basan en normas y principios que respetan todo el ordenamiento jurídico. Tanto cambiario, concursal y procesal. Apoyan su decisión en prin-

[6] www.saij.gob.ar Expte.C.J.S Nro. 566 2005.

cipios concursales. Y una de sus funciones es la de brindar "sustento estructural a la ley". Según ellos, se prueba la coherencia de las normas concretas, se descartan soluciones interesantes desde un punto de vista parcial, pero que se repelen dentro del ordenamiento visto como un conjunto armónico.

Conclusión

Se propone un sistema de principios en el cual el juez es llamado a desempeñar una función clave, un rol que no puede ser simplemente interpretativo.[7] Por el contrario, este fallo, nos muestra que los jueces tienen una tarea trascendente. Hubiera sido más prolijo explicitar qué principios omitió la Cámara. Los principios funcionan como un tester de la solución adecuada al caso concreto y por ello no deben ser olvidados por los jueces.

[7] Ferri, Antiformalismo p. 350 citado por Alegría Héctor, Algunas cuestiones de Derecho Concursal, Editorial Abaco, Bs. As. 1975.

El robo de identidad, la quiebra y el Proceso Kafkiano

Anibal Daniel Osuna

Sumario

Me pareció interesante escribir sobre este tema, porque es un proceso en el que me tocó actuar como síndico, y es algo que a cualquier persona podría pasarle, y en lo personal y profesional, sentí que la Justicia no se puso del lado de que quien fue perjudicado por un delito, y que el Juez, bien o mal, no podría afirmarlo, aferrado a tecnicismos legales, con su decisión perjudicó a una persona común, que nada tuvo que ver con el delito.

En este caso, se confirmó la declaración de quiebra de una persona que nunca estuvo en cesación de pagos, y que al momento de decidirlo, no se tuvo en cuenta esta situación y se lo "castigó" con una resolución que parecería técnica y procesalmente correcta.

El robo de identidad y la quiebra

El robo de identidad o usurpación de identidad es la apropiación de la identidad de una persona, haciéndose pasar por ella, asumiendo su identidad ante otras personas, en público o en privado, en general para acceder a ciertos recursos o la obtención de créditos y otros beneficios en nombre de esa persona.

El robo de carteras y/o pertenencias con documentos como el DNI, o tarjetas de crédito, y el robo de datos confidenciales en los teléfonos móviles o en internet (claves de acceso a los bancos u otros servicios especiales) para suplantar la identidad de otra persona son situaciones frecuentes que pueden llevar a consecuencias graves si no se sabe cómo actuar en el momento.

El problema es que muchas veces, la gente común no sabe cómo actuar en el momento en que ello le ocurre, o bien, cuando se entera de

lo acontecido es tarde, porque en su nombre se han realizado compras, pagos y gastos, que luego la verdadera persona debe afrontar. El caso más común hoy en día se da cuando un atacante, por medios informáticos o personales, obtiene su información personal y la utiliza ilegalmente.

El robo de identidad es el delito de más rápido crecimiento en el mundo. Los datos de los documentos de identidad, la tarjeta de crédito, la tarjeta de débito, los cheques y cualquier otro documento que contenga los datos personales se han vuelto muy importantes.

Nadie está a salvo de este delito ni puede tenerse la certeza que nunca le ocurrirá.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías, el robo de identidad se ha convertido en una de las modalidades delictivas que más ha crecido en los últimos años.

Pero si en nuestro país, gracias a esta actividad delictiva, a la víctima se la lleva al punto que le declaren la quiebra en virtud de los cheques que libró el delincuente, esto significa introducir a una persona común en el intrincado proceso de una quiebra, el que normalmente desconoce, pero que al comenzar andar, empieza a verificar el difícil camino que se transita en los tribunales argentinos, en los que la gente sabe cuándo comienza su "trámite" pero nunca sabe la forma en que concluye y el tiempo que va a demorar.

Para el hombre común, que nada hizo, y que fue perjudicado por un delincuente, al verse que forma parte de una quiebra, por no pagar cheques que nunca firmó resulta frustrante, y cree que el sistema judicial estará de su lado, pero todos nosotros sabemos que el resultado es incierto.

El caso Traverso

Este caso es real, aunque parezca en algunos momentos un guión cinematográfico. Se trata de un expediente judicial caratulado "TRAVERSO HORACIO DANIEL s/ QUIEBRA", en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 22, Secretaría n° 43, expediente n° 80010/1997, en el cual actué como síndico. La historia comienza cuando una persona desconocida falsifica un DNI, utilizando el nombre y número de documento de Horacio Daniel Traverso, pero con un domicilio y fotografía distintos del "verdadero Traverso".

Con ese documento de identidad, "el falso Traverso" abre una cuenta bancaria, "compra" una garantía y alquila un inmueble.

Con la apertura de la cuenta bancaria obtiene chequeras, y procede a "empapelar" con cheques la Ciudad de Buenos Aires. Desde ya, que la mayoría de esos cheques no tuvieron fondos al momento de ser depositados por sus tenedores, y fueron rechazados sin mayor trámite, iniciando algunos de los tenedores juicios ejecutivos al "verdadero Traverso", pero con el domicilio del "falso firmante".

Dos de esos cheques terminan su recorrida en manos de una persona que, al ser rechazados, inicia un pedido de quiebra a Horacio Daniel Traverso, la que es declarada en Noviembre de 1998 en el Juzgado detallado precedentemente, siendo notificado previamente al domicilio inserto en los cheques.

Designado como síndico de la quiebra, comienzo con las tareas habituales en estos casos, siendo una de las más importantes el informe sobre los bienes de titularidad del fallido, obteniendo la información del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal como respuesta a mi oficio, que el fallido era titular del 50% de un departamento en la Ciudad de Buenos Aires.

Inmediatamente inicio los trámites para la subasta de la parte indivisa de ese inmueble, enviando cédula al domicilio del departamento, atento que el fallido aún no se había presentado en el expediente y constituido domicilio, notificando la orden del Juzgado de aportar en el expediente la escritura del inmueble.

Días después de recibida la cédula en el domicilio se comunica conmigo "el verdadero Traverso", quien sintéticamente me cuenta sus peripecias, y luego me viene a ver, ampliando en detalle la explicación sobre el "infierno" que estaba viviendo.

En pocas palabras me relata, que había sido víctima del delito conocido hoy como "robo de identidad", que estaba afrontando numerosos juicios por cheques que nunca había firmado, de una cuenta bancaria que nunca había abierto, pero que el nombre y número de documento del titular de la cuenta coincidían con el suyo, pero no así el domicilio.

Como final de fiesta, le habían declarado esta quiebra, y le querían rematar el departamento en el que vivía su madre, del cual era titular junto con su hermano, luego de haber fallecido su padre, causando esto un perjuicio difícil de afrontar para una persona común, empleado de una empresa, y que no estaba acostumbrado a trajinar los pasillos de los tribunales, y menos en la calidad de demandado.

En apretada síntesis, "el verdadero Traverso" debía afrontar ante la Justicia y los posibles acreedores las deudas generadas y contraídas por "el falso Traverso", no escapando a esa responsabilidad el banco que abrió la cuenta bancaria, que por aquellos años, irresponsablemente repartían cuentas corrientes, chequeras y tarjetas de crédito con los mínimos controles.

Luego de esto, al tomar conocimiento de la existencia de la declaración de quiebra, "el verdadero Traverso" solicita la nulidad de las actuaciones, y que se suspenda la subasta del inmueble en el cual vivía su madre, hasta tanto se aclare que la persona que abrió esa cuenta bancaria y firmó esos cheques no era él, sino que era una persona con un documento apócrifo con su nombre y el número, pero que no había sido él. Aporta para ello pruebas producidas en expedientes de otros Juzgados, y solicita una prueba pericial caligráfica sobre los cheques presentados en el pedido de quiebra.

El Juzgado, con buen criterio, y para no perjudicar, al menos en ese momento, a una persona que habría sido víctima de un presunto delito, accede a suspender las actuaciones, producir la prueba solicitada por Traverso, ordenar otras pruebas informativas, y correrme traslado en mi calidad del síndico designado en autos.

En mi contestación, presto conformidad a la suspensión de las actuaciones hasta la producción de pruebas.

De más está decir que todas las pruebas producidas fueron favorables al "verdadero Traverso", siendo la más importante, en mi opinión, la pericial caligráfica, cuyo perito opina que las firmas insertas en los cheques rechazados no pertenecían al "verdadero Traverso".

También se agrega como prueba una sentencia firme en Sede Civil, en la cual, el banco responsable de la apertura de la cuenta al "falso Traverso" es condenado a indemnizar con una suma de dinero al "verdadero Traverso" por los daños que le había ocasionado.

Luego de esto, el fallido deja de actuar activamente en el expediente por motivos que él solo conoce, y retomando actuación activa en el año 2017, luego de casi diez años, cuando junto con su hermano intentan vender el departamento, luego de fallecida su madre, y no lo puede hacer porque se encuentra inhibido.

Al retomar la actuación en el expediente de la quiebra, previo a algunas diligencias obtiene del Juzgado la resolución del 27 de Setiembre de 2017, que en sus partes más importantes dice:
"*2... A fs. 166/169 se presentó el fallido (Sr. Daniel Horacio Traverso) –en presentación que data del 30 de agosto de 1999-, y solicitó la*

nulidad de todo lo actuado.
Señaló que tomó conocimiento de la existencia de este proceso en virtud de la notificación remitida a la propiedad que posee en condominio en la Avda. Medrano 1922 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habiéndose realizado las notificaciones pertinentes a un falso domicilio.
Solicitó la suspensión del proceso principal hasta tanto sea resuelta la nulidad de lo actuado.
Indicó que la ejecución que se persigue contra su persona nace como corolario de la falsificación de su Documento Nacional de Identidad (D.N.I.), por una persona de sexo masculino que se habría presentado de manera fraudulenta en el "Banco Supervielle Societe Generale", -Sucursal Tribunales-, y obtuvo la apertura de la cuenta nro.005-0121173/1 habiendo utilizado un duplicado falso de su Documento Nacional de Identidad (D.N.I.).
Afirmó haber radicado la denuncia en la Seccional 5ta. de la Policía Federal Argentina, tomando intervención el Juzgado Federal nro.12 Secretaría nro.23, y posteriormente el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 21, secretaría 165...Ofreció prueba...

3. Corrido el pertinente traslado, fue respondido por la sindicatura en la presentación de fs.171, quien solicitó la suspensión de los trámites de ejecución.
A fs. 172 se ordenó la apertura a prueba de las presentes actuaciones.
A fs.397/409 -presentación que data del 21 de octubre de 2008- el fallido aportó constancias (certificadas a fs.422/431) de la causa caratulada "Traverso Horacio Daniel c/Banco Supervielle Societe Generale S.A. s/Daños y Perjuicios" exp nro.92.205/99 en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro.75, y solicitó el levantamiento del proceso falencial.
A fs. 445 la sindicatura consideró que el fallido (Sr. Horacio Daniel Traverso) fue víctima de ilícitos por parte de personas no identificadas, que aparentemente falsificaron su documento, abrieron una cuenta bancaria, y emitieron cheques que luego fueron rechazados, dando origen a varios juicios, entre ellos esta quiebra.
Estimó así, que debe declararse la nulidad de la quiebra.

4. Ahora bien, todo lo atinente a la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del proceso no puede constituir la base de planteo de nulidad alguna, ya que ellos tienen su lugar propio en el marco del recurso de revocatoria –art. 94 y 95 de la LCQ-.
Cabe establecer en el lite, si se halló cumplido el presupuesto sustancial objetivo -o estado de cesación de pagos, conf. art. 1 de la Ley 24.522-, pues tal es el caso de autos, en que se dedujo la nulidad absoluta del proceso de quiebra con base en la falsificación de los instrumentos con que se obtuvo su declaración (véase, en tal sentido, Autos: "GOÑI CASAUX MARIO S/ QUIEBRA S/ INCIDEN-

TE DE APELACION (CPR. 250)". - DICTAMEN FISCAL: 84734- Sala: "B" - Fecha: 12/03/2001).
Aquí, se declaró la quiebra en base a dos cheques que habría librado el fallido, rechazados por falta de fondos acreditados en cuenta. La citación impuesta por el art. 84 LC fue cumplida en el domicilio inserto en los documentos base de la presente, ubicado en la calle Bartolomé Mitre 1952 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- conforme diligencia de fs. 27-, y no mereció respuesta del citado en aquella oportunidad.

En esas condiciones, fue dictado el decreto de quiebra del fallido (fs.29/31).
Ahora bien, en ocasión de efectuarse la presentación de fs. 166/169 (planteo de nulidad), no se hizo mención a la legitimidad de los créditos de los acreedores (Dirección General Impositiva y Dirección Provincial de Rentas del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires) que quedaron incorporados al proceso según la sentencia verificatoria prevista por el art. 36 de la LCQ que obra a fs. 131.

En tales condiciones, procede desestimar el planteo de nulidad articulado, cuando la existencia de aquel presupuesto de la declaración falencial, esto es, la cesación de pagos del sujeto pasivo se encuentra acreditada en razón de la existencia de los acreedores incorporados a la causa, por lo que la pretensión viene a carecer de sustento fáctico.

Súmase a ello, que la ulterior tramitación de la causa fue consentida por la parte nulidicente – veáse constancia de publicación de edictos a fs.36 y fs.475-.

5. Por lo expuesto, RESUELVO:
a) Desestimar el planteo de nulidad articulado a fs.166/169 por el fallido... MARGARITA R. BRAGA – JUEZ".

Críticas a la resolución judicial

Considero que las principales críticas que debo hacer a la resolución judicial citada son las siguientes:

1. "El verdadero Traverso" nunca estuvo en cesación de pagos, no ha quedado demostrado este extremo, porque el solo hecho de adeudar unas pocas posiciones del Régimen de Seguridad Social de Autónomos a la Administración Federal de Ingresos Públicos y tener unas pequeñas deudas a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires no convierten a una persona en insolvente, Ser deudor es algo muy distinto a encontrarse en cesación de pagos;

2. El recurso de revocatoria de los arts. 94 y 95 de la LCQ puede interponerse hasta el quinto día posterior de haberse tomado conocimiento de la declaración de quiebra. La única forma que tenía "el verdadero Traverso" de conocer ello era mediante la publicación de edictos, pero sabido es que son pocas las personas que leen los edictos del Boletín Oficial de la República Argentina, más cuando no se cuenta con un interés claro, no se ejerce actividad comercial, y su domicilio real está en otra jurisdicción, como en este caso en Quilmes, Provincia de Buenos Aires;
3. En este caso no hubo falsificación de los instrumentos con que se obtuvo la declaración de quiebra, como en el caso "*GOÑI CASAUX",* citado en la resolución. Este caso es totalmente distinto, aquí no se falsificaron cheques ni pagarés, tal como fue explicado;
4. La citación del art. 84 LCQ se efectuó al domicilio inserto en los cheques, que por una parte era inexistente, atento que lo pude verificar personalmente, y por otra parte era el supuesto domicilio del "falso Traverso", declarándose la quiebra al "verdadero Traverso". Es decir que notifican a una persona, y le declaran la quiebra a otra. Indudablemente "el verdadero Traverso" nunca podía responder la citación del art. 84;
5. "El verdadero Traverso" tenía su domicilio en Quilmes, Provincia de Buenos Aires, por lo tanto el Juez Nacional, con asiento en la Ciudad de Buenos Aires es incompetente por aplicación del art. 3° inc. 1) LCQ;
6. Al "verdadero Traverso" se le declara la quiebra sin estar en cesación de pagos. Rouillon dice: *"En principio y como regla general, el "presupuesto objetivo" para la apertura concursal es el estado de cesación de pagos. Éste importa un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos; cuando estos últimos se revelan insuficientes –de manera regular y con cierta permanencia- para atender a aquéllos, se configura la impotencia patrimonial técnicamente llamada insolvencia o estado de cesación de pagos."*[1]. Ninguna de esas características de la cesación de pagos las tenía "el verdadero Traverso", y su único error fue no haberse enterado que un delincuente falsificó su documento de identidad.

A la fecha, de este trabajo, y como forma de concluir la quiebra rápidamente, el fallido Traverso decidió abonar la deuda con la Administración Federal de Ingresos Públicos, ya que la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires había condonado la deuda verificada según consta en el expediente. Por ello, solicitó la conclusión de la quiebra por pago total.
Desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial hubiese sido

[1] *"Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522" – Adolfo A. N. Rouillon – Editorial Astrea – 15° edición actualizada y ampliada – Ciudad de Buenos Aires – Mayo de 2008 – Pág. 57.*

interesante que el fallido apelara la resolución judicial para poder contar con una sentencia de Cámara sobre el tema.

Conclusiones

Considero que las principales conclusiones sobre este tema son:

1. El robo de identidad, así como el hackeo y secuestro de información de las empresas, son delitos que se han extendido en el mundo, y que son propios de este tiempo. En nuestro país no existen estadísticas confiables que puedan darnos una idea sobre la magnitud y el crecimiento de los mismos en los últimos años;
2. En la resolución judicial, se aparta del presupuesto objetivo para la declaración de quiebra, atento que "el verdadero Traverso" nunca estuvo en cesación de pagos;
3. El rigorismo procesal (notificaciones, plazos, etc.) es aplicado a una persona ajena a la quiebra, o al delito cometido, pero que al final es el único perjudicado;
4. La Justicia termina castigando al "verdadero Traverso" con la declaración de su quiebra, y la misma Justicia fue incapaz para descubrir a la persona que falsificó su documento, abrió una cuenta bancaria y lo perjudicó;
5. Creo que, como surge de esta resolución, se está reescribiendo el Derecho Concursal, así como se puede observar en otros pronunciamientos, y que quizás sería el momento de repensar algunos principios, si se los continúa respetando o se los deja de lado, tal como el "presupuesto objetivo de la cesación de pagos".

¿Y si deconstruimos el derecho concursal sustancial?

Carlota Palazzo

Sumario

La ponencia se formula a modo de arenga poniendo el foco en cuestiones que develan la necesidad de discutir el derecho concursal no solo como derecho procesal sino como derecho sustancial.

"Questions play a significant role in forcing us to think about the legal processes we use, even if the questions do not result in immediate law reform"

Elizabeth Warren

I. Preludio

La ley concursal no es mecánica en su aplicación ni estrecha en el universo de cuestiones que regula. El operador jurídico debe entender simultáneamente el sistema normativo extranconcursal y como éste es modificado por la ley concursal[1].

En nuestro derecho lo habitual es aprehender el derecho concursal como un proceso y por ende nos concentramos en su estudio como derecho procesal. Las dificultades llegan cuando los temas que se nos presentan requieren una respuesta de derecho sustancial.

Allí nos topamos con un territorio no muy explorado que nos puede llevar a obtener respuestas antifuncionales por no discernir adecuadamente qué debería resolver nuestro derecho concursal como derecho sustancial y para qué cuestiones se debería acudir al sistema

[1] Baird, Douglas G., 1993, *The Elements of Bankruptcy*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., páginas 4 y 5.

normativo general (código civil y comercial) o a los otros microsistemas normativos (vgr. ley general de sociedades)[2].

II. Más preguntas que respuestas

Se plantean a continuación solo algunos interrogantes con la intención de debatir sobre lo que pretendemos de nuestro sistema concursal.

1) ¿el concurso es **solo un sistema procesal de ejecución colectiva del crédito? ¿o debe cumplir también una función para la conservación de empresas que de otro modo quebrarían?**

Que la ley concursal constituye una reglamentación procedimental de excepción para el ejercicio de determinados derechos y obligaciones por parte del deudor y sus acreedores no existen dudas. Innumerables normas de nuestro derecho ratifican ese rol del sistema concursal (vgr.: el desapoderamiento "atenuado"; el fuero de atracción; el proceso de verificación de créditos, etc.).

Sin embargo, no parece que ese sea su único fin. El principio de conservación de la empresa juega un rol fundamental en nuestro derecho y es invocado permanentemente para justificar todo tipo de decisiones en el proceso concursal que van desde prórrogas sucesivas al período de exclusividad hasta la habilitación de la tercera vía, entre tantas otras.

Hasta aquí posiblemente exista consenso en que los objetivos del sistema concursal podrían sintetizarse en maximizar la satisfacción de los acreedores a través de un sistema colectivo de cobro que a la vez coadyuve a la conservación de las empresas[3].

---

[2] Para una introducción aguda a la relación entre el derecho concursal procesal y material se recomienda la lectura del trabajo de Ricardo S. Prono *"Algunos principios procesales concursales"* tomado de https://aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Principios_Concursales_Prono.pdf

[3] La Corte Suprema Argentina avaló esta visión en fallo del 20 de octubre de 2009 cuyo *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de "Sociedad Comercial del Plata S.A., expresa: *"El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores"* tomado de www.microjuris.com cita MJ-JU-M-50685-AR | MJJ50685 | MJJ50685. 5

Ahora bien, la pregunta clave sería ¿la conservación de qué empresas?

2) ¿el concurso está destinado a solucionar problemas de **estrés financiero o estrés económico?**
Para una mejor comprensión del tema es necesario en esta instancia afinar algunos conceptos[4]. Insolvencia contable (*balance sheet insolvency)* significa que los pasivos superan a los activos en términos absolutos, mientras que insolvencia financiera (*financial distress* o estrés financiero), lo que nosotros llamamos cesación de pagos, hace referencia a que los pasivos corrientes superan al activo corriente lo cual supone un problema de flujo de caja (*cash flow).* Ello así una empresa puede ser solvente contablemente pero insolvente financieramente porque sus activos sean ilíquidos o liquidables a largo plazo o al revés que una empresa sea insolvente contablemente pero capaz de afrontar sus pasivos corrientes.

Por otra parte, la insolvencia debe distinguirse de la inviabilidad económica (*economic distress* o estrés económico). La insolvencia hace referencia a la relación entre los activos o cash flows de una empresa y sus pasivos en su estructura financiera. Mientras que la viabilidad es una función del valor esperado de sus ingresos netos de continuar con la actividad (*going concern*). Si el valor esperado de sus ingresos netos es superior al valor esperado del ingreso neto de liquidar sus activos a destajo en forma inmediata, entonces es económicamente viable, ya que los recursos están asignados en el lugar en que más valiosos son.

Ahora bien, la inviabilidad económica (o estrés económico) se distingue de la insolvencia financiera (o estrés financiero). Pero ambos conceptos están íntimamente relacionados de modo que todas las empresas inviables económicamente, tarde o temprano, se volverán insolventes financieramente. Mas no al revés, no toda empresa insolvente financieramente es económicamente inviable. Una empresa económicamente viable puede atravesar crisis de insolvencia financiera, pero conservar aun así su viabilidad.
Vuelvo entonces sobre el interrogante: ¿el concurso está destinado a empresas que atraviesan problemas de estrés financiero o estrés económico?
El presupuesto objetivo en el que se apoya el régimen concursal es insuficiente para responder la pregunta. Primero, porque el mismo

[4] Armour, John, 2001, *The law and economics of corporate insolvency: a review*, University of Cambridge, ESRC Centre for Business Research, Working Paper N° 197.

presupuesto objetivo rige para ambos tipos de procesos (concurso preventivo y quiebra). Segundo, porque si bien nuestra "cesación de pagos" se condice con el criterio de "solvencia financiera" dicho criterio no necesariamente coincide con el de la viabilidad económica. Ello favorece que en la práctica utilicen el sistema concursal tanto empresas con estrés financiero (problemas de solvencia financiera) como empresas con estrés económico (económicamente inviables).
Mi opinión es que la ley de concursos y quiebras debería servir como un filtro[5] entre las empresas económicamente viables, pero financieramente insolventes (y por tanto eficientes), y las empresas económicamente inviables (y por tanto ineficientes)[6].
La razón de ser de que existan dos procedimientos distintos, el concurso y la quiebra, obedece a que el primero está previsto para empresas viables aunque con problemas financieros temporarios y el segundo para empresas inviables que deben liquidarse y liberar así sus recursos y activos para que sean reasignados a usos más valiosos[7]. Tal es la interacción que debería perseguir el sistema concursal.

3) Por otro lado ¿para cumplir con su cometido el sistema concursal necesariamente depende de las reglas sustanciales que determine el sistema normativo extraconcursal? ¿o en su defecto, tiene el derecho concursal, como microsistema normativo, sus propias reglas sustanciales?

Aquí hay distintas visiones posibles. La primera, que la política concursal demanda modificaciones en los derechos sustanciales de deudor y acreedores cuando ingresan a un proceso concursal y que por tanto crea derechos sustanciales. La segunda, que los derechos sustanciales deberían ser los mismos se consideren bajo la órbita del derecho concursal o no, y que lo que se modifica es el procedimiento por el que estos se hacen valer. Finalmente, desde ya que el

[5] Reproduzco la terminología propuesta por White, Michelle J., 1994, *Does Chapter 11 save economically inefficient firms?* Washington University Law Review, Volume 72, Issue 3: 1319 y Corporate Bankruptcy as a filtering device: Chapter 11 Reorganizations and Out of Court Debt Restructurings Journal of Law, Economics and Organization, Vol. 10 No 2, 268-295

[6] Se sugiere la lectura del trabajo de: Héctor Alegría *"Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia"* en el que refiere: *".....Es dable decir que la crisis que concita el interés del derecho concursal es la crisis financiera (actual o potencial - inminente), que puede ir acompañada o no de una crisis económica..."* tomado de La Ley cita online: AR/DOC/1158/2007

[7] White, Michelle J., 1989, *The corporate bankruptcy decision*, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 3, No. 2, 129-151

sentido de un régimen especial concursal es cambiar el proceso de cobro de los créditos para que los acreedores encuentren una solución cooperativa colectiva. Pero uno podría argumentar que ello no obsta a que sus disposiciones se construyan sobre la idea central de que debe partirse del set de derechos y obligaciones que existen fuera del concurso preventivo y después se identifiquen políticas del sistema concursal específicas que requieren el apartamiento de la regulación que el sistema normativo extraconcursal les confiere. La asunción general parecería ser esta última y en esa dirección se alinean normas de tinte sustancial como las relativas a: la regulación de los intereses; de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes; de la inaplicabilidad de la resolución por incumplimiento contractual, entre otras.

Ahora bien, de esa asunción general se desprenden otros dos interrogantes:

(i) ¿hasta qué punto deberían modificarse los derechos sustanciales previstos en el sistema normativo **extraconcursal?**

La respuesta requiere el mayor de los cuidados. Si la existencia o extensión de un derecho depende de si se está dentro o fuera de un proceso concursal hay quienes lo usarán o amenazarán con usarlo aun cuando no exista una verdadera razón para acudir a un proceso universal.

Una regla que solo se aplica en el sistema concursal puede generar los incentivos incorrectos e invitar a las partes a procurar la implementación del que más les favorece.

Por ende, los acreedores y el deudor solo tendrán los incentivos correctos si sus derechos sustanciales son los mismos cualquiera sea el foro en el que los litiguen[8].

Desde esta tesitura el punto de partida siempre debería ser el sistema normativo extraconcursal y la ley concursal aspirar a modificar los derechos y obligaciones establecidos por aquel solo lo mínimo indispensable para apuntalar la política concursal.[9]

---

[8] Baird, Douglas G., 1998, *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, 108 Yale Law Journal 573.
[9] Baird, Douglas G., The Elements of Bankruptcy, op.cit., página 83.

A su vez si consideramos necesario implementar una determinada política sustancial en el concurso ¿no debería ser aplicada la misma en el resto del sistema normativo?

Las inconsistencias normativas pueden producir más daño que bienestar, incluso para el universo en particular que se busque proteger. Continúan entonces los interrogantes: ¿pasan este test por ejemplo la regulación (o falta de regulación) de los acreedores involuntarios en el concurso? ¿y la novación legal que impone el artículo 55 LCQ?[10] Para responder estas incógnitas, también hay que preguntarse si las disposiciones de la ley concursal impactan en el comportamiento de los acreedores y demás protagonistas *ex ante* y cómo lo hacen.

El derecho concursal tendría que maximizar la eficiencia *ex ante* del sistema, esto es, la promoción del crecimiento económico, lo que depende, en buena medida, de la eficiencia *ex post* del sistema concursal: nadie dará crédito si no tiene perspectivas de cobrar (o lo dará a tasas muy elevadas).

Mi opinión es que las normas concursales (sustanciales y procesales) deberían maximizar la satisfacción de los acreedores (haciendo la torta disponible para su reparto lo más grande posible) de modo de favorecer *ex ante* el acceso al crédito, el emprendimiento, el consumo y la inversión. La otra función que se le atribuye al derecho concursal, la de la conservación de la empresa, no debería contaminar u obstaculizar el logro de la primigenia. Y, es que sin crédito, será difícil encontrar empresas viables para conservar.

(ii) ¿Cómo **derecho sustancial la ley concursal es un microsistema normativo abierto o cerrado?**

Ilustremos con un ejemplo la importancia de este interrogante.
¿Debería articularse la ley concursal en su aplicación e interpretación con la ley societaria?

Si nos inclináramos por la negativa, por entender que la ley concursal es un sistema cerrado, este sólo argumento bastaría para descartar las fervorosas discusiones de la doctrina en torno a la precon-

[10] ¿cuál es el rango que el concurso preventivo asigna a los acreedores involuntarios con relación a su regulación por el sistema normativo extraconcursal? ¿porqué modificar definitivamente el derecho sustancial de los acreedores en caso de incumplimiento del acuerdo preventivo?

cursalidad societaria y al límite que algunos sostienen impone la ley societaria a las propuestas de acuerdo preventivo en concursos de personas jurídicas[11].

Mientras que si fuera positiva la respuesta e interpretáramos que las soluciones de la ley concursal deben ser contextuales e integradas con los otros plexos normativos, la discusión perduraría y otros argumentos deberían proveerse para superar los planteos de la doctrina al respecto.

4) Por último ¿cuál debería ser el rol del juez en el proceso? ¿debería tener poder discrecional para **asegurar los objetivos sustanciales del sistema concursal o debería ser un árbitro desinteresado que permita que las partes involucradas en el proceso tomen sus propias decisiones y velar para ello por que toda la información relevante haya sido divulgada?**

Es esta pregunta la que quizás más desconcierto genera y que devela cierta esquizofrenia en nuestro sistema.
El rol del juez debería guardar correlación con la concepción que se tenga del sistema concursal. Si se interpreta que el sistema es solo un proceso de ejecución colectiva que no atiende a objetivos sustanciales propios, el papel del juez debería ser el segundo. Mientras que, cuando se entiende que el proceso responde a otra función aparte de maximizar la satisfacción de los acreedores (cual la conservación de la empresa) y que, por ende, abastece sus propias reglas sustanciales, al juez debería reconocérsele una función más protagónica.

Nuestro sistema concursal a mi entender presenta dos problemas. El primero, que pese a alinearse aparentemente nuestro derecho con esta segunda concepción del sistema concursal, el rol que le asigna al juez, a partir fundamentalmente de la reforma de la ley 19.551 por la ley 24.522 (de corte eminentemente *privatista)*, es muy acotado y dirigido a propiciar que esté dado el escenario para que las partes tomen sus propias decisiones. El segundo, que aun si la concepción del sistema concursal fuera la primera, el rol del juez como árbitro presentaría inconsistencias ya que el régimen informativo de nuestra ley concursal es débil e incompleto. Véanse solo a modo de un

[11] Cuyo principal exponente es el maestro Efraín H. Richard, véase ejemplificativamente su trabajo *"El abuso del derecho y el fraude a la ley en materia comercial y los principios generales del nuevo código civil y comercial"*, en Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404 .

ejemplo de ello las discusiones doctrinarias en torno a la necesidad de la presentación de un plan de negocios o empresas.[12]

En ese sentido, como las soluciones no vienen predeterminadas por el sistema y no se le asigna al juez un rol protagónico a lo largo del proceso, es que se recurre con demasiada frecuencia a creaciones pretorianas de nuestros magistrados hacia el final del proceso que solo redundan en aportar incertidumbre a nuestro marco jurídico. De nuevo, ello repercute negativamente en la eficiencia *ex ante* del sistema. La imprevisibilidad no es la mejor amiga de las inversiones.

III. Exhortación

Vale la pena repasar los ejes de nuestra legislación concursal y verificar su coherencia (o incoherencia) para entender porqué nuestro sistema funciona como funciona y tenemos los problemas que tenemos. Muchas veces más importante que las respuestas que obtenemos son las preguntas que nos hacemos: ¿y si trabajamos en deconstruir el derecho concursal sustancial?

[12] Entre muchos trabajos doctrinarios, véanse: **Richard, Efraín H.**, "El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente", tomado de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-plan-de-empresa-o-como-asumir-crisis-tempestiva; **Casadio Martínez, Claudio Alfredo**, 2013, *"El plan de empresa o justificación de la propuesta concordataria"*, trabajo presentado en la XXX Conferencia Interamericana de Contabilidad, Uruguay 2013,tomadode-http://www.cpcecba.org.ar/media/img/paginas/El%20Plan%20De%20Empresa%20O%20Justificaci%C3%B3n%20De%20La%20Propuesta%20Concordataria.pdf y, **Graziabile, Darío J.**, *"El plan de empresa y su correlación con la existencia de bienes y la actividad de la deudora para presentarse en concurso preventivo"*, Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, tomado de http://sanz-navamuel.com.ar/download/jurisprudencia leyes y doctrinas/DOCTRINA NACIONAL/CONGRESO ROSARIO

La actividad como presupuesto implícito del concurso preventivo

Valeria C. Pereyra

Sumario

Es de la esencia y finalidad del concurso preventivo, la posibilidad de acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre el modo y la forma de reorganización del pasivo, con el objeto de permitir su pago. Creemos que ello, natural y forzosamente implica la existencia de "actividad" con la que afrontar el cumplimiento del concordato. Si esa "actividad" no estuviera ni existiera posibilidad de establecerla, debemos concluir en que el concurso preventivo carecería de todo sentido y su apertura resultaría absurda[1].

Introducción

Sabido es que el proceso concursal se estructura sobre ciertos principios unánimemente reconocidos: la universalidad, la colectividad, la igualdad y el carácter inquisitivo del proceso[2]. En muestro régimen legal, únicamente la universalidad tiene referencia expresa (art. 1°, segundo párrafo, LCQ[3]), mientras que los restantes principios se articulan sobre la base de las denominadas *nociones implícitas*[4].

Sobre tales bases, se ha interpretado que el elemento "actividad" del deudor es un presupuesto necesario y por lo tanto integra de modo sustancial la estructura misma del concurso preventivo, por lo que, si está ausente, el juez deberá rechazar la solicitud del deudor. Es

[1] En el sentido de contrario a la razón, que no tiene explicación lógica (Diccionario de la Real Academia Española)

[2] TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal,* 1992, Buenos Aires: Depalma, p. 25/29

[3] Señala la norma que el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados.

[4] VAISER Lidia, *El abuso del derecho en los procesos concursales*, 2008, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 42/43

decir, al resultar la "actividad" un recaudo sustancial, aunque no esté expresamente determinado por la ley, al estar en la naturaleza y estructura propia del concurso preventivo, su falta o ausencia vaciaría de contenido este tipo de trámite, invalidándolo.

Ello llevó a ciertos operadores jurídicos a repensar la procedencia de habilitar el trámite concursal preventivo cuando su *uso disfuncional* aparecía evidente, pese a que los requisitos para la apertura (art. 11 LCQ) se evidenciaban formalmente cumplidos.

En este sentido, se ha apuntado la improcedencia de habilitar la apertura de este trámite *"por inconcurrencia de uno de los presupuestos sustanciales para la existencia de concurso preventivo, cual es la continuación de la actividad empresarial (o -cuanto menos- la posibilidad cierta de continuación) y, por ende, de la empresa misma"*, en la inteligencia de que sin empresa en funcionamiento -o con posibilidades de funcionar- no puede haber seriamente un verdadero "concurso preventivo"[5].

En suma, se ha cuestionado la sustanciación de un trámite concursal cuyos objetivos se encuentran disociados de la finalidad propia que el ordenamiento legal prevé para el juicio de convocatoria de acreedores, utilizándolo como una simple herramienta para el logro de una finalidad diversa de aquélla que da sustento a la regulación del instituto en cuanto presupone la existencia de una empresa "en marcha"[6].

Naturaleza y finalidad del proceso concursal preventivo

El concurso preventivo sigue constituyendo uno de los remedios tradicionales del derecho concursal, instituto mediante el cual el deudor, que se encuentra en estado de cesación de pagos, convoca a sus acreedores a los fines de reestructurar sus relaciones crediticias para obtener de este modo la superación de su crisis patrimonial.

---

[5] JNCom. 16, 05.07.2002, *"Rocayapa SA s. Concurso Preventivo";* íd., 15.03.2003, *"Sucesión de Barreiro Horacio A. s. s/ Concurso Preventivo"*; íd., 01.12.2003, *"Casinos SA s. Concurso Preventivo"*; íd. 14.04.05, *"Aerovip SA s Concurso Preventivo"*, JNCom. 4, 10.11.2014 *"Sirius Tankers SA s. Concurso Preventivo";* 1° Juzg. Procesos Concursales y Registro Mendoza, 10.03.2000, *"Viani Raú A.",*AR/JUR/3476/2000; CCivyCom.Jujuy, Sala I, 07.05.2009, *"Cogneta Jesús Humberto"* AR/JUR/13961/2009

[6] CNCom., Sala A, 31.05.16, *"Unisel Argentina SA s/ conc. prev. s/ inc. apelación promovido por la concursada"* (ampliación de fundamentos del Dr. Alfredo A. Kölliker Frers)

La finalidad de esta convocatoria universal es la obtención de un acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre el modo y la forma de reorganización del pasivo, con el objeto de permitir su pago, lo cual abre el proceso del concurso preventivo, en cuyo marco deben legitimarse los acreedores concurrentes mediante el proceso de verificación de créditos (arts. 32 a 37 LCQ), a los fines de poder votar, o sea, prestar conformidad a la propuesta del deudor.

Hoy no se discute que el concurso preventivo, no sólo se halla orientado hacia los intereses privados de los acreedores, sino que también repercute dentro del ámbito de la actividad económica y social donde esta situación se exterioriza causando mayor o menor perturbación. La organización de la sociedad impone el ordenamiento jurídico que, por ello mismo, no debe ser caprichoso; se supone que el legislador ordena el sistema normativo en función de proteger determinados intereses que se estiman valiosos para la sociedad[7].

El móvil al cual se encuentra orientado el concurso preventivo no está solo en sortear el estado de crisis económico-financiero de un patrimonio para así evitar llegar a la quiebra. Así lo señalaba la Exposición de Motivos de la ley 19551 -cap. I, apartado 1°, final- al presentarlo como un remedio legal distinto y no como mero predecesor de la quiebra, respondiendo al objetivo de conservación de la empresa mediante la ampliación de soluciones preventivas[8].

El objetivo de conservar la empresa ha sido interpretado en el sentido que tiene límites, indicándose que la empresa debería ser protegida o conservada en tanto y en cuento constituya una actividad útil a la comunidad. Este último requerirá que sea factible proseguir las actividades de la empresa y que esas tareas importen una utilidad, no en el sentido económico, sino con el alcance de un positivo beneficio respecto de las relaciones laborales, de los intereses de los acreedores y de su incidencia en el ámbito de dichas actividades. Ello así, por entenderse que *una cosa es atender a la posibilidad de conservar la empresa, y otra muy distinta mantener fatalmente la explotación, porque no es función del juez; ni tampoco los acreedores están obligados a financiar la rehabilitación ni a arriesgar lo*

---

[7] RICHARD Efraín H., *Insolvencia societaria,* 2007, Buenos Aires: Lexis Nexis, p.104

[8] Exposición de Motivos Ley 19551 en ROUILLÓN Adolfo A. N., *Régimen de los concursos, Ley 19.551,* 1988, Buenos Aires: Astrea, p. 215

poco rescatable de sus créditos para intentar un infructuoso mantenimiento de su actividad[9].

Quiebra y concordato preventivo se contraponen por la especialidad de los remedios que ponen en marcha, sin perjuicio de que sea común el fin último de ambos institutos, es decir, el pago de los acreedores mediante la devolución del patrimonio entero del deudor; la diferencia estriba en la utilización de este último patrimonio, que en la quiebra es liquidado y repartido entre los acreedores, mientras que en el concordato preventivo el reparto se funda sobre la valoración apriorística del potencial del mismo patrimonio. En cierto sentido, la quiebra es una resolución destructiva: la empresa que es afectada por ella, en principio, muere, por el contrario, en el concurso preventivo, que presupone una crisis transitoria y remediable, no destruye sino que sanea la empresa; es una resolución reparatoria y constructiva; tiende a poner nuevamente a la empresa en su normal funcionamiento, superando la crisis de que está aquejada, evitando su liquidación y la ejecución colectiva[10].

En suma, a diferencia de la quiebra, en el concurso preventivo el deudor evita la clausura de la empresa y el desapoderamiento, a la vez que conserva su organización comercial o industrial, los medios de producción, etc.[11]

La convocatoria de acreedores es un remedio legal que no trata de beneficiar al deudor manteniéndolo en el giro de los negocios sólo en beneficio de él, y no se trata tampoco de hallar una fórmula que garantice del mejor modo el patrimonio del concursado en beneficio de los acreedores, sino que tales propósitos deben ser compatibilizados con la última finalidad inspiradora de la ley, que es mantener una fuente de producción y trabajo, todo ello considerado desde el punto de vista económico, financiero y social[12].

Dijimos que en la concepción actual, la superación de la crisis no implica solamente prevenir la quiebra, sino que apunta a que el deudor insolvente reorganice la estructura financiera de su pasivo, y que, si

[9] QUINTANA FERREYRA Francisco, *Concursos,* 1985, Buenos Aires: Astrea, T° I, p. 98
[10] PROVINCIALI Renzo, *Tratado de derecho de quiebra,* 1958, Barcelona: AHR, T° III, p. 294/295
[11] HEREDIA Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, 2000, Buenos Aires: Ábaco, p. 325
[12] CÁMARA Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra,* 1980, Buenos Aires: Depalma, p. 370

tiene actividad empresarial, lo haga de modo que no sólo prevenga la declaración de quiebra sino que también, y principalmente, solucione las verdaderas causas de la crisis o del estado de cesación de pagos, evitando definitivamente la liquidación de la actividad y del patrimonio. Por ello, los que tradicionalmente fueron llamados procesos concursales preventivos o de prevención, actualmente son denominados como procesos concursales de reorganización[13].

A esta altura es forzoso concluir en que el concurso preventivo tiene como causa-fin la reconstrucción operativa, económica y/o financiera del patrimonio del deudor y no su liquidación. ¿Cómo? A través de lograr que el deudor concrete un acuerdo preventivo con sus acreedores que le permita establecer la forma y reorganización del pasivo mediante su pago, para continuar con su actividad, sin solución de continuidad.

Como lógica derivación de ello, la existencia de "actividad" con la que afrontar el cumplimiento del concordato, resulta un recaudo implícito del concurso preventivo.-

Cuando esa reestructuración no es posible por ser la empresa inviable o carecer de actividad redituable que le permita continuar operando por sus propios medios, quien pretenda ejercitar el derecho de prevenir una quiebra inevitable o prolongar la subsistencia en perjuicio de los acreedores, está abusando de ese derecho (art. 10 CCCN). El recurso preventivo, se ha dicho, no fue concebido para que los deudores se liberen del acoso de sus acreedores y congelen sus pasivos, logren beneficios particulares o tengan libertad de operar un trasvasamiento del negocio antes de entrar, irremediablemente, al ámbito de la quiebra. Ello ciertamente constituiría un ejercicio irregular, abusivo y antifuncional del derecho a prevenirla[14].

En efecto, el abuso del derecho en el ámbito concursal también se puede constatar a través de una pretensión inadecuada en tanto contradictoria con los fines del ordenamiento jurídico y susceptible de provocar daño a los intereses involucrados en el procedimiento concursal.

Concepto de "actividad" a los fines del trámite concursal preventivo

[13] ROUILLON Adolfo A. N. (Director), *Código de Comercio comentado y anotado,* 2009, Buenos Aies: La Ley T° IV-A, p. 99

[14] FARHI DE MONTALBÁN Diana V., "Abuso en las soluciones preventivas. Viabilidad. Plan de recuperación", en AAVV, *Moralización en los Procesos concursales,* T° I, p. 287/288

Ahora bien ¿a qué actividad nos referimos?
En este sentido, necesario señalar previo a todo es que la noción de "actividad" no resulta unívoca sino que, por el contrario, vería de acuerdo con la naturaleza del sujeto concursado, ya que a estos fines no es lo mismo que el aspirante a convocatario sea una persona humana o jurídica, que sea un empresario, comerciante, artesano, asalariado, un jubilado o una ama de casa. Según cuál sea el *target* del sujeto, teniendo en cuenta no solo la naturaleza de la persona (humana o jurídica), sino fundamentalmente su perfil productivo y/o económico, será el contenido que quepa asignar al concepto "actividad".

En suma, nos referimos a "actividad" como el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad como generadora de recursos.

Entonces, si se trata de un persona humana o jurídica que desarrolla su actividad bajo la forma de "empresa", será la prosecución de esa actividad empresarial o las perspectivas de su continuación, lo que determinará el concepto de "actividad". Si en cambio se trata de un profesional independiente, la "actividad" estará circunscripta al ejercicio de su profesión. Si el pretenso concursado es un sujeto jubilado, su "actividad", a efectos de la viabilidad del trámite concursal, estará dada por el haber jubilatorio.

En definitiva, cualquiera que sea la naturaleza del sujeto y su perfil económico, lo cierto es que para aspirar a concursarse es menester que tenga "actividad" en alguno de los sentidos que se ha venido exponiendo o, si no la tiene, cuanto menos que exista la posibilidad cierta de reconducirla o reestructurarla[15].
Pero si no hay "actividad" ninguna -actual ni potencial-, ni tampoco

[15] *Anich* nos dice que la actividad en sí, no es relevante, lo importante en este tipo de procesos con patrimonio endeudados, radica en la potencialidad del mismo, lo que puede ser aprovechado tanto por el deudor como por terceros, asociados o no con el concursado. Así por ejemplo, nada impide que una firma sin actividad, a lo mejor, por ausencia total de capital de trabajo se asocie mediante un contrato de unión transitoria de empresas con otras para poner su actividad en marcha, aprovechando sus potencialidades. O ante la existencia de activos ociosos los alquile o ponga a trabajar en contratos para terceros, en los que el tercero afronta los costos de producción, o contratos. En suma, sostiene, si se observa adecuadamente toda la problemática, económica y financiera, de la recuperación y reestructuración de los patrimonios en dificultades, se verá que ésta radica en la potencialidad de ellos y nunca en la actividad (ANICH Juan A., "La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo", *LL,* 2002-F-883.)

chances de que exista, contando únicamente el deudor insolvente con bienes improductivos carentes de aptitud fructífera, cuyo único potencial económico está en su valor de realización, sería un verdadero sinsentido la tramitación del concurso preventivo en tanto oficiaría tan solo como un simple compás de espera hacia la quiebra.

En tal supuesto, no podría hablarse seriamente de concurso preventivo, en tanto no habría posibilidad alguna de cumplir la finalidad del instituto. Sin actividad -actual o futura- no hay generación de recursos y sin recursos no se puede pagar a los acreedores, salvo que se realicen bienes, pero eso ya escaparía a una solución concursal preventiva, desnaturalizándola.

El daño

Como toda normativa que regula la crisis, el ordenamiento legal concursal importa una limitación de derechos que en situaciones de normalidad sería inadmisible.

En efecto, el concurso afecta la exigibilidad de las obligaciones (art. 21 LCQ), somete a la decisión de las mayorías la suerte del crédito del que se es titular (art. 57 LCQ), suspende el curso de los intereses (art. 19 LCQ), etc.. Y ese sacrificio impuesto a los acreedores no se justifica en el solo interés del deudor, sino que encuentra su fundamento en el "interés concursal", esto es, en la tutela del crédito como resguardo de la economía crediticia, y del comercio en general, y en interés de que en la sociedad se mantenga en marcha una unidad socialmente útil, entre otros.

Si la posibilidad de aplicar este régimen de excepción se encuentra subordinado a la posibilidad de lograr los objetivos del ordenamiento concursal, será fundamental, pues, que exista la posibilidad cierta de que éstos puedan concretarse.

Estimamos que la apertura de un procedimiento manifiestamente disfuncional conlleva un efecto dañoso evidente y concreto, dado por el perjuicio patrimonial provocado a los acreedores mediante la indebida postergación del ejercicio de sus respectivos derechos crediticios. En efecto, de abrirse el procedimiento en tales condiciones, los acreedores estarían obligados a soportar todo el tiempo de espera que impone la tramitación del proceso hasta su fatal desem-

bocadura en la quiebra, con el riesgo que ello implica además, para la conservación del patrimonio del deudor, teniendo en cuenta la libertad con la que contaría para operar el trasvasamiento del negocio y ocultar bienes, entre otras conductas ilícitas.

Conclusión

Sin actividad -actual o potencial- no habría procedimiento concursal viable, o por lo menos, no seriamente sustentable. Ello así, porque de no existir actividad fructífera, podrá haber una especie de *"pseudo"* convocatoria de acreedores o una ficción de proceso bajo la apariencia de un concurso preventivo que sólo encubre -cual si fuera un caballo de *"Troya"* o el personaje de la película *"Alien"*- el germen de la autodestrucción, o sea, de una quiebra segura, contingencia que seguramente traerá mayores perjuicios a los acreedores debido a la inevitable profundización del estado de insolvencia que esa tramitación trae aparejada para aquéllos; pero bajo ningún aspecto habrá un auténtico concurso preventivo, o por lo menos no uno susceptible de resultar exitoso conforme a la finalidad a la que se encuentra destinado[16].

[16] CNCom., Sala A, 31.05.2016, *"Unisel Argentina SA s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación promovido por la concursada"* (ampliación de fundamentos del Dr. Alfredo A. Kölliker Frers)

Crisis societaria. Cesación de pagos e insolvencia

Efraín Hugo Richard

La cesación de pagos es el presupuesto natural de la apertura del concurso de una sociedad. Ante las crisis financiero patrimoniales de sociedades debemos distinguir entre cesación de pagos e insolvencia, por lo menos doctrinalmente. De esa distinción podrán inferirse efectos esenciales.

La actuación preventiva de la ley societaria argentina (LGS) –no extraña al sistema del derecho comparado[1]-, encuentra congruencia con el presupuesto objetivo de calificación de la crisis que autoriza la apertura del juicio universal de concurso preventivo. La sociedad sólo puede requerir esa apertura en caso de "cesación de pagos".

1. "La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza 'más vale prevenir que curar'"[2].

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis socie-

[1] "Preconcursalidad societaria" Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, España, RcP 20/2013. Ver la investigación "CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES: LA CAUSAL DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA CONVERGENCIA EN ESTE ASPECTO CON LA LEGISLACIÓN CONCURSAL Y SOCIETARIA (limitada apreciación comparatista entre las legislaciones argentina, colombiana, española, peruana, y uruguaya)" Directores: Efraín Hugo Richard (Argentina) –coordinador-, German Monroy Alarcón (Colombia), Esteban Carbonell O´Brien (Perú) e Israel Creimer (Uruguay)
Investigadores participantes: Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia) Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay) –secretaria académica-. Presentada en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal de Puerto Rico año 2016.

[2] CÁMARA, Héctor "El concurso preventivo y la quiebra" Buenos Aires 1982, Ed. Depalma, t.III p. 1429.

tarias puede generar ciertas dudas, para una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal. Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en cesación de pagos.

La legislación concursal argentina usa la terminología "cesación de pagos" como presupuesto objetivo de la apertura de un concurso. Las crisis tienen grados. De una mera y transitoria merma de flujos de caja, al estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, con patrimonio neto neutro o negativo.

En el derecho argentino no basta la avizoración de la crisis para solicitar la apertura del concurso preventivo, debe acreditarse la cesación de pagos. Y esta es la falta de activos corrientes para satisfacer los pasivos corrientes. La avizoración de este estado debería surgir –en su caso- de la Memoria que deben realizar ciertos administradores societarios al confeccionar el Balance, pero ello también debe resultar del mismo. Los administradores deben avizorar ese estado al ser insuficientes los activos corrientes disponibles para satisfacer las deudas sociales.

2.Suele no distinguirse entre "cesación de pagos" e "insolvencia". ¿Cuales son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o capitalización) en resguardo de los terceros acreedores que verían insatisfecho su derecho –art. 242 Código Civil y Comercial –CCC-.

3.El bien jurídico tutelado por la legislación concursal es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio[3]. Pero la legislación societaria, con la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, impone un valladar a que ese ente personificado se vuelva dañoso. También por la legislación toda,

[3] "El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. Dirección General de Publicaciones, Córdoba R.A., 1979 – 1980 pág. 261 y ss...

para evitar el incumplimiento y mantener la funcionalidad específicamente de las personas jurídicas sanas, en orden a los diversos intereses en juego que confluyen en el mercado (arg. arts. 2, 150, 1709 y ss. CCC).

Coincidimos con el uruguayo Camilo Martínez Blanco[4], quién acota el tema: "En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra[5] en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la "cesación de pagos" su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones…. Históricamente, el primer significado de "cesación de pagos" fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (…) se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido(…). Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(…) el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó "estado de crisis", "estado de preinsolvencia", "estado de dificultades económicas o financieras de carácter general".(…) De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)… la mayoría de los autores españoles, admiten el "desbalance" o sobreendeudamiento como un desequilibrio patrimonial – pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la

[4] *Manual de Derecho Concursal,* 2ª edición revisada,, actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss.

[5] *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal,* García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Ezquerra, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos.(...) Por ello abogan por "un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez"(...) reiteramos que para nosotros es importante el "desbalance" como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo ... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la "insolvencia negocial". La profesora española Marta Prats Marquina[6] habla con muy buen criterio de la "insolvencia negocial" entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la "insolvencia patrimonial", ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible).... Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina,...ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata".

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: "Según Argeri, en cuanto al concepto de *cesación de pagos*, para una corriente de opinión es sinónimo de *desequilibrio aritmético* entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quintana Ferreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión- los términos *cesación de pagos*, *insolvencia* y *quiebra económica* son equivalentes...No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos

[6] "*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal"* R.G.D. Madrid, 1998.

conceptos, postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo…*"[7]. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia-, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Desde hace muchos años Mauricio Yadarola[8] y Fernández igualaron ambos conceptos, pero ahora concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena[9], con una visión contable -económica, señala en relación a "cesación de pagos" e "insolvencia" que "no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. Refiere a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos), que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal. Apunta que en ella se considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que demuestre o revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para qué exista la cesación de pagos: "*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolven-*

[7] CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

[8] ROCCO, Alfredo *Fallimento. Teoría generale ed origine storico,* Turín, 1917, nos. 1 y 2; BONELLI, G. *Del fallimento,* 2Q ed., Milán, 1923, Vol. 1, nos. 2 a 5; YADAROLA, Mauricio *Revista Crítico de Jurisprudencia,* 1934, p. 436. YADAROLA, Mauricio Concpto técnico científico de cesación de pagos JA 68-8l.

[9] MENA, Celina María "CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA", en libro colectivo " Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia", Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

cia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto…". Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social[10].

A su vez la expresión y alcance de la locución "zona de insolvencia" no se corresponde a la expresión "estado de cesación de pagos" nuestras expresiones, y de allí puede resultar alguna aparente desinteligencia. Se tipifica claramente la "*zona de insolvencia*" del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina "zona de insolvencia", eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

4. Queda claro que distinguimos las dos situaciones, la de cesación de pagos de la insolvencia de la sociedad, y esa distinción nos permitirá vincular la legislación concursal con normas imperativas del derecho societario, apuntar a la tempestividad en el uso de herramientas correctivas, societarias o concursales y a los efectos derivados de ello. La cesación de pagos podrá avizorarse en la Memoria, anticipándose al efectivo incumplimiento: ¿Autoriza ello el concurso? La insolvencia –evidenciada en un balance- implica constatar conductas internas inmediatas para no asumir responsabilidades al poder causar daño (deficit concursal). Ello resultaria del balance.

En efecto es más grave que de ese balance resulte un patrimonio pasivo superior al patrimonio activo de la misma, que implica incapacidad patrimonial para satisfacer la totalidad del pasivo, y que se identifica en una causal de disolución: la del inc. 5 del art. 94 LGS de pérdida total del capital social.

Refiriéndonos a la crisis de la sociedad, y particularamente al estado de cesación de pagos y la insolvencia, para determinar las acciones u omisiones antijurídicas, que pueden generar daño y responsabilidad, hemos definido[11]: que una sociedad puede estar operando

[10] "La empresa: su organización y crisis" en RDCO nº 253 marzo-abril 2012 p.407.
[11] "El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcur-

aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* ó de un simplificado *Equity Insolvency Test*[12].

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera.

Podríamos indicar la situación como de "insolvencia", convencionalmente, para distinguirla de la "cesación de pagos" que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario, y aún en casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.
Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: "*Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar*". Solvencia en ese Diccionario es "*Acción y efecto*

salidad extrajudicial", en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe,* AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

[12] ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente". "Solvente" "Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidosa y celosamente".

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

Apuntamos al dilema. El presupuesto objetivo de la apertura del concurso es la cesación de pagos en el derecho argentino, en cambio la insolvencia o pérdida del capital social, está atendida en la legislación societaria (arts. 94.5, 96 y 99 LSA). El punto está directamente vinculado con la función de garantía del capital social para asegurar un patrimonio suficiente para satisfacer el derecho de los acreedores.

Convengamos que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades son: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero lo catalogaremos como "insolvencia" (insolvencia patrimonial) y a lo segundo como "cesación de pagos" (insolvencia negocial).

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance. Es de inmediata constatación, de la cual no resulta inmediatamente la liquidación, pero si la responsabilidad de administradores y posiblemente de socios.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en legislaciones societarias –por ej. La argentina y la uruguaya, pero en todo el derecho comparado- una causal de disolución que impone

capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto. Y esto vale para las ayudas financieras a los integrantes del grupo, como en el caso Oil Combustibles S.A..

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta pueda ser cuestionada por abusiva[13] y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

La legislación debe desalentar dañar y privilegiar la buena fe –art. 9 CCC-. Correlativamente la ley no debe alentar la generación de perjuicios o generar beneficios espurios, si se tutelan ciertos bienes como la actividad empresarial viable –que se considera valiosa por los intereses concurrentes-, y ante ello no puede dañarse a otras sociedades que convergen en el mercado con similar actividad. Ello, a nuestro entender quizá con visión alejada, se ha logrado en la congruencia de normas en la legislación ...".

5. Si el contravalor es la cesación de pagos de una sociedad, generando naturalmente una causal de disolución, lo aconsejable será actuar tempestivamente para evitar daño y responsabilidades. Ello se logrará preventivamente en lo interno de la sociedad, evitando la pérdida de confiabilidad, o en un concurso oportuno presentando un plan de viabilidad –que es tema de otra comunicación-. La situación de insolvencia también puede resultar del informe general del síndico y se impondrá la misma acreditación de viabilidad.

Una clara distincion entre dificulades financieras e insolvencia la encontramos en la conclusión adoptada en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014[14] acordando: *"El objetivo de la presente Recomendación es* ***garantizar que las empresas viables con dificultades financieras,*** *cualquiera que sea su ubicación en la Unión,* ***tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia..."***

[13] "Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada" en *SUMMA CONCURSAL,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

[14] United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

¿Un derecho societario de crisis?

Efraín Hugo Richard

El sistema jurídico que regula las sociedades, en nuestro país pero permitiendo una mira internacional, impone pensar en la actual existencia de normas específicas para enfrentar sus crisis financiero-patrimoniales, prejudicialmente y en el curso de los procesos concursales.

Las particulares regulaciones de las sociedades y existencia de normas imperativas, nos llevan a pensar en un Derecho Societario de crisis, preconcursal y concursal.

Ello no conlleva modificaciones a la actual legislación sino en afrontarlas en la enseñanza, doctrinalmente y en su análisis jurisprudencial.

1.Habíamos ensayado sobre la "ENSEÑANZA DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS", sosteniendo que "La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis."[1]

Preparamos ese ensayo antes de participar en dos Congresos Internacionales, ocasiones en que insistimos sobre ello[2], uno en Punta del Este donde Alessandro Nigro, Catedrático italiano, entregó sobre el tema un particular ensayo sobre ***Il «diritto societario della crisi»***: una ***nuova frontiera?***,[3] aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (citábamos un articulo del

[1] Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 Marzo 2018, pág. 165 y ss..

[2] XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

[3] Que disponemos como asistentes a ese Congreso, en prensa para el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

año 1996), y en el segundo afrontamos "El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal"[4]. La idea de Nigro motivó la temática de las recientes Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República que organizáramos en Córdoba (18/19 de junio próximo pasado), con importantes disertantes, panelistas y participantes, como Jornadas Preparatoris de este Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

Las normas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 Código Civil y Comercial –CCC- cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan "Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código…"[5], lo que analizamos en otra comunicación.

Es parte de la construcción de un sistema societario de prevención de crisis la determinación del capital operativo suficiente para hacer viable la actividad, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida, generándose un patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo, e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.[6]

2.Preocupante es la práctica generalizada en los concursos de sociedades, frente a ese principio y sin referencia a la ley general de sociedades –LGS-, de imponer quitas trasladando las pérdidas y el daño a los acreedores, no acreditando la viabilidad de la continuidad de la gestión, cuando otras deben ser las políticas de buena fe para asegurar la conservación de la empresa y los intereses convergentes[7].

[4] Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano.* AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

[5] "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. CIMA, Eduardo "LA LEGISLACION SOCIETARIA Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL" en Libro Colectivo *EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA*, Córdoba, ed. Lerner, Dirección María Cristina Mercado de Sala, pág. 61 y ss., y nosotros en su Prólogo pag. 23 punto 3.1..

[6] Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

[7] "EL ABUSO EN EL DERECHO SOCIETARIO Y EN EL PROCESO CONCURSAL", en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano.* AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Ju-

El principio central de la legislación societaria argentina es "libertad bajo responsabilidad", congruente con la libertad para organizar y patrimonializar sociedades, con el límite obvio de evitar daño a terceros, con las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente esto se vincula a asegurar la viabilidad del negocio, presentando las cuentas anuales, en su caso con Memoria[8].

3. Esa necesidad de indagar sobre la preminencia de normas en el caso de concurso de sociedades, sustenta visiones como las de Alessandro Nigro. Desde hace más de 20 años tratamos de reconocer la existencia de un derecho societario para paliar crisis económico-patrimoniales.

Se acentuó nuestra particular atención en Punta del Este con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos,* dedicado a la Persona Jurídica[9], en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa "Además, **en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos**….". Concordamos, obviamente pero determinando que debe haber conductas anticipatorias.[10]

Coincidentemente con esa visión, señala Germán en su Introducción: "…esta obra se ocupa **principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interactuación del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónimo relacionamiento**

rídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

8 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATACIONES Y EFECTOS", en "ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS", Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

9 GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administracion y representacion del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*", Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

10 Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

de ambos conjuntos normativos..... que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia"[11]. Una lúcida presentación del problema.

4. La tramitación de procesos concursales preventivos con la aplicación exclusiva de la ley de concursos, considerándola una isla e ignorando las previsiones del arts. 2 CCC, 17 de la Constitución Nacional sobre confiscatoriedad y, en el caso de las personas jurídicas societarias, del art. 150 CCC y de las normas imperativas de la ley específica –LGS-, ha llevado la cuestión a situaciones que han sido descriptas descarnadamente por jueces y doctrinarios.
Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers "la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por **un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores**. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores "genuinos" –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- **deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos "manejar" las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles**. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de **evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor**, se procura por todos los medios que aquéllos **no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la "voluntad" del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya "desinteresados" deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni**

[11] GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no… se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es **"bicicletear" a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables** de la falencia". Por suerte el fallo con el voto de la Prof. Julia Villanueva en el caso "Mandalunis" ha puesto cordura en el abuso de las sustituciones de acreedores.

A su vez la imperdible presentación del Director en un Tratado[12] constituye una autopsia de la legislación concursal: "…**todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad**… autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del ***réquiem*** **de estas acciones para beneplácito de los *pillos*.** No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que **enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar** … ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir…nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en **situaciones sospechadas de fraude** en las que el *cramdista*…por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –**tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore*** o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo….corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE…y harto peligrosos… **nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*… los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos**…". **Recordamos que la segunda vuelta que autoriza el art. 48 LCQ se genera en el concurso de sociedades.**
Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificio-

[12] *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA,* AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

sas, aquello que Provinciali señalo como "*ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio **arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.**

5. Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y **es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica**. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: **"soportar las pérdidas" es a cargo de los socios**, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo haremos en este Congreso.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, consideramos que **es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país, se hace necesario identificar normas que regulan la crisis societarias y que particularmente tienden a evitar las liquidaciones coactivas**.

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en **abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la de sociedades**, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, y la compatibilización de normas concursales con las mismas.

Para ello es necesario tomar conciencia y aceptar el desafío.
Se aleja la estructura de la persona jurídica de los efectos de la insolvencia en el patrimonio de una persona humana. Básicamente consideramos que una actividad empresarial debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014[13], en la que se

[13] United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de

acordó *(1) "El objetivo de la presente Recomendación es* ***garantizar que las empresas viables con dificultades financieras,*** *cualquiera que sea su ubicación en la Unión,* ***tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia****… también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

6. Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, nos parece fundamental debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresarial con relaciones de organización personificadas a través de la constitución de sociedades.[14] Intentamos reflexionar para encontrar en esa funcionalidad, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, **integrando los intereses generales que concurren**: públicos de mantenimiento de la empresa, de los socios, de la comunidad donde está asentada la actividad o influye, de trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, de los proveedores, de los acreedores profesionales y la de todos los acreedores.

La defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, y parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido"[15] en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasi-

la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

[14] *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007, "LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL", en *ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL Y BANCARIO – HOMENAJE A LOS PROFESORES EUGENIO XAVIER DE MELLO E ISRAEL CREIMER*, Coordinadora Adriana Bacchi, Edición Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2017, pág. 381.

[15] GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles,* Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación "*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria"*. Una apreciación comparatistas entre las

vo, se impone deban adoptar soluciones. Y aparecen temas de responsabilidad de administradores y socios, que trataremos en otra comunicación.

En similar sentido Karten Schmidt[16] exponía "**En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal**. En parte eso se basa en la observación correcta, que **las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia**. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: **la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-**, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano[17] expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... **En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...."**. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina[18].

No dudamos que corresponde la integración del sistema societario

legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española"Esteban Carbonell O´Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

[16] SCHMIDT, Karten "Responsabilidad de los socios y administradores" en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

[17] SCHMIDT, Karten "El derecho empresario y el derecho concursal" en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

[18] NIGRO, A. "Le societá per azioni nelle procedure concursali", in *Trattato delle societá per azioni*, direto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

con el concursal para afrontar las crisis[19].
Emilio Beltrán[20] calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, **el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones** a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

7. Si se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y del empleo, el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y de trabajar de sus empleados.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice "**La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales.** Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación

[19] En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, "LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES", tomo II pág. 815; "LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS" en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Faculad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

[20] BELTRÁN SANCHEZ, Emilio "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución" en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154..

concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. **Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización** normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación"[21].

8. Un derecho societario de crisis, separándose de un derecho concursal del empresario individual, deberá bucear con mirada diferente muchos temas. Conservar la empresa no es conservar la sociedad que desempeña esa o muchas actividades o sea desarrollando múltiples empresas. La liquidación no debe significar la extinción de la actividad viable. El resultado de la liquidación no debe ser el tope de los sacrificios de los acreedores, pues puede haber responsabilidades y extender la imputación del pasivo concusal a administradores y algunos socios, inclusive con responsabilidad limitada. La planificación y la información sobre la viabilidad de la empresa debe ser parte de los deberes fiduciarios de administradores para con la sociedad, los socios y los acreedores. También podemos hablar de un deber fiduciario de los socios de control en favor de los acreedores cuando el patrimonio es insuficiente para el normal desenvolvimiento de la actividad. Son los socios los que deben soportar las pérdidas no pudiendo ser transferidas a acreedores contra su voluntad, el punto esta vinculado a acciones de responsabilidad. La propuesta de acuerdo es competencia del órgano de gobierno, como es del mismo la decisión de capitalizar o liquidar una sociedad ante la constatación de una causal de disolución patrimonial. La liquidación no descarta el concurso. La integración de todos los intereses es posible en el marco de la funcionalidad societaria, sin descartar que ello se desarrolle en el marco de un juicio concursal para asegurar la conservación de la empresa y los intereses de los acreedores.

---

[21] OLIVERA AMATO, Juan M. "Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales" en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

Incluso debería afrontarse la pregunta que se hace Juan C. Ciminelli "Aquí se nos plantea un segundo interrogante: aun cuando el magistrado advierta la inviabilidad de la empresa, ¿débese mantener el procedimiento concursal saneatorio?".[22]

9.Estas son algunas de las muchas notas que caracterizan y distinguen la crisis económico financiera patrimonial de una sociedad de la de un empresario individual, con un único patrimonio vinculado al desarrollo de la actividad.

Esperamos motivar muchas reflexiones al respecto, pero sobre todo sin alterar la base de la disponibilidad de la generación de sociedades: los socios deben soportar las pérdidas.

[22] CIMINELLI, Juan C. "OIL COMBUSTIBLES S.A.: ¿LAS SEGUNDAS PARTES NUNCA FUERON BUENAS? ALGUNAS REFLEXIONES. EL PROCESO CONCURSAL, ¿ES SOLO ESO, UN PROCESO", en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del consumidor,* Ed. Erreius, Dirección Marcelo L. Perciavalle, junio 2018, Buenos Aires, pág. 521 y ss. esp. 529.

El interés concursal

Lidia Vaiser

Sumario

Existe un interés concursal que se aparta y subordina los demás intereses individuales y subjetivos que contempla la ley concursal en su normativa.

La conceptualización y delimitación de ese interés concursal constituye una herramienta fundamental para interpretar la ley en caso de conflictos intersubjetivos.

El Derecho Concursal opera sobre una realidad económica de trascendencia vital para los intereses del Estado y de la comunidad. Es que la insolvencia entraña una clara alteración en el mercado ya que sus consecuencias operan en cadena sobre una multiplicidad de factores económicos. Por cuya razón constituye una materia de orden público.

La insolvencia constituye una patología porque presupone el mal funcionamiento de un sujeto económico; y pone de manifiesto una disfunción en el sistema que tornan insuficientes los mecanismos de tutela de los intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho. Su regulación, podría definirse de "excepcionalidad Institucionalizada" o, si se prefiere, de "patología necesaria" [1]

Nuestro derecho positivo no contiene una definición precisa sobre los objetivos del concurso, como sí se aprecia en el Derecho extranjero, como por ejemplo en Alemania o Inglaterra. De su lado Italia participa de la misma indefinición en cuanto a las finalidades que persigue el concurso de acreedores.

Ello no obstante, algunos dispositivos legales y abundante doctrina y jurisprudencia interna refieren invariablemente a "la satisfacción

[1] Tirado Martí, Ignacio: Reflexiones sobre el concepto de Interés Concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre las finalidades del concurso; BOE, Doctrina, Anuario C-, 2009

de los acreedores" y "la conservación de la empresa y del patrimonio del deudor" como objetivo fundamental de los concursos; condiciones que desde el vamos entran en conflicto y que podrían verse equilibradas -aunque más no fuera que de manera parcial- con la noción de "comunidad de pérdidas"

En nuestra doctrina interna se ha generado un interesante debate, que sobrevuela el tema que ahora nos ocupa, pero que se aborda desde un solo ángulo: la votación del acuerdo.

Es así que la polarización de ideas se concentra sobre la existencia o inexistencia de un negocio colectivo que pudiera adquirir o no el concepto de "colegial". Entre las dos posiciones contrapuestas puede citarse a Truffat, que califica de "mito" la idea de que exista un interés concursal[2]. Y por el lado opuesto se encuentra Richard, para quien la comunidad de acreedores sustenta un interés colectivo por encima de los derechos subjetivos de cada uno de sus integrantes[3]

En suma, cada una de estas posturas pareciera encontrarse principalmente enderezadas (entre otras cuestiones) a establecer la factibilidad de calificar el voto de un determinado acreedor en contraposición o con "interés contrario" al concurso, que admita o no su exclusión del computo de las mayorías.[4] De tal modo y tal como se ha dicho, ese debate roza pero no delimita el concepto que a través del presente se pretende fundar.

Lo que se señala aquí como objeto de estudio, va más allá de esos valiosos debates. Se trata de establecer la existencia de un interés jurídico que se aparta y subordina los demás intereses individuales y subjetivos que la ley concursal contempla en la normativa específica.

La distinción no es baladí, puesto que su delimitación se erige como elemento de juicio sustancial a los fines de fundar un **instrumento dedicado a la interpretación de la ley de Concursos.**

"El "interés del concurso" es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos impli-

[2] ED; 10-9-2007

[3] Legitimación para votar el acuerdo (negocio colegial o colectivo) en LL 13-3-2006, entre otros

[4] Al respecto puede verse nuestra obra Exclusión de acreedores en el proceso concursal; Ed Astrea, Bs.As. 2015

cados en la insolvencia del deudor en el trafico. ...La consecución del "interés concursal" es la finalidad de la Ley Concursal...La Ley concursal es una normativa instrumental que cumple una función exclusivamente reactiva. Pues bien, esa naturaleza confiere especial relevancia interpretativa a la finalidad perseguida...."[5]

En suma: el interés concursal se encuentra ínsito en la legislación, que es meramente instrumental, y sirve como vector del cumplimiento de las finalidades ultimas de los concursos.

Se ha cuestionado la circunstancia de que ese interés carece de un titular, lo cual invalidaría su existencia. Es una noción errada. Tal como los intereses difusos, el interés concursal es un atributo de la comunidad negocial toda y desciende de manera directa del orden público concursal.

En definitiva, creemos con Barreiro que existe un interés concursal superior al de todos los intervinientes en el proceso, que es de orden público y que –tal como sostenemos aquí- constituye herramienta fundamental en la interpretación que de la ley deben hacer los magistrados.

No se trata de una cuestión abstracta o de una noción meramente destinada a la especulación intelectual ya que el concepto se pone en juego cada vez que –pese a la normativa- se disparan intereses en conflicto que deben dirimirse conforme las reglas del juicio.

Para citar sino algunos ejemplos, basta referir al ya mencionado "interés contrario" del acreedor renuente a aceptar la propuesta, ya que no se trata de su propio interés, ni el del deudor, sino del interés difuso de la comunidad negocial, que no se agota en la comunidad de acreedores concurrentes y sus intereses individuales.

Otro tanto podría señalarse en torno a lo que se ha denominado "propuesta o acuerdo abusivo"; porque aunque en el caso se advierte una directa afectación del derecho crediticio, también se afectan las reglas del "Mercado" que deben propender a la mayor transparencia y equidad posibles.

La enumeración sería muy extensa, pero para concluir con otro ejemplo paradigmático, no puede dejar de mencionarse lo que se

[5] Tirado Martí, Ignacio; ob.cit.

ha dado en llamar "tercera vía", construcción pretoriana que permite al juez evitar el dictado de la quiebra, abriendo una instancia para subsanar las deficiencias que el contenido de la propuesta u otras circunstancias impugnables se hubieran deslizado en el proceso. Teoría que a nuestro modo de ver ha constituido una verdadera revolución en el desarrollo histórico del derecho concursal interno, aunque deban lamentarse los desvíos que han sido señalados en otra ponencia presentada a este mismo evento académico[6]

[6] Vaiser,Lidia: La segunda instancia y la tercera vía

Los recaudos formales y sustanciales del concurso: el domicilio y la cesación de pagos

Lidia Vaiser

Sumario

El cambio de domicilio social con intención de eludir la competencia natural, no puede limitar o impedir el derecho de la concursada para acceder al concurso preventivo.
El requisito de la cesación de pagos al momento de la presentación en concurso preventivo se sustenta prácticamente en la mera confesión del deudor.

Ponencia

La presente ponencia tiene una inocultable inspiración en distintos fallos de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y de la Corte Suprema de Justicia dictados en la causa "Oil Combustibles s/ Concurso Preventivo" hoy en Quiebra, caso al cual me he referido en trabajos anteriores[1]

Es dable afirmar que a partir de ellos y en otras instancias del mismo proceso, se han conmovido los cimientos del régimen concursal. Al mismo tiempo, el caso tuvo un impacto mediático y político pocas veces conocido.
Para ajustarme a los ejes temáticos de este Congreso, me referiré solamente a los aspectos que hacen a los requisitos sustanciales y formales del Concurso Preventivo, que a partir de los ardorosos debates que han existido alrededor de la mencionada causa, dejan algunas enseñanzas doctrinales.

[1] Vaiser, Lidia: ¿Se podría haber concursado Al Capone?(Reflexiones en torno al caso Oíl Combustibles) Rev. Errepar, Doctrina societaria y concursal; 21-5-2018

Recordaremos que la sociedad Oil Combustibles, controlada por los empresarios Cristóbal Lopez y Fabian de Souza (aparentemente de facto), sumamente cuestionados y con varias causas penales instruidas en su contra, se presentó en concurso preventivo en la Provincia del Chubut, previo traslado de la sede social a esa Ciudad, donde presumiblemente la justicia le sería más complaciente. Sin embargo la IGJ no había convalidado el cambio de jurisdicción pretendida, por lo cual la sociedad se mantenía inscripta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Planteada y dirimida la cuestión de la competencia territorial a favor del Fuero Nacional en lo Comercial, se declaró *la nulidad de todo lo actuado* en la jurisdicción primigenia. Lo que dio lugar a varias intervenciones sucesivas de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y de la Corte Suprema de Justicia.

Vale la pena subrayar que la nulidad articulada, se basó esencialmente en una conducta presumiblemente fraudulenta de la concursada, consistente en crear un domicilio ficticio con el fin de eludir la competencia del juez natural.

La mencionada constituye una práctica viciosa, que se aprecia con alguna asiduidad, a la cual y hasta ahora no se le ha atribuido ni el demérito ni las consecuencias jurídicas advertidas en la especie.

La Sala D de la Cámara Comercial, había entendido en su momento, que los jueces tienen todas las potestades para reparar el fraude, especialmente dictando la nulidad de las acciones que fueran reprochables; aunque estas facultades deben ser ejercidas con prudencia, -según se señalara- *respetando el derecho de los acreedores por los actos ya cumplidos*. Dicho en buen romance: la Sala mantuvo una *nulidad parcial* del proceso concursal, dotando de validez a la demanda de concurso y a las insinuaciones efectuadas hasta ese momento por los acreedores. Puede discutirse sin duda, si es que cabe la nulidad parcial de los actos jurídicos.

Los fundamentos así acordados refieren a la circunstancia de que se encontraban cumplidos los requisitos formales del art. 11; por lo cual la nulidad se descargó solamente contra la sentencia de apertura del concurso; lo que obligaba a dictar una nueva resolución.
Por la vía del recurso de queja, la AFIP llegó a la Corte Suprema de Justicia reclamando la nulidad completa del proceso, puesto que más allá

del asunto de la cuestionada competencia, entendió el apelante que el concursado **tampoco habría cumplido con el presupuesto objetivo del concurso**; es decir: no se encontraba en cesación de pagos.

La Corte Suprema, (Sentencia del 15-11-2017) aún considerando explícitamente que la materia no era objeto del recurso extraordinario, llamativamente entró de lleno en la cuestión y advirtió que el mero cumplimiento formal de los requisitos formales del concurso preventivo, no es materia suficiente para sostener la legalidad del proceso. Y que el juez debe examinar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, la que se encuentra dada no solo por el principio de conservación de la empresa, sino también por el logro de una *"finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores"*. Cabe señalar que tal imputación no podría recaer sobre el sujeto concursado sino sobre sus administradores.

A juicio de la Corte, mantener la apertura del concurso bajo los argumentos de la Alzada (recordemos: el cumplimiento de los recaudos formales) constituía una sentencia sustentada en afirmaciones meramente dogmáticas. Así, se revocó la sentencia con una directiva aparente de *nulificar todo el proceso incluyendo la presentación concursal.*

Luego de algunas contingencias procesales que pueden pasarse por alto a los fines de esta ponencia, en a la primera instancia el tribunal, siguió los lineamientos de la corte (nulidad absoluta del proceso); pero la concursada apeló el fallo, lo que dio lugar a una nueva intervención de la Sala D de la Camara Comercial que dictó sentencia el 27-12-2017 sobre la que nos ocupamos *in extenso* en el trabajo citado. En una apretada síntesis la Camara interpretó, sobre la base del informe general del síndico ya presentado en los autos, que el estado de cesación de pagos de la concursada *no admitía dudas*, y que *no correspondía juzgar sobre si ese estado patrimonial respondía o no a una conducta fraudulenta del concursado.* Citando a Yadarola, entendió el Tribunal que si el estado de cesación de pagos subsiste, el proceso destinado a resolverlo *no puede terminar sino por alguno de los medios que la ley establece***:** el concordato, que eliminando la cesación de pagos evita que se declare la quiebra.
Recurriendo esta vez a la doctrina de Raymundo Fernandez, la Sala señaló que ya en las previsiones de la ley 11719, la cesación de pagos debía ser considerada a los fines de la apertura del proceso, *cualesquiera fueren las causas determinantes de la cesación de pagos, aún cuan-*

do ésta fuera imputable a la negligencia, culpa o fraude del deudor.

Merece destacarse que la ley vigente (art.1 LCQ) no ha variado ese antiguo criterio, ya que la norma textualmente expresa que *"...el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley..."* Y vale la pena agregar que tampoco en el art. 11 de la Ley Concursal requiere mayor indagación sobre las causas de la cesación de pagos invocada por el deudor al momento de su presentación.

Resalta también el fallo de la Sala D lo que Maffia ha afirmado: que la buena conducta del deudor podía ser examinada para decidir sobre la homologación de la propuesta (art. 61 inc.5 de la ley 19551); pero que la "mala conducta" no resulta óbice para abrir el concurso. Concluyó finalmente la Sala en que la pretensión de AFIP respecto de que la cesación de pagos requiere de una conducta "inculpable", *no tiene asidero en nuestro derecho positivo.*

No puede sino concordarse con la tesis sustentada en el fallo de la Sala. Véase que ni desde un punto de vista formal, ni sustancial, la ley exige ese atributo. Huelga añadir que la propia ley de concursos trae sanciones específicas en caso de culpa o el dolo del administrador, pudiendo el juez hasta apartarlo del cargo, tal y como se verificó en el caso "Oil" (art.17 LCQ).

La cesación de pagos: Hemos sostenido anteriormente que en nuestro derecho positivo la cesación de pagos como recaudo sustancial del concurso al momento de la presentación, queda prácticamente constreñido a la mera confesión del deudor.[2] La inexistencia de otros requisitos legales encamina a considerarlo así. Y además, sin medidas complementarias y en el breve plazo concedido para dictar sentencia, no se advierte que fácilmente pudiera el juez determinar fehacientemente la existencia o inexistencia de ese estado patrimonial, desde ya, complejo. Y desde una mirada pragmática, guarda algún sentido suponer que el ingreso en el engorroso proceso concursal puede promoverse sin razón alguna ¿?[3]
En oportunidad de una conferencia ofrecida en Buenos Aires por el Prof. Daniele Vattermoli, catedrático de la Universidad La Sapienza

[2] Vaiser, ob cit Errepar

[3] Hilando finito hasta podría sostenerse que en la practica el concurso preventivo se encuentra habilitado aun en el caso de dificultades transitorias, pese a que se pregone que la cesación de pagos es el único presupuesto objetivo del concurso.

de Roma, se nos ilustró sobre las sucesivas reformas del derecho italiano flexibilizando notablemente el ingreso al concurso, al extremo del llamado "concordato en blanco", donde el deudor solo manifiesta su interés en concursarse sin mayores recaudos. [4]

Si bien no se aprecia así en nuestra ley, adviértase que la sentencia de apertura del concurso debe pronunciarse dentro de los *cinco días de la presentación concursal,* o eventualmente, vencido el plazo de diez días concedido al deudor para que complemente los recaudos formales que se le fijen. ¿Podrían éstos encontrarse referidos a la cesación de pagos como recaudo sustancial?- Sin duda, pero la escasez de los plazos y las normales urgencias que genera la situación, no admiten extraer otras inferencias más que las ya indicadas.

Bien puede resaltarse, además, que tampoco en la praxis se advierte otro temperamento que el sugerido aquí.

Ello no obstante, bien es cierto que en el transcurso del proceso podrían presentarse evidencias tendientes a establecer que el deudor no se encontraba en el estado patrimonial que la ley requiere; Especialmente a partir del informe general del síndico que, ya con conocimiento más profundo sobre la situación del deudor, debe pronunciarse explícitamente sobre esos aspectos. (Art. 39, inc.1 y 6)

Particularmente y en el marco de la jurisprudencia interna, la cuestión aparece ventilada en algunos precedentes en el momento de la homologación del acuerdo. Puede recordarse al respecto una sentencia de Guillermo Ribichini como juez de primera instancia, en los autos "Galassi 2000 s/Conc.Prev.", donde la deudora había propuesto desinteresar a un solo acreedor titular del 98,67% del pasivo verificado (el Banco de la Pampa) pagando el 100% de su crédito dentro de los 90 días de operada la homologación del acuerdo. E intentaba cancelar los créditos restantes, (1,3%) con seis años de plazo de gracia y en cuatro cuotas anuales.

Se juzgó entonces que en la formulación y aceptación de una propuesta tan *extravagante subyacía una buena nueva,* (dicho con palpable ironía): el pago del 97% del pasivo en 90 días. Con lo cual y al momento de homologar ese acuerdo, el juez consideró que declarar la quiebra sería tan o más disparatado que aprobar el acuerdo. Por lo cual se decidió *revocar la apertura del concurso preventivo*

[4] Facultad de Derecho, 22-2-2018

por desaparición sobreviniente del presupuesto sustancial objetivo que le dio sustento, esto es: la cesación de pagos[5]

A partir de los razonamientos hasta aquí expresados y sin perjuicio de los ya esbozados, la decisión de la Sala D en punto a la validez de la presentación concursal resulta *totalmente acert*ada, especialmente considerando que al momento de ser dictada, el síndico ya se había pronunciado sobre la existencia de la cesación de pagos, aparentemente sin controversias.

Si bien no pueden soslayarse los reproches que sobre la conducta de los administradores o controlantes de la deudora son por todos conocidos, esas acciones cuestionables son atribuibles exclusivamente a aquellos; por lo que deben primar dos principios: la separación existente entre el empresario y la empresa (según añosa doctrina); y los intereses tutelados. Me refiero específicamente al "interés concursal" que según parte de la doctrina a la cual adhiero, (Richard, Barreiro; en contra: Truffat y Lorente) está presente y va más allá de los derechos que correspondan al deudor o a los acreedores. Especialmente y en el caso que nos ocupa, considerando también el enorme impacto social que presenta la cuestión, por el empleo: sostenido en el conglomerado en crisis y el cuantioso valor de los activos en juego; sin olvidar el interés del Estado en recuperar un crédito inmenso.

5 Me ocupé in extenso del caso en la obra El abuso del derecho en los procesos concursales; Ed. Ad-Hoc, Bs.As.2008, Pags.80/82

2. Competencia. Forum Shopping

Consecuencia de la violación a las reglas de la competencia concursal

Gabriela Fernanda Boquin

Ponencia

La violación dolosa de la normativa impuesta por el art. 3 de la ley de concursos y quiebras implica un fraude concursal, siendo la consecuencia inevitable la nulidad absoluta de todo lo actuado con posterioridad a dicha transgresión.

Fundamentos

En la presente ponencia se intenta demostrar que la única solución legal al fraude a la jurisdicción es la nulidad absoluta de todo lo actuado ante el juez incompetente[1] pues la competencia territorial en materia de concursos es de **orden público.** En este sentido la CSJN ha considerado que "*las normas de competencia de la ley de concursos no son meras disposiciones para la distribución de causas entre los tribunales, sino que atienden a la naturaleza del procedimiento, que en definitiva afecta a una universalidad activa y pasiva. La apertura del concurso produce consecuencias de orden sustancial y formal de enorme relevancia, que llevan a la consagración y efectiva aplicación de los principios liminares del proceso, como el de defensa en juicio, concentración de los procesos –como modo de favorecer la economía procesal y seguridad jurídica- así como el de inmediación, los que contribuyen al destino final de la prestación de un buen servicio de justicia*"[2] y en fecha más reciente ha ratificado su postura considerando *"Que la competencia del juez que debe intervenir en el proceso concursal se halla expresamente dispuesta por la ley y constituye una previsión de orden público, porque atiende a los intereses generales en juego propios de un proceso colectivo que afecta la totalidad del patri-*

[1] Cfr. CNCom Sala C "Coimexpor Argentina SA s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250 CPCN" 28/6/2018

[2] Cfr. fallos 318:2027, 322:2210, 329:167; 328:65

monio del deudor, suspende el trámite de las acciones singulares y genera la atracción al juzgado de radicación del proceso universal de los procesos iniciados contra el concursado, alterando su competencia natural, a la vez que convoca obligatoriamente a todos los acreedores a concurrir por vía igualitaria de verificación, razón por la que la competencia deviene improrrogable tácita o expresamente[3]

Los principios generales orientadores que lo rigen referidos a la universalidad del patrimonio del deudor como prenda común de la colectividad de los acreedores (art.743 CCC), la pars condicio creditorum, la protección del crédito y del comercio en general, la conservación de la empresa como también la actuación jurisdiccional de oficio son de **orden público** pues tienden a asegurar el derecho de propiedad y de igualdad de tratamiento de los acreedores, el debido proceso y la defensa en juicio, todos ellos garantizados por la Constitución Nacional [4].

También es sabido que el cambio de domicilio social de una jurisdicción a otra requiere de una serie de trámites que comprenden la inscripción en el Registro de la nueva jurisdicción y la cancelación en la de origen; y que debe caracterizarse como un domicilio ficticio a aquel que fue constituido a los fines de sustraerse del juez natural y eludir la acción de los acreedores, siendo doctrinaria y jurisprudencialmente reconocido que se presume tal calificación cuando se ha producido dicho cambio en forma concomitante con la presentación concursal, coincidiendo además con que la nueva sede no responde a la realidad negocial de la deudora. Conforme resolviera la Corte con fecha 3 de junio de 2014 en los autos "Transportes Metropolitanos Roca S.A. s/ incidente de inhibitoria (art 12 CPCC)" siguiendo el dictamen Fiscal, se "ha resuelto que, en supuestos excepcionales, cede el principio legal como determinante de la competencia, cuando se advierte que se puede configurar un caso de creación de un domicilio ficticio, que altere el acceso regular de los acreedores al procedimiento para la defensa de sus derechos".

Así, si la deudora viola las previsiones del art. 3 LCQ, a los fines de sustraerse del juez natural, presentándose en concurso en una jurisdicción que no es la que la que corresponde legalmente nos encontramos frente a un caso de nulidad absoluta, pues se encuentra

[3] CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Fisco Nacional –AFIP en la causa Oil Combustibles SA s/concurso preventivo", 15/11/2017

[4] Cfr. Corte Suprema de Justicia Nacional a los mismos en el caso "Banco de Hurlingham c. Collón Curá" del 3.12.02

en juego la afectación de normas que comprometen el orden público concursal. Ello atento a que el cumplimiento del art. 3 LCQ no resulta materia disponible para las partes ni de aplicación discrecional para el juez.

La nulidad absoluta procede "*cuando el interés inmediatamente y vulnerado es el interés general, esto es, "el orden público, la moral y las buenas costumbres"* [5]. Por otro lado se dice que *"...la nulidad es absoluta cuando se funda en razones de seguridad, moralidad o interés general, es decir, cuando el acto jurídico atacado es contrario a una disposición de orden público que el legislador ha impuesto con carácter de imperativo. ..."* [6]

Principio del formulario

Y cuando la nulidad del acto es absoluta, ésta se produce de pleno derecho bastando verificar, la existencia de la causal que la motiva para que ella sea declarada, razón por la cual el juez debe decretarla aún sin petición de parte.

Entonces existe una conducta fraudulenta de la concursada, que crea un domicilio ficticio en extraña jurisdicción para eludir la competencia del juez natural y crear una competencia inexistente. Existe en estos casos un fraude a la ley, procesal y jurisdiccional en lo relativo a la competencia territorial que busca lograr la apertura de un proceso universal, ya sea falencial o concursal.

Ante la existencia de un fraude a la ley los magistrados no pueden convalidarlo, debiendo repararlo o evitar su consumación, declarando la nulidad del acto y de aquellos que se realizaren en consecuencia, sin perjudicar con ello a los acreedores legítimos.

A la misma conclusión arribamos por aplicación del art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto dispone que el efecto de la declaración de un acto como fraudulento (que intenta evitar una ley imperativa) consiste en aplicarle las consecuencias que pretendía evitar. En el caso que tratamos_ fórum shopping concursales declarar la nulidad del auto de apertura o de decreto de quiebra dictada por el Juez del domicilio ficto pues la concursada no puede beneficiarse de un acto que es nulo por violar normas de orden público, como son las que rigen en materia concursal. El magistrado no puede permanecer indiferente ante tales situaciones y debe velar para que el concursado no realice actos tendientes a disminuir la garantía de sus acreedores o a actuar en fraude a la ley.

[5] *Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial comentado, Rubinzal Culzoni Editores, Año 2015, Tomo II, pág.51.*

[6] *Nissen, Ricardo A., "Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada", Astrea, Bs.As. 2010, Tomo 2, pág.862.*

Ahora bien, esta no es una postura pacífica en la jurisprudencia, pues existen antecedentes en los cuales los Tribunales decretan la inoponibilidad del trámite y no la nulidad del concurso abierto en jurisdicción ficticia[7]. Este criterio, aunque respetable, es erróneo pues inoponibilidad y nulidad son dos categorías de ineficacia totalmente diferentes en nuestra legislación. Así el art. 382 CCCN dispone "que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su oponibilidad respecto de determinadas personas". Esta diferenciación genera consecuencias distintas según el acto sea inoponible o nulo. Mientras el acto inoponible no tiene efectos respecto de terceros (art. 396 CCCN) el nulo implica que las cosas vuelvan al estado anterior de la realización de ese acto (art. 390 CCCN), lo que implica que siendo la presentación del concurso nula todo lo posterior a ella caerá por ese vicio.

Concluyo entonces, que una interpretación sistemática e integradora de la legislación vigente y sobre la base de los principios fundantes del ordenamiento jurídico (arts. 21, 502, 953, 1071 y conc. Código Civil y arts.10, 12, 279, 386 del Código Civil y Comercial de la Nación), impone asignar al juez un rol de custodio del orden jurídico y decretar la nulidad absoluta de los actos llevados a cabo y las resoluciones dictadas como consecuencia de la presentación fraudulenta.

[7] CNCom Sala A 13 de junio del 2018 " Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. le pide la quiebra Tessa Susana Graciela y otros"

Concurso preventivo de la empresa vs. proceso penal contra los empresarios. Doce interrogantes sobre el "*Stare Decisis*"

Eduardo Mario Favier Dubois[1] y Lucía Spagnolo[2]

I.-Sintesis

El concurso preventivo de una empresa petrolera[3], tramitado en forma paralela a un mediático proceso penal contra sus directores y accionistas acusados de fraude fiscal[4], ha dado lugar a una serie de resoluciones jurisprudenciales que nos interrogan sobre el actual "stare decisis" concursal.

Se propone la posibilidad de un debate puramente académico a efectos de establecer la proyección de esos fallos sobre doce cuestiones propias de la materia concursal, con absoluta prescindencia de consideraciones políticas, morales y/o penales y teniendo en cuenta que se trata de un concurso de público acceso por internet y ya terminado por quiebra[5].

II. Fundamentos

Enumeramos a continuación doce temas de la materia concursal. En cada uno de ellos hemos incluído algún interrogante que

[1] Libertad 567, piso 9º, CABA, CP 1012AAJ tel 011-4382-0973, mail: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com; web: www.favierduboisspagnolo.com
[2] Libertad 567, piso 9º, CABA, CP 1012AAJ tel 011-4382-0973; mail: lspagnolo@favierduboisspagnolo.com; web: www.favierduboisspagnolo.com
[3] "OIL COMBUSTIBLES S.A. S/QUIEBRA" Juzgado Nacional en lo Comercial Nro.5, Sec. Especial. Puede consultarse por la web: www.pjn.gov.ar Consulta de causas. Expte. 19981/2016, Fuero Comercial.
[4] "LÓPEZ CRISTÓBAL Y OTROS S/ DEFRAUDACIÓN CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Y OTRO", Expte. Nº 4943/16, del Juzgado Criminal y Correccional Federal Nº 10.
[5] Todas las resoluciones judiciales que integran la presente comunicación ya tienen autoridad de cosa juzgada por lo que en nada podrá influir el debáte académico sobre ellas.

debió ser contestada por los fallos dictados a lo largo de la causa concursal en sus diversas radicaciones y etapas. La respuesta a las preguntas permitirá esclarecer si ha cambiado o no el "stare decisis", esto es, el consenso de doctrina y jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de determinadas normas de la ley 24.522.

1.-Presupuesto objetivo del concurso preventivo (art. 1º):
¿Para que proceda la apertura de un concurso preventivo alcanza con la existencia de "cesación de pagos" o también es necesario que la misma no sea imputable a una conducta ilícita atribuida a los administradores y controlantes por la cuál está en trámite un proceso penal?

2.-Juez competente por territorio (arts. 3º y 101):
¿La presentación de un concurso preventivo ante un juez del que luego se declara su incompetencia, hace pasar la causa al juez competente para seguir tramitando según su estado o impone la nulidad de la resolución de apertura del concurso?

3.-Actos cumplidos en un concurso anterior cuya declaración de apertura fue anulada (art. 14):
¿Ante la apertura de un concurso preventivo, que provee una presentación que motivara una apertura anterior anulada, deben volver a cumplirse en el nuevo concurso los actos cumplidos en el concurso anterior tramitados ante el mismo juez (vgr. verificaciones, informe general) o pueden declarárse válidos en el nuevo concurso y seguirse el trámite según su estado?

4.-Medidas cautelares en el "ante concurso" (entre la petición y la apertura) (arts. 85 y 274):
¿En el tiempo que va desde la presentación en concurso hasta que exista resoluciòn de apertura, procede o no dictar una medida cautelar que impida a los acreedores pre concursales la traba de embargos de caja, bancos o cuentas a cobrar hasta que se decida la suerte de la petición concursal?

5.-Competencia del juez concursal para el levantamiento de medidas cautelares dictadas en sede penal (art. 21):
¿Puede un juez penal decretar medidas cautelares patrimoniales contra una empresa concursada a pedido de un acreedor preconcursal? ¿Es competente el juez concursal para disponer el levantamiento de medidas patrimoniales trabadas a favor de acreedores anteriores pero decretadas en una causa penal en curso contra directores y controlantes?

6.-Competencia del juez del concurso sobre deudas post concursales (art. 274):
¿Son ajenos a la competencia del juez concursal los embargos de caja y bancos trabados por deudas post concursales o puede de alguna forma "interferirlos" (medida "anti cautelar"; cuenta judicial protegida; fideicomiso de caja con autorización judicial) para garantizar la continuación de la empresa?

7.-Período de exclusividad (art. 43):
¿Puede renunciar el deudor al plazo no consumido de la exclusividad para dar lugar al procedimiento de salvataje ("cramdown"), o debe esperarse necesariamente al vencimiento del plazo aunque confiese que le es imposible obtener las conformidades?

8. Salvataje empresario (arts. 48 y 48 bis).
¿Abierto el salvataje empresario, tiene derecho a inscribirse cualquier interesado o tiene el juez la facultad de exigir la acreditación de ciertos recaudos previos de admisibilidad por razones técnicas? ¿Pueden limitarse, por razones técnicas, los derechos de la cooperativa de trabajadores para participar en el cramdown? ¿Si el único inscripto en el salvataje luego desiste, hay quiebra o puede continuar el salvataje solo con el deudor?

9.-Radicación de concursos de sociedades integrantes de un mismo grupo (arts. 67 y 274):
¿Procede la radicación de los concursos preventivos individuales de empresas del mismo grupo en el mismo juzgado donde ya tramita el concurso de la controlante aunque no se trate de un concurso por agrupamiento? ¿Procedería en supuestos de diversa jurisdicción territorial?

10.-Deberes de los acreedores e "interés concursal" (arts. 255 y 260):
¿Un acreedor que es al mismo tiempo "pre concursal" y "post concursal" y, además, integrante principal del "Comité de control" (AFIP), puede trabar embargo de toda las cuentas bancarias provocando la cesación de pagos post concursal y frustrando la solución preventiva, o tiene la obligación de actuar procurando la continuación de la empresa y el pago de las deudas pre concursales (vgr. embargando otros bienes), conforme con un "interés concursal"?
11.-Publicidad de las actuaciones concursales y secreto comercial (art. 279):
¿Los informes de síndicos, veedores y co administradores sobre la situación de una empresa concursada deben ser siempre públicos

(web del poder judicial) cualquiera sea su contenido y como garantía de transparencia, o cuando se trata de información propia del "secreto comercial" de la empresa (clientes, proveedores, mercados, precios, contratos, incumplimientos, dificultades para pagar sueldos, etc.) deben mantenerse reservados?

12.-Separación entre la empresa y el empresario (arts.1, 17 y 48):
¿Es suficiente, para separar la conducta del empresario de la suerte de la empresa, la existencia de un contrato de gerenciamiento por el cual se transfirió a un tercero el poder de cambiar a los directores y de votar en todas las asambleas de las sociedades del grupo anexo a una compraventa bajo condición suspensiva (obtener el levantamiento de una inhibición penal), o es necesario para tal separación que la compraventa de acciones se haya ejecutado y registrado en el libro respectivo?

El consumidor sobrendeudado y su visión según la justicia de Catamarca

Claudia Gabriela Villalba y Cynthia Elizabeth Agüero

Sumario

El Propósito de la presente ponencia es identificar y/o crear métodos o mecanismos de solución a la crisis que provoca el sobreendeudamiento del consumidor, específicamente personas físicas asalariadas en relación de dependencia con el Estado – empleo público-, quienes comprometen sus sueldos a futuro; siendo ésta la principal fuente de ingresos en la población de la Provincia de Catamarca. En general, se ha instalado el hábito de recurrir cada vez más al crédito siendo parte del efecto de la globalización y la cultura del consumismo donde se crean necesidades y se otorgan múltiples y sencillos medios de pago en base a potenciales y futuros ingresos; que cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento y que éste sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas y aquí se plantea el problema. A más de ello, el consumidor -empleado público- se ve perjudicado por la reglamentación del Estatuto del Personal de la Administración Pública, que establece como causal de cesantía ser declarado en concurso o quiebra fraudulenta, con ello estaría en peligro la continuidad laboral de un sin número de empleados públicos.

La ausencia de previsión legal en la ley 24.522 que prevea un modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores, el que no aparece como un vehículo idóneo para que el consumidor intente renegociar con sus acreedores, hace imposible que la persona pueda enfrentar la totalidad del pasivo, con su único sueldo.

Desarrollo

El gran problema que tiene en la actualidad el consumidor es su sobreendeudamiento, problema que afecta igualmente a su familia y repercute en la sociedad. La intención de este trabajo es aportar alguna idea tendiente a solucionar el conflicto que genera el sobreendeudamiento del consumidor, no solo para quien lo sufre sino para todas las partes involucradas en el proceso falencial.

El Consumidor llega al estado de insolvencia por varios motivos y de distinta forma, analizaremos las causas que lo conducen a la insolvencia, mostrando que el consumidor no llega solo a ese estado, sino también que existen factores externos o sectores que colaboran y lo inducen al endeudamiento.

Al respecto, Ariel F. Antonio y Giovanna E. del C. Cristofaro comentan que *"debe considerarse la existencia de un factor favorable a todo género de consumidores sobreendeudados, culpables o inocentes, que no debe menospreciarse, como es el grado de responsabilidad que también corresponda a la entidad de crédito y al acreedor de consumo, e incluso a todo el sector en general, por la concesión previsible incluso deliberada de créditos de alto riesgo"*[1].

Una de las formas en que el consumidor en la Provincia de Catamarca, se ha sobreendeudado ha sido la creciente y desmedida oferta de los comercios dedicados al préstamo de dinero en efectivo, situación que no ha sido regulada por el estado provincial y que cada día crece más. El diario El Ancasti, diario de mayor circulación en la provincia de Catamarca, publico una nota con fecha 25 de Julio de 2014 haciendo referencia al endeudamiento del consumidor y al respecto dice: *"En la Provincia de Catamarca, en el mes de abril del año 2012 se creó por decreto acuerdo del Gobierno 636 el Comité Ejecutivo para la erradicación de la usura, integrado por profesionales y funcionarios de las carteras de Gobierno, Producción, Desarrollo Social y Hacienda, Fiscalía de Estado y Asesoría General de Gobierno. El decreto estableció como techo para el costo financiero total de cualquier préstamo personal un 7% por encima de la tasa informada por el Banco de la Nación; superado ese límite, el interés sería considerado usurario y daría lugar a las sanciones correspon-*

[1] ANTONIO, Ariel y CRISTOFARO Giovanna. Procedimiento especial para el sobreendeudamieto de personas físicas con ingresos fijos. Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. Noviembre de 2008. Punta del Este. Uruguay.

dientes. Dos años y pico después de la disposición, la usura sigue en Catamarca tan flagrante e impune como antes, sino más. Diario "El Ancasti" de nuestra Provincia, informó sobre intereses que superan el 130% en un año y medio, y hoy el panorama se completa con un estudio más técnico realizado por el Centro de Estudios para una Nueva Catamarca (CEPUNC) que detectó casos donde el costo de los préstamos linda el 400% anual debido a que la composición de las cuotas fijas no contempla la reducción del capital a medida que se va pagando, cosa que recién ocurre en las cuotas finales. Pero al margen de las explicaciones técnicas, lo concreto es que los catamarqueños, y en especial quienes no tienen acceso al sistema financiero bancario, siguen a merced del caranchaje, que se alza con pingües ganancias con riesgos ínfimos o mínimos[2].

Desde hace varios años, los Juzgado Comerciales de todo el país, están recibiendo y dando tratamiento a los concursos y quiebras de empleados públicos sin activos, esta problemática resulta totalmente distinta a los concursos y quiebras de sociedades, comerciantes, entre otros, por lo que los Jueces no deberían darles soluciones similares.

El consumidor debería recibir la instrucción y la asistencia social necesaria para su reinserción en la sociedad, no solucionando solo el problema actual, que no solo es económico, sino dándole las herramientas necesarias para tener acceso a vivir dignamente.

Una persona física que se concursa o quiebra, está sincerando su situación ante sus acreedores y la sociedad, eso merece la absoluta protección de la ley y la ley y la justicia, sobre todo y principalmente en lo que hace a la intangibilidad del empleo público del individuo en tal situación.

El concursamiento o la quiebra de una persona, son remedios judiciales que procuran su reinserción económica plena.

En materia de Concursos y Quiebras las provincias nada pueden legislar, puesto que toda la materia de bancarrotas ha sido delegada por ellas en el Congreso de la Nación. Si una provincia establece para un agente estatal concursado o quebrado, más inhibiciones que las que establece la ley concursal nacional, está regulando sobre temática

[2] https://www.elancasti.com.ar/opinion/2014/7/25/relato-combate-usura-11777.html-

falencial, lo que está vedado por los artículos 75 inc. 12 y 126.
Con esta postura sostenemos que varias leyes provinciales que legislan sobre el régimen de sus empleados públicos y se refieren al concurso o quiebra de los mismos son inconstitucionales. Y si diera el caso de sanción sobre un empleado público como consecuencia de estar tramitando su concurso preventivo o quiebra, correspondería aplicar los remedios judiciales (acción de inconstitucionalidad o acción de amparo) establecidos en casa legislación provincial, a fin de ajustar la situación a la legislación superior que regula la materia.

En relación a la Legislación del Empleado Público tenemos, El Estatuto del Empleado Público de la Provincia- Decreto (CEPRE) Nº1238 – Texto Ordenado – Ley Nº3276- Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Provincial (Catamarca), que en el Capítulo VI del Régimen Disciplinario, prescribe en su art. 63 entre las causales para la cesantía: *"...ser declarado en concurso civil o quiebra calificados de fraudulentos..."*.

Asimismo a Nivel Nacional-Regulación de Empleo Público Nacional-Ley 25.164, en su Art 32, inc d) señala como causal para imponer cesantía: *"... Concurso civil o quiebra no causal, salvo casos debidamente justificados por la autoridad administrativa..."*.

En nuestra Provincia, la mayoría de los casos es el deudor quien se presenta en Concurso Preventivo y ante la imposibilidad de acuerdo o de imposibilidad de cumplimiento de acuerdo arribado, deviene la Quiebra Indirecta, la que a su vez culmina por Clausura por Falta de Activo en los términos del art. 232 y 233 de la ley 24.522.

En relación a los efectos que prescribe el art.233 de la citada ley, es decir la presunción de fraude y la comunicación a la Justicia Penal para la instrucción del sumario pertinente, es donde nuestra ponencia quiere exhibir una posible solución transitoria o propuesta a los fines de un Proyecto Legislativo. Dicha solución o propuesta consiste en la decisión tomada en el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial y de Ejecución de Primera Nominación en los autos "Expte Nº 098/2014 SCHUSTER ARMANDO BERNARDINO S/ PEQUEÑO CONCURSO PREVENTIVO - HOY QUIEBRA", en dichos autos se tuvo en cuenta la calidad del sujeto, consumidor- Empleado Público-sobrendeudado, habiendo devenido la quiebra indirecta, que según el Estatuto del Empleado Público de nuestra Provincia acarrearía la sanción de cesantía por quiebra calificada de fraudulenta prescripta

en el art. 63 del mismo y toda vez que el citado estatuto data del año 1992 y nuestra ley 24.522 es de fecha posterior; es que la Sentenciante en un todo de acuerdo con la voluntad puesta de manifiesto por el deudor y previa vista a la sindicatura, resolvió mediante Sentencia Nº 13 de fecha 10 de abril del 2017, ordenar se practique liquidación de los gastos de justicia del proceso falencial y oficiar a la Empleadora a fin de trabar embargo y depositar los mismos a la orden del Juzgado. Asimismo, practicada la liquidación, mediante proveído de fecha 24 de mayo del 2017, se incluyó en la orden de embargo a la empleadora el monto correspondiente a honorarios; evitando de esta manera, la comunicación a la Justicia Penal y por ende la cesantía del deudor en su empleo, no existiendo en autos planteo o impugnación por parte de ningún acreedor, como así tampoco del por empleador del hoy fallido.

Propuesta

1. Marcelo Barreiro ha manifestado en cuanto a la creación de *un sistema único de registro de deudores de los sistemas financieros y bancarios* para evitar el otorgamiento de créditos por encima de las posibilidades del sujeto consumidor. Se debe impedir que el consumidor pueda sacar más de un crédito en base al mismo recibo de sueldo, con el que no podría pagar todas las cuotas a las que se compromete.
2. Se debe determinar la responsabilidad del otorgante del crédito.
3. Educación para el Consumo (Rafael Barreriro)[3].
4. Modificación del Estatuto del Empleado Público Provincial y Nacional.
5. Nueva legislación que controle los intereses de financieras registradas, y que erradique financieras o prestamistas no registrados.
Reforma de la Ley Concursal sobre el consumidor sobreendeudado.

Conclusión

Es nuestra intención, mediante este trabajo, poner en conocimiento la situación anómala que la Ley en la Provincia de Catamarca mantiene respecto a la legislación aplicable al sujeto concursado y/o quebrado, cuando se trata de empleados públicos y la posible solución jurisprudencial aplicable en el interín de la reforma de Nuestra Ley Concursal sobre el Consumidor Sobrendeudado.

[3] BARREIRO, Rafael. *Precisiones acerca de los concursos pequeños, crisis sistémicas y consumidores endeudados en demasía.* Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia. Tucumán, agosto de 2008.

El empresario emprendedor como eje del microsistema concursal del futuro

Leonardo David Balduzzi

Sumario

Con esta ponencia no pretendemos más que sembrar algunas inquietudes acerca de lo que no se discute; discutimos el cómputo de los plazos, legitimaciones, factores de atribución, el cumplimiento de requisitos o la caducidad de los plazos pero sólo ocasionalmente nos preguntamos si los institutos concursales concuerdan con el porvenir del mundo empresario y de los negocios.

La quiebra como método de ejecución colectiva del patrimonio del deudor insolvente se remonta a los estatutos mercantiles del S. XII y XIII y todavía hoy ocupa la mayoría del articulado en nuestra ley concursal. Ello tiene, por lo menos, que invitarnos a reflexionar sobre la evolución del derecho concursal.

Los procedimientos concursales que existen en nuestro derecho positivo han sido diseñados bajo una realidad empresaria que dista bastante de la actual pero más aún de la que nos espera. En los últimos años, el foco de atención sobre la disfuncionalidad de la ley concursal se puso en los consumidores o personas humanas que no realizan una actividad organizada bajo la forma de empresa; sin embargo, todavía no leemos ni escuchamos hablar acerca de cómo impacta el fenómenos del *entrepreneurship* en el microsistema concursal.

Introducción

El fenómeno emprendedor como ecosistema empresario con características propias viene abriéndose camino desde hace un par de décadas en nuestro país. En este sentido, no podemos decir que la

cultura emprendedora y todo lo relacionado al emprendedorismo sea una novedad entre nosotros. Lo que sí resulta un suceso de reciente trascendencia es la decisión política del Estado de impulsar la actividad emprendedora como eje del sistema productivo del futuro.

Dado este contexto, consideramos oportuno comenzar a preguntarnos sobre la inserción del empresario y la empresa emprendedora dentro del microsistema concursal. En la presente ponencia intentaremos dar cuenta acerca de la falta de armonía que existe entre las bases del *entrepreneurship* y nuestro régimen concursal.

I. Los emprendedores de hoy, las empresas del mañana

Como nunca antes, estamos presenciando cambios de paradigmas en casi todos los órdenes sociales: la educación, la salud, la comunicación, el deporte, la cultura, la familia, el trabajo, la empresa y también en el derecho como articulador de los intereses que se dirimen en cada campo social. Se discute todo lo que hasta poco tiempo atrás se aceptaba como un dogma. El derecho, junto con la política y la religión, no se caracteriza precisamente por sus cambios acelerados sino que más bien tiende a conservar lo construido. Es así que nos cansamos de leer jurisprudencia que se limita a reproducir criterios supuestamente consolidados; la propia ley es estructuralmente estática aunque funcionalmente dinámica gracias a la labor de la doctrina y la buena jurisprudencia.

Como contrapartida a lo que normalmente sucede en el campo del derecho, cada vez con más frecuencia escuchamos historias acerca de jóvenes talentosos que se animan a perseguir sus sueños desarrollando bienes o servicios con ideas innovadoras, disruptivas, casi siempre de base tecnológica, pensando en la sustentabilidad del medio ambiente, etc.; bicicletas eléctricas, prótesis 3D, drones que reforestan, ladrillos ecológicos, plataformas y apps para todo tipo de necesidad dan muestra del fenómeno que mencionamos. La máxima "estudia, gradúate y trabaja duro" está cambiando por "estudia, gradúate, disfruta y emprende". El emprendedorismo parece ser ni más ni menos que la apuesta del S. XXI para el desarrollo y crecimiento de las economías.

Lo interesante es que ahora en nuestro país existe la decisión política de instalar y apuntalar la actividad emprendedora como un camino sostenible hacia el crecimiento y el desarrollo. En los distintos

niveles de gobierno están implementándose programas para fomentar la cultura emprendedora como asimismo constituir o fortalecer el ecosistema emprendedor en nuestro país.

Así pues:
La Secretaría de Emprendedores y PyPEs del Ministerio de Producción de la Nación explica que:

"Trabaja en la transformación de la matriz productiva, potenciando el valor estratégico de las PyMEs y Emprendedores como motores y dinamizadores del desarrollo económico del país. Busca llevar a la Argentina a la cultura empresaria del siglo XXI, a través de la generación de más y mejor empleo, el incremento de la competitividad de las empresas, su capital humano y el crecimiento económico en todos los sectores.

Promueve y vela por un marco regulatorio competitivo que facilite la creación de nuevas empresas y el crecimiento de las MyPyMEs; desarrollar ecosistemas de emprendedorismo e innovación en todo el país en articulación con provincias y municipios , propiciando su integración regional en clusters y cadenas de valor sectoriales y globales.

La Secretaría de Emprendedores y PyMEs impulsa múltiples actividades y Programas para fortalecer el entramado PyME y consolidar una red federal de emprendedores. Con estos objetivos, Academia Argentina Emprende busca potenciar el desarrollo de habilidades emprendedoras en todo el territorio nacional y promover la formación de formadores. Las Jornadas PyME y Emprendedores complementan la iniciativa a través de equipos técnicos que analizan los desafíos y demandas del ecosistema productivo local para identificar las necesidades, establecer contacto con sus referentes y difundir las herramientas que se impulsan desde la Secretaría.

Además, se creará un Red Nacional de Incubadoras que contemplará programas de capacitación, fondos aplicables a su fortalecimiento institucional y la generación de redes. El plan de acción también incluye la promoción de Empresas Sociales en el país que sean sustentables y operen, al mismo tiempo, con la disciplina financiera, la innovación y la determinación de una empresa del sector privado."[1]
La Agencia Córdoba Innovar y Emprender S.E.M. lleva adelante en

[1] Disponible en: https://www.produccion.gob.ar/sepyme.

la Provincia de Córdoba el programa Córdoba Incuba Empresas con el propósito de fortalecer las incubadoras de empresas para que ellas transfieran conocimiento mediante asistencia técnica a emprendedores y así promover la gestación de emprendimiento innovadores de alto impacto y extender la esperanza de vida de estas empresas nacientes. Como sustento de esta política, se afirma que: "La Provincia de Córdoba cuenta con un entorno propicio para el desarrollo de emprendimientos innovadores de alto impacto (EIAIs). Ésta representa uno de los polos universitarios-educativos más importantes del país. Asimismo, cuenta con un Ecosistema Emprendedor modelo, en donde fundaciones, universidades, incubadoras de empresas, aceleradoras, cámaras empresarias y sector público trabajan en forma mancomunada para fomentar el desarrollo emprendedor. El sector empresario, por su parte, demuestra un alto compromiso con el crecimiento de emprendimientos innovadores a través del financiamiento y el mentoreo. Finalmente, la provincia cuenta con rubros productivos altamente desarrollados y empresas ya consolidadas en agroindustria, salud, educación, finanzas, turismo, TIC's y metalmecánica; lo que genera amplias oportunidades para los emprendedores."[2]

La Municipalidad de Córdoba también promociona de manera conjunta con otras instituciones locales los emprendimientos a través de convocatorias abiertas para la validación de ideas emprendedoras. El objetivo es contribuir al éxito de los proyectos en la etapa de gestación temprana con asistencia técnica y financiera.

II. Las incubadoras y aceleradoras de empresas

Una muestra notable de la expansión del fenómeno emprendedor son las denominadas incubadoras de empresas. Se trata de entidades privadas, públicas o mixtas que ofrecen infraestructura, capacitación, asesoramiento, vinculación y asistencia financiera a emprendedores; colaboran en la creación, desarrollo y consolidación de emprendimientos. Mediante Resolución n° 14/2016 del 23 de Mayo, la Secretaría de Emprendedores y la Pequeña y Mediana Empresa crea el Registro de Incubadoras; el Anexo I las define como "...todas aquellas personas jurídicas (privadas, públicas o mixtas) que [...] ofrezcan servicios de incubación y acompañamiento tanto a emprendedores como a empresas de reciente creación, para la

[2] Disponible en: http://www.cba.gov.ar/cordoba-incuba-empresas/.

realización de los procesos de estudio y gestación de sus proyectos, proporcionándoles asistencia técnica continua y realizando el monitoreo de sus desarrollos, a través de una amplia gama de recursos y conocimientos específicos." (art. 2) Cabe añadir que el registro cuenta actualmente con casi 500 incubadoras inscriptas para ofrecer sus servicios en el marco de los programas de la Secretaría de Emprendedores y PyMEs.

Los considerandos de la Resolución n° 14/2016 del 23 de Mayo corrobora aquello de que la promoción de la actividad emprendedora es el eje de una política estatal como así también la importancia que tienen las incubadoras dentro del ecosistema emprendedor. Por un lado, allí se dice "[q]ue en el marco de un nuevo ciclo de gestión de gobierno, y a fin de cumplir los objetivos de política pública de erradicación de la pobreza, resulta primordial facilitar la integración con los distintos sectores públicos y privados vinculados a la actividad emprendedora y desarrollar registros de los actos del ecosistema emprendedor argentino." Por el otro, añade "[q]ue es fundamental el rol de las incubadoras en el crecimiento del entramado emprendedor y, por lo tanto, en el desarrollo de nuevas empresas que creen más y mejor empleo."

Otra evidencia de la importancia del emprendedorismo en el mundo son las aceleradoras de empresas. Ellas se dedican a captar *startups* escalables para apresurar su proceso de crecimiento a través de inversiones propias o de terceros. Los emprendimientos que resultan seleccionados participan de un programa intensivo con mentoreos, tutorías, educación digital, etc.; culmina con el *Demo Day*, oportunidad en la cual las *startups* tienen la posibilidad de practicar un *pitch* público ante inversores. Mientras que la incubadora proporciona todos los elementos necesarios para que un proyecto aparentemente viable pueda comenzar, la aceleradora se enfoca más bien en potenciar emprendimientos exitosos. Claro que una misma persona jurídica puede ofrecer tanto programas de incubación como de aceleración.

III. Ley de Emprendedores n° 27.379

Un hito sin precedentes para el emprendedorismo de nuestro país ha sido la sanción de la Ley de Emprendedores n° 27.379. En ella se instrumentan un conjunto de medidas tendientes a incenti-

var y potenciar la actividad emprendedora como política de desarrollo y crecimiento para todo el territorio nacional.

En particular:
- crea el Registro de Instituciones de Capital Emprendedor;
- establece beneficios tributarios sobre los aportes de inversión en capital realizados por inversores en capital emprendedor;
- crea el Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE) como fideicomiso de administración y financiero;
- implementa el Sistema de Financiamiento Colectivo como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor;
- regula la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) como nuevo tipo societario;
- crea el Programa Fondo semilla con el objeto capacitar y financiar a aquellos emprendedores que pretendan dar inicio a un proyecto o potenciar uno ya existente con grado de desarrollo incipiente.
- crea el Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores con participación público-privada en el ámbito de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción con la función principal de participar en la definición de objetivos y la identificación de los instrumentos más adecuados para promover la cultura emprendedora en la República Argentina.

IV. Resolución n° 434-E/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa

Mediante Resolución n° 434-E/2017 del 18 de Septiembre, la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa instrumenta como autoridad de aplicación las normas de la ley n° 27.379 sobre el apoyo al capital emprendedor.

Concretamente:
- aprueba las bases y condiciones del Fondo Aceleración;
- convoca a Instituciones de Capital Emprendedor e instituciones que ofrezcan servicios de aceleración de empresas de la República Argentina a participar en la convocatoria Fondo Aceleración;
- aprueba las bases y condiciones del Fondo Expansión;
- convoca a Instituciones de Capital Emprendedor de la República Argentina a participar en la convocatoria Fondo Expansión;
- aprueba las bases y condiciones del Fondo Semilla;

- convoca a los emprendedores y empresas de reciente creación, sean personas humanas o jurídicas, que pretendan dar inicio a un proyecto que posea un componente innovador y genere impacto social o potenciar un proyecto existente con grado de desarrollo incipiente en la República Argentina a participar en la convocatoria del Fondo Semilla;
- asigna el dinero del Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE) que estará destinado a cada programa;
- conforma un consejo asesor que tiene como función principal brindar asistencia en la fijación de los criterios de distribución de los fondos.

V. El microsistema concursal y los emprendedores

Con esta ponencia no pretendemos más que sembrar algunas inquietudes acerca de lo que no se discute; discutimos el cómputo de los plazos, legitimaciones, factores de atribución, el cumplimiento de requisitos o la caducidad de los plazos pero sólo ocasionalmente nos preguntamos si los institutos concursales concuerdan con el porvenir del mundo empresario y de los negocios.

La quiebra como método de ejecución colectiva del patrimonio del deudor insolvente se remonta a los estatutos mercantiles del S. XII y XIII y todavía hoy ocupa la mayoría del articulado en nuestra ley concursal. Ello tiene, por lo menos, que invitarnos a reflexionar sobre la evolución del derecho concursal.

Los procedimientos concursales que existen en nuestro derecho positivo han sido diseñados bajo una realidad empresaria que dista bastante de la actual pero más aún de la que nos espera. En los últimos años, el foco de atención sobre la disfuncionalidad de la ley concursal se puso en los consumidores o personas humanas que no realizan una actividad organizada bajo la forma de empresa; sin embargo, todavía no leemos ni escuchamos hablar acerca de cómo impacta el fenómenos del *entrepreneurship* en el microsistema concursal.

Nosotros consideramos necesario apuntar que:
- si la actividad emprendedora es una política de Estado para el desarrollo económico y social del país, el microsistema concursal no puede continuar bajo los mismos principios que en la Edad Media;
- es necesario emprender con innovación y creatividad soluciones concursales de alto impacto que resulten consecuentes con la pro-

moción de la actividad emprendedora;
- es necesario repensar, desarmar y rediseñar el ordenamiento falimentario para bridar soluciones acordes a una dinámica económica emprendedora;
- es imperioso comenzar a mirar el derecho concursal con los lentes del futuro dado que no podemos continuar analizando la crisis económica de una sociedad de triple impacto también llamada Sociedad Clase B como si fuera un comerciante que compra para revender;
- la creatividad e innovación sumada a la capacidad de reinventarse son valores fundamentales en el emprendedorismo que no compatibilizan con ciertas instituciones concursales tal es el caso de la inhabilitación, un típico castigo al fracaso que la actividad emprendedora pondera ni con los tiempos y costos de los procesos judiciales;
- el apoyo que recibe el emprendedor para llevar a cabo su *startup* se desvanece por completo cuando entra en crisis económica;
- los empresarios del futuro son los emprendedores, quienes conciben una nueva forma de hacer empresa con objetivos económicos pero también sociales o ambientales, con trabajo colaborativo, horizontalidad, flexibilidad, libertad, etc. y debemos pensar si nuestra régimen concursal se ajusta a esa nueva concepción del mundo de los negocios.

Conclusión

En realidad no tenemos nada para concluir sino todo por pensar y construir para que los institutos concursales concuerden con el porvenir del mundo empresario y de los negocios. Es imperioso desarrollar soluciones concursales de alto impacto que resulten consecuentes con la promoción de la actividad emprendedora como eje del crecimiento económico del país. Los retos que nos trae el S. XXI son sumamente complejos desde todo punto de vista y debemos afrontarlos con innovación y creatividad.

La persona humana sobreendeudada por créditos otorgados para el consumo

María Paula Cambas (alumna colaboradora) y Paula Cecilia Cattelán

Consideración preliminar

La presente ponencia es producto de la elaboración de una alumna de la carrera de Abogacía de la Universidad Católica de Santa Fe (Sede Posadas), María Paula Cambas, a quien acompaño en su proceso de formación, agradezco y valoro la iniciativa de participar en este Congreso.

Ponencia

Actualmente el tratamiento de la persona humana sobreendeudada por crédito otorgado para el consumo es idéntico al de una persona que realiza actividad empresaria, lo cual es una violación al principio de que hay que tratar "igual a los iguales".

La protección del consumidor para ser efectiva debe iniciarse o reforzase en el origen de la relación, es decir, aplicar especial cuidado en el otorgamiento del crédito para evitar llegar al estado de impotencia patrimonial para hacer frente a esas deudas.

Fundamentos

1. Introducción

El sobreendeudamiento del consumidor es un fenómeno socioeconómico que en los últimos tiempos está siendo objeto de estudio por los operadores jurídicos; genera una problemática que emparenta al microsistema del Derecho del Consumo con los grandes trazos del sistema concursal.

Hoy en día el crédito al consumo actúa como mecanismo de persuasión para seducir al consumidor a la demanda de bienes y servicios.

De ese modo, presiona sobre la libre decisión del consumidor, y por ello el sistema de protección jurídica diseña instrumentos para balancear tal situación. Cuando no se tiene un conocimiento certero de las condiciones del crédito, éste puede transformarse en una técnica peligrosa para el consumidor; el crédito pasó de ser un producto para un consumo de elite a uno de masas, configurándose como uno de los pilares de la economía capitalista.

"*Mediando operaciones consumeristas de venta a crédito, se ha apuntado no sin razón que es común que el consumidor actúe con una gran e increíble ligereza a la hora de suscribir documentos que ilustran sobre su deuda contraída a plazos o financiada, lo cual requiere y justifica su especial tutela.*[1] "

Frente a esta problemática no encontramos una solución propicia que asegure y a su vez no violente, los derechos consagrados constitucionalmente para los consumidores y usuarios. Ni la legislación específica del derecho comercial, ni el nuevo Código Civil y Comercial abordan plenamente la cuestión.

En la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, se regulan los denominados "pequeños concursos y quiebras" (arts. 288 y 289), con ello se intentó dar una solución rápida y a "bajo costo" para dichos consumidores, pero la normativa no modifica sustancialmente el trámite procesal común del concurso preventivo y de la quiebra. La quiebra tal como está regulada en nuestro país, proporciona importantes incentivos para su utilización como modo de superar una situación de sobreendeudamiento de una persona humana pero... ¿Son iguales aquellos empresarios que utilizan los créditos para realizar inversiones y acrecentar su capital y los simples consumidores y usuarios que utilizan sus créditos para solventar gastos personales? ¿Debemos tratarlos de igual manera?

La omisión del legislador en dar una respuesta específica a la problemática del consumidor sobreendeudado no puede nunca atentar contra los derechos de este grupo de personas humanas (consumidores) en situación de vulnerabilidad.

1 SAUX Edgardo Ignacio "*Tutela del Consumidor en las Operaciones de Venta a Crédito*" Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1: consumidores / dirigido por Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe. Santa Fe : Rubinzal Culzoni.

2. **Los consumidores**

El término *consumidor*, que hoy en día integra también el lenguaje jurídico, proviene de la Ciencia Económica. Así es definido como un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa sus servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades personales o familiares. El consumidor hace *valor de uso* de lo adquirido. Por el contrario el empresario, adquiere el bien por su *valor de cambio*, para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución[2].

En el ámbito de las ciencias jurídicas, la noción de consumidor presenta diversos inconvenientes, debido a que se ha ido ampliando cada vez más el círculo de personas que se consideran necesitadas de una especial protección en materia de consumo.

La ley de Defensa del Consumidor 24.240 (LDC) en su artículo 1° considera consumidor a "la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social…"

En este sentido, el consumidor es calificado en función del destino que le asigna a los bienes o servicios de que dispone, siempre que los mismos sean para su uso privado. El sujeto es protegido por ser el "destinatario final o de su grupo familiar o social"

Como lo destaca Wajnatrub citando a Botana García, "el consumidor no es un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa cuestión", a lo que Wajnatrub agrega que nadie ostenta una "credencial" de consumidor, sino que su calificación dependerá del caso particular[3].

El artículo 1° de la LDC continua diciendo que "… queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social." Se estable así una equiparación a la situación del consumidor; el "usuario" por su parte, es quien usa sin contratar, pudiendo ser un invitado, un familiar o un tercero. Nuestra legislación lo equipara al consumidor, quien es afectado o expuesto a prácticas comerciales.

[2] Confróntese: WAJNTRAUB, Javier H. *Régimen Jurídico del Consumidor Comentado*". Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017. Pg. 20

[3] Idem. Pg. 19 - 20

Lo expresado anteriormente se relaciona con el objeto buscado por el sistema protectorio en cuanto a éste no se limite únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos o materiales, ya que en gran cantidad de situaciones éstos no resultan ser los necesitados de la tutela legal. "*la realidad demuestra que usualmente las consecuencias dañosas que se producen en el mercado no encuadran en el "vínculo material" entre proveedor y consumidor, sino más bien que parten del mismo y "rebotan" en otros sujetos.*[4]"

3. Microsistema protectorio.

En el año 1994, con la reforma Constitucional, el Derecho del Consumidor adquirió una nueva perspectiva. En ella se plasmó el principio protectorio del consumidor reconociéndosele un conjunto de derechos fundamentales en el contexto de la relación de consumo, como el derecho a la seguridad, a la información, al trato digno y equitativo, a la protección de sus intereses económicos (art. 42 CN), entre otros. Como consecuencia directa de ello, se consignaron diversas modificaciones de la LDC, destacándose la reforma integral en el año 2008 con la sanción de la ley 26.361, dirigida a intensificar los derechos fundamentales de los consumidores (vg. el derecho de información y al trato digno).

La LDC instituye en su artículo 36 una serie de requisitos de interés que ofrecen un panorama relacionado con el deber de información en las operaciones de venta a crédito, las cuales son sumamente frecuentes en el marco de la contratación consumerista.

El deber de información, desde una postura doctrinal mayoritaria se considera una obligación accesoria del principio general de buena fe. Podemos afirmar que la misma adquiere rango de derecho fundamental al estar reconocido expresamente por la Constitución Nacional, con intención de reforzar la posición evidentemente más vulnerable de los consumidores, en consonancia con el espíritu que informa la regulación de la LDC.

En muchas ocasiones de consumo es habitual que, como contrato preliminar o accesorio, el consumidor acepte alguna de las ofertas de distintos sistemas de crédito destinados a la contratación de bienes o servicios. Esto proliferó en episodios tales como la exigencia de garantías excesivas, la capitalización de intereses, las tasas muy

[4] WAJNTRAUB, Javier H. op. cit. Pg: 21.

elevadas, los intereses punitorios exorbitantes, la mención de gastos absurdos o imaginarios.

Las deliberadas imprecisiones sobre las condiciones del crédito, con sus abusos y excesos en actualizaciones de intereses, recargos, sanciones por mora, intereses moratorios leoninos, entre otros... ponen al deudor en una situación de absoluta indefensión que concluye generando que a la larga se pague un monto que supera ampliamente el que se debía abonar en un principio. Al respecto, Saux, comentando oportunamente a Gabriel Stiglitz, dice que se trata de una mecánica que para el consumidor implica un fácil ingreso pero una difícil salida.[5]

Se define al crédito o financiación para el consumo como "*todo aquel que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder al consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o personal.*[6] "

El microsistema protectorio del derecho del consumidor exige, conforme a sus principios, que la información otorgada al tomador debe ser completa, clara, accesible y adecuada. En el mismo sentido, la redacción del artículo 36 de la ley 24.240 busca evitar el sobreendeudamiento al que se exponen los consumidores detallando explícitamente en el caso de realizar operaciones a crédito para que pueda el consumidor analizar en la práctica su real capacidad económica.

Tal es así que, ante su incumplimiento, la normativa es rigurosa imponiendo sanciones a los proveedores de bienes y servicios que operen a crédito pudiendo el deudor demandar la nulidad del contrato total o de la cláusula del contrato en que se omitiese alguno de los requisitos previstos en dicho artículo.

4. Sobreendeudamiento del Consumidor

Tiene dicho la doctrina que "*El sobreendeudamiento del*

[5] SAUX Edgardo Ignacio "*Tutela del Consumidor en las Operaciones de Venta a Crédito* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1: consumidores / dirigido por Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe. Santa Fe : Rubinzal Culzoni. Pg: 156.

[6] Idem. Pg: 157

consumidor consiste en la situación de una persona física que se ve imposibilitada de pagar, con sus ingresos mensuales, todas las deudas (actuales y futuras) sin comprometer la satisfacción de sus necesidades básicas o las de su grupo familiar o social.[7]"

La problemática del sobreendeudamiento excede al sujeto consumidor, termina proyectándose en su núcleo familiar y en la sociedad. Es por ello que la búsqueda de una solución real y resguardadora de sus derechos reviste, como lo dice Aída Kemelmajer de Carlucci, una "finalidad humanitaria." Es una cuestión social, económica y cultural propia de nuestra sociedad consumista.

Los autores distinguen dos clases de sobreendeudamiento del consumidor[8]: *Sobreendeudamiento Activo*: se caracteriza por haberse causado mediante un accionar negligente o culpable del sujeto, el cual asumió deudas que exceden los montos a los que puede hacer frente con sus ingresos.

Sobreendeudamiento Pasivo: en este caso el sujeto se encuentra en dicha situación por causas imprevistas y no imputables en forma directa a su conducta, ya sea por una reducción de sus ingresos o por un incremento no contemplado de sus gastos; aquí también se incluyen los gastos imprevistos referentes a la salud o necesidad de la persona.

La nueva visión del crédito adoptado para gastos personales de los consumidores trajo consigo la inserción en el sistema financiero en las economías de los sectores populares, lo cual acarreo el sobreendeudamiento del consumidor y en ciertos casos, su posterior insolvencia. Este fenómeno generó un costo demasiado elevado para los sectores de menos ingresos que se ven obligados a recurrir a mecanismos de financiamiento abusivos para poder de alguna manera "hacerle frente" a su deuda.

Lo que a primera vista se presentaba como un proceso inclusivo, integrador y de desarrollo económico se convirtió en una problemática social y de alto riesgo para el consumidor individual y la comunidad[9].

---

[7] WAJNTRAUB, Javier H. op. cit.
[8] Confróntese; Idem 202
[9] WAJNTRAUB, Javier H. op. cit

5. La regulación de los Pequeños Concursos y Quiebras.

La regulación concursal en nuestro país no nos ofrece una solución abarcadora de los derechos de los consumidores; los trata en igual manera que a los empresarios y personas jurídicas; estableciendo una igualdad entre desiguales. Claramente, ello atenta contra los principios constitucionales específicos en esta materia.

Los artículos 288 y 289 de la Ley de Concursos y Quiebras se limitan a conceptualizar los pequeños concursos y quiebras, estableciendo las particularidades que presentan. Pero no podemos pasar por alto que se trata de un instituto que no se adecua a las necesidades del consumidor; lo pone en pie de igualdad con sus acreedores, le plantea una renegociación para el cumplimiento de sus obligaciones de pago para de alguna manera lograr reestablecer y reencausar su economía familiar. Desconoce su situación de indefensión agravada por la falta de información e instrucción financiera y jurídica.

Estos procesos solamente aseguran los intereses de los acreedores y no la necesidad de reconstruir las finanzas de la economía del simple consumidor. La quiebra de estos consumidores se traduciría en embargos sobre su salario, en prohibiciones de pago de tarjetas de crédito, prestamistas etc., equiparando, sin lugar a dudas, una empresa con una familia.

6. Derecho Comparado

La misma temática fue resuelta de diversas maneras en otros países.

En Francia abordan la cuestión desde 1989, desde la óptica del Derecho del Consumidor y no desde el régimen concursal; le otorgan al juez amplias facultades para reducir las tasas de interés y cuotas, se crearon a su vez comisiones de sobreendeudamiento.

En Bélgica por su parte, cuentan con un servicio de mediación a través del cual el consumidor endeudado puede renegociar con sus acreedores y ante una solución amistosa, la misma debe ser revisada y homologada por el juez. De no ser así, éste puede tomar las medidas pertinentes para disolver el conflicto.

En Italia también existen oficinas dedicadas a la mediación entre el deudor y sus acreedores, aunque no cuentan con facultades tan amplias como en Francia y Bélgica.

En Suiza, en 1994, se introdujeron modificaciones en la ley federal sobre el embargo de deudas y el concurso, para establecer un mecanismo conciliatorio previo al proceso de insolvencia[10]

7. Conclusión.

Por lo expuesto anteriormente podemos afirmar que nuestro régimen legal es insuficiente y demuestra que el proceso concursal ha sido superado por el fenómeno falencial de los consumidores. Resulta necesario que el legislador otorgue una respuesta que esclarezca la cuestión y articule el procedimiento con los derechos constitucionales que tutelan a los consumidores.

El nuevo ordenamiento jurídico plantea un diálogo de fuentes. Para que se plasme en la realidad tienen que respetarse los microsistemas protectorios y lograrse así una integridad sistemática.

El enfoque desde el derecho comparado, permite decir que el abordaje de la cuestión realizado en Suiza resulta muy interesante para ser planteado en un futuro, en especial el proceso previo conciliatorio. La diferencia entre el mediador y el conciliador es que este último puede proponer soluciones y guiar a las partes para un acuerdo más instruido legalmente.

Actualmente el tratamiento de la persona humana sobreendeudada por crédito para el consumo es idéntico al de una persona empresaria, lo cual es una violación al principio de que hay que tratar "igual a los iguales".

La protección del consumidor para ser efectiva, debe iniciarse o reforzase en el origen de la relación, es decir aplicar especial cuidado en el otorgamiento del crédito para evitar cualquier tipo de proceso falencial. Cuando debe intervenir la LCQ ya es tarde.

[10] WAJNTRAUB, Javier H. op. cit. Pg. 205

Insolvencia de los consumidores

Paula Cecilia Cattelán y Matías O. D. González Bertero
(alumno colaborador)

Consideración preliminar

La presente ponencia es producto de la elaboración de un alumno de la carrera de Abogacía de la Universidad Católica de Santa Fe, Matías O. D. González Bertero, a quien acompaño en su proceso de formación, agradezco y valoro la iniciativa de participar en este Congreso.

Ponencia

Del análisis del régimen vigente aplicable a los pequeños concursos y quiebras no podemos más que coincidir con la opinión mayoritaria de la doctrina nacional que sostiene que no se modifica en lo sustancial el trámite procesal común del concurso preventivo y/o quiebra. No ha resultado una herramienta útil para hacer frente a los objetivos simplificadores que motivaron a los legisladores su implementación en el año 1995, ni mucho menos para tratar la situación de crisis de los consumidores sobreendeudados o insolventados.-

Consideramos que en nuestro derecho el régimen de los pequeños concursos y quiebras reglado en los arts. 288 y 289 de la LC, resulta insuficiente para dar una respuesta al problema del sobreendeudamiento de la persona humana consumidora. Entendemos que las particularidades del sujeto concursable requiere una rápida respuesta del legislador. No puede seguir tratándose como iguales a sujetos que no lo son. Aplicar un único proceso concursal a todo tipo de sujeto provoca inequidades y no resuelve el problema. La unidad de procedimiento genera mayores costos, demoras judiciales, pérdida del crédito de los acreedores y la destrucción del patrimonio del

deudor. Creemos que el proceso concursal debe servir al consumidor para superar su situación de sobreendeudamiento y/o insolvencia y no como una forma de alongar una agonía patrimonial.

Finalmente, para facilitar y promover una solución eficiente, rápida, efectiva y económica encontramos viable otorgar al deudor y a los acreedores la posibilidad de solicitar una instancia de mediación a través del Cuerpo Judicial de Mediadores.

1. Introducción

Actualmente, las personas humanas se desarrollan en un contexto sociocultural marcado fuertemente por el consumismo, sustentado por el mercado globalizado e influenciado por el marketing.

Esto ha generado una adicción al consumo en un complejo y problemático escenario social y económico, fomentado por distintos sectores de la sociedad que llevan a crear necesidades requiriendo –irremediablemente- del crédito.

Ante esta situación de crisis de este tipo de sujetos no comerciantes, tanto la legislación consumeril específica como el nuevo Código Civil y Comercial no brindan mecanismos de resolución alguno.-
La Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, regula los denominados "pequeños concursos y quiebras" (arts. 288 y 289), normativa que no modifica sustancialmente el trámite procesal común del concurso preventivo y de la quiebra.

Por ello, creemos necesario mejorar la tramitación de este tipo de proceso, sea preventivo o liquidativo de personas humanas que no realizan ninguna actividad comercial.-

Este trabajo se centra en el consumidor que se endeuda para vivir y con la finalidad de acceder a una mejor condicion de vida que le "ofrece" la sociedad actual.

2. Concepto de consumidor

La Real Academia Española lo define como: *"persona que adquiere productos de consumo o utiliza ciertos servicios"*.[1]

[1] Pagina Web: http://dle.rae.es/?id=ASyDmz0.

Por su lado, la ley de Defensa del Consumidor[2] en su artículo 1º lo concibe como: *"la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"*.[3]

3. Diferentes problematicas del consumidor

Se alude generalmente al sobreendeudamiento y a la insolvencia de manera similar, cuando en la realidad fáctica son dos situaciones patrimoniales diferentes que la podemos conceptualizar de la siguiente manera:

SOBRENDEUDAMIENTO: El deudor ha generado pasivos que no pueden ser afrontados con las disponibilidades propias de sus ingresos, ni con los bienes normalmente realizables en oportunidad de afrontar el pago de estos. Es decir que, como consecuencia de su propio obrar o de su decisión, asume obligaciones dentro de un rango que excede la posibilidad de cumplimiento de estas. Pero el deudor no esta aún en estado de "cesación de pagos".
INSOLVENCIA: Estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad. Ello no obedece necesariamente al obrar voluntario del deudor y, a diferencia del sobreendeudamiento, hay un "estado de cesación de pagos"[4]

4. Ineficacia de la regulación actual de los "pequeños concursos y quiebras", para hacer frente a la insolvencia de las personas no comerciantes

La finalidad de la incorporación de un régimen de pequeños concursos y quiebras en la actual legislación fue simplificar su procedimiento para ahorrar tiempo, abaratar costos y dispendio jurisdiccional, flexibilizando el trámite para una solución más inmediata y ágil de la situación de crisis de esta clase de deudores.

En dicha normativa encontramos dos artículos que hacen referencia

[2] Ley 24.240.
[3] PaginaWeb: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm.
[4] Vitolo, Daniel Roque, en las *"Jornadas 20ª aniversario de la Revista de Derecho Procesal"*, 01 de junio 2018, UNL, Santa Fe.

a los pequeños concursos. Por un lado tenemos, el artículo 288 que conceptualiza y delimita a los pequeños concursos y quiebras y por el otro, el artículo 289 establece las particularidades que presentan.- En consecuencia, se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales este presente, en forma indistinta y no haciendo falta la simultanedad de cualquiera de estos elementos:
a. Que el pasivo denunciado por el deudor no alcanzase la suma equivalente a trescientos salarios mínimos vitales y móviles;
b. Que el proceso no presentase más de veinte acreedores quirografarios, o
c. Que el deudor no tuviese más de veinte trabajadores en relación de dependencia.

Quien determinará el régimen aplicable al tipo de proceso concursal iniciado -ya sea por el deudor, en caso de concurso preventivo, o por el acreedor o deudor, en caso de quiebra directa- será el juez al momento de dictar la sentencia de apertura del concurso preventivo o al declarar la quiebra.
Como conclusión de este punto, se han destacado algunos problemas principales tales como:
a. La inadecuación de los procedimientos para la nueva faz de los fenómenos de la crisis o insolvencia de menor dimensión;
b. El recargo de la justicia;
c. La proliferación del crédito al consumo, la bancarización del sistema de pagos y la crisis sistémica como telón de fondo;

5. Quiebras de los consumidores

En los últimos tiempos se ha observado un crecimiento de los procesos concursales de personas humanas que alcanzan un estado de insolvencia o de sobreendeudamiento por deudas que no se vinculan a una actividad empresarial sino a un consumo desmedido. En este ámbito encontramos una omisión legislativa, atento a que resulta necesario que el ordenamiento concursal armonice con la protección del consumidor que emana del art. 43 de la Constitución Nacional. El derecho concursal exhibe una carencia respecto al establecimiento de un proceso especial para atender a la problemática de los consumidores sobreendeudados y/o insolventes.

La situación que estamos referenciando puede deberse a causas personales del deudor (por ejemplo, enfermedad propia y/o de alguien

de su familia, desempleo, etc.), y/o derivadas de particularidades propias de la economía nacional (v. gr., desempleo, reducción o recorte de salarios, condicionamientos en la disponibilidad del dinero y/o de bienes de los particulares, prohibiciones y/o restricciones en las importaciones, etc.), y/o vinculadas a las circunstancias de la sociedad de consumo, cuyos pilares se asientan en la publicidad, construyendo una realidad óptima a la que el ciudadano debe aspirar para ser feliz y la moda, donde se instala el disparador de la obsolescencia, de la definición de los bienes durables e inútiles.

El crédito se presenta como el nexo necesario para generar en los consumidores la percepción de poder adquirir de manera "fácil" bienes que de contado no podrían conseguir. Concibe la idea de "comprar ahora, disfrutar ahora y pagar después". Sin embargo, esta "democratización del crédito", que permitió a muchas personas obtenerlo "sin garantía patrimonial suficiente", con el solo comprobante del recibo de sueldo, como contrapartida acercó "a una masa de sujetos a la insolvencia y -cuando se le permitió- a los procedimientos concursales[5]".

Dentro de este contexto, y tal como está regulada actualmente esta legislación, la quiebra de estos sujetos implicaría el levantamiento de embargos sobre su salario, la prohibición de pago de tarjetas de crédito, prestamistas, de eventuales cesiones de haberes realizadas. Además, el embargo de la quiebra sobre el salario sólo durará el plazo de inhabilitación, es decir, un año desde la sentencia de quiebra. Luego, cesará de pleno derecho. Y a raíz de estos efectos falenciales, se han originado una gran cantidad de peticiones judiciales de propia quiebra.

Todo ello devenido por la fuerte tentación de las promociones de los bancos y tarjetas de crédito que como a manifestado la jueza de Concursos, Quiebras y Sociedades Nº 2 de Salta, Victoria Ambrosini en una entrevista en la Radio cadena 3 de la Provincia de Córdoba: "... estimó que se duplicará el número de quiebras de consumidores...[6]". Los procesos concursales tradicionales resultan insatisfactorios para dar respuestas adecuadas al consumidor insolvente. La razón

[5] PaginaWeb: https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/12/07/el-problema-del-consumidor-sobreendeudado-la-necesidad-de-un-proceso-concursal-especial-y-la-critica-a-la-jurisprudencia-que-desestima-los-pedidos-de-propia-quiebra-ante-la-ausencia-de-activo-liqu/

[6] Pagina Web: https://www.cadena3.com/noticias/sociedad/estiman-que-duplicaran-las-quiebras-consumidores_38534

de su falta de eficacia obedece a que desde sus orígenes los procesos concursales siempre estuvieron pensados como respuestas para la insolvencia de los comerciantes o de las personas jurídicas, ignorando la problemática de la persona humana consumidora de bienes y servicios que se encuentra en una situación de sobreendeudamiento. Por lo tanto, no sólo no se le da respuesta a su problema, sino que lo deja en una situación de desventaja con otros tipos de sujetos que se encuentran en insolvencia. La ley concursal no le suministra un procedimiento especial para superar su situación de crisis y desde el Poder Judicial muchas veces se considera como una "carga" que obstaculiza la labor de los tribunales que se encuentran "abarrotados" con concursos y quiebras de consumidores sobreendeudados.
Ante la situación descripta, se advierten en la doctrina y en la jurisprudencia tesis contrapuestas sobre la admisibilidad o rechazo de un pedido de quiebra directa voluntaria con estas características.

5.1 Corrientes doctrinarias afirmativas

Una primera corriente de opinión, mayoritaria en doctrina y jurisprudencial postula, siempre que se cumpliera con los recaudos de ley, la plena admisión del pedido de quiebra directa necesaria o voluntaria mediando falta de activo del pretenso falente.-
Además, señalan la existencia del "derecho a quebrar", es decir, el derecho que tiene todo sujeto a que sus deudas, sean afrontadas con todo su patrimonio y luego de tal expediente, pueda comenzar una nueva vida patrimonial.

El rechazo del pedido de quiebra atentaría contra el instituto de la rehabilitación, el cual procura la reinserción o reincorporación social del deudor y la de su familia, a través del saneamiento de la faz pasiva de su patrimonio. Se llevaría a ese deudor sin acceso a la falencia a una suerte de "muerte civil", lo que resultaría absolutamente inadmisible en nuestro ordenamiento jurídico actual.

La omisión del legislador en dar una respuesta específica a la problemática del consumidor sobreendeudado no puede nunca atentar contra los derechos de este grupo de personas humanas (consumidores) en situación de vulnerabilidad. Si la única herramienta legal para subsanar esta situación es la concursal, aunque sea insuficiente o incompleta y necesite ser reformada, debe aplicarse para no violar la Constitución Nacional ni los tratados internacionales de derechos

humanos (art. 75, inc. 22, Const. Nac.). Citan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señala la obligación del Estado de proteger a las personas del estado de vulnerabilidad por vías legales o gubernamentales concretas para restablecer los derechos económicos, sociales y culturales afectados, entre los cuales se advierten *las garantías judiciales* (conf. art. 8°, Convención Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]); el *derecho a la igualdad* (art. 24, CIDH) y la *protección judicial* (art. 25, CIDH)[7].

5.2) Corrientes doctrinarias negativas

Ante la falta de todo activo liquidable, y más allá de que se hubiera cumplido con el presupuesto subjetivo y objetivo previsto por la ley concursal, en estos últimos años se ha advertido, cada vez con mayor fervor, doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado por el rechazo del pedido de propia quiebra de empleados públicos, jubilados o desempleados.

Cuando los institutos concursales dejan de ser utilizados para los fines para los cuales han sido concebidos y comienza a advertirse el uso antifuncional de los mismos, surge la necesidad de poner límites a los abusos que a su amparo puedan o pretendan cometerse, en aras de rectificar su rumbo, tanto en el marco de actuaciones concursales como falenciales.

Exponen en sus diversas opiniones, que el que requiere la apertura del proceso falencial sin contar con ningún activo liquidable se encuentra utilizando abusiva y antifuncionalmente su derecho, intentando desbaratar (valiéndose a tal efecto de un régimen de excepción) el derecho de sus acreedores. Y los denominan a estos peticionantes de su propia quiebra como "fallidos por conveniencia". Tratándose de un proceso de liquidación de bienes, deben existir "bienes" que se puedan liquidar, de lo contrario se transformaría en un "sin sentido", en un proceso vacío, en una secuencia de pasos procesales inconducentes.

La petición efectuada por un deudor que carece de activos en su patrimonio no tiene la intención de procurar el fin último del proceso falimentario, cual es la liquidación de los activos (bienes) que

[7] Alegria, Héctor Di Lella, Nicolás J., *Revista de Derecho de Daños*; Ed.: Rubinzal Culzoni. RC D 1160/2017; Tomo: 2016 1 Consumidores

integran el patrimonio del deudor para abonar los pasivos que se determinen como genuinos o comprobables.

Con este actuar y dentro de estas características se reduciría a la quiebra a una mera herramienta de liberación de las obligaciones del deudor, fin éste no querido por el legislador. Y se terminaria befeciando al deudor y perjudicando al acreedor, que en definitiva es quien tiene y ostenta el derecho para cobar la deuda.

En la gran mayoría de estos casos, los consumidores sólo cuentan con el sueldo como empleado en relación de dependencia, jubilaciones, pensiones, etc. Más aun, a la hora de percibir el mismo, se encuentran con numerosos embargos por los diferentes acreedores. Es para ellos una solución beneficiosa el pedir su propia quiebra para que solo se les retenga el porcentaje legal permitido. Pero el acreedor va a ver en desmedro su derecho a percibir lo que le deben, ya sea en tiempo y hasta en proporción[8].

6 Mediación

Adhiriéndonos a la definición de Moore la mediación: *"es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable"*[9]

Consideramos que haciendo uso de la mediación con el cuerpo de mediadores del Poder Judicial se promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución de la controversia, Puesto que –en general- el consumidor no posee activo suficiente para hacer frente a este medio alternativo de resolución de conflictos de manera prejudicial.

Otro punto a favor seria la rapidez y eficaz solución para estos supuestos y descomprimiría los ya abarrotados despachos judiciales. Pero sin lugar a dudas, el fin principal es lograr que el deudor no siga generando cada vez más gastos, ya sea honorarios más elevados, etc. Además, a través de una o varias reuniones el deudor y sus acreedores podrían acordar una forma de pago o el desapoderamiento de un bien determinado o determinable.

[8] Alegria, Héctor Di Lella, Nicolás, op. cit.
[9] Moore, El Proceso de mediación, p. 44.-

Es una solución económica y sencilla, y se evitaría así exponer a la persona humana sobreendeudada por créditos de consumo a un complejo sistema pensado y utilizado para grandes empresas y personas jurídicas.-

7 Conclusión

Del análisis del régimen vigente aplicable a los pequeños concursos y quiebras no podemos más que coincidir con la opinión mayoritaria de la doctrina nacional que sostiene que tal regulación no modifica en lo sustancial el trámite procesal común del concurso preventivo y/o quiebra. No ha resultado una herramienta útil para hacer frente a los objetivos simplificadores que motivaron a los legisladores su incorporación en el año 1995, ni mucho menos para tratar la situación de crisis de los consumidores sobreendeudados o insolventados.

Consideramos que en nuestro derecho el régimen de los pequeños concursos y quiebras reglado en los arts. 288 y 289 de la LC, resulta insuficiente para dar una respuesta al problema del sobreendeudamiento del consumidor. Entendemos que las particularidades del sujeto concursable (persona humana consumidor) requiere una rápida respuesta del legislador. No puede seguir tratándose como iguales a sujetos que no lo son. Aplicar un único proceso concursal a todo tipo de sujeto provoca inequidades y no resuelve el problema. La unidad de procedimiento genera mayores costos, demoras judiciales, pérdida del crédito de los acreedores y la destrucción del patrimonio del deudor. Creemos que el proceso concursal debe servir al consumidor para superar su situación de sobreendeudamiento y/o insolvencia y no como una forma de alongar una agonía patrimonial.

En nuestro país la idea de un único proceso concursal para atender a la insolvencia de todo sujeto es una cuestión que tiempo atrás se puso en crisis. Ello aconteció con la sanción de la ley 25.284 que instituyó el «régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas» y puso en clara evidencia que no todo sujeto concursable es igual. La calidad de sujeto concursable no determina que deba aplicarse a todos el mismo procedimiento.
Finalmente, para facilitar y promover una solución eficiente, rápida, efectiva y económica consideramos viable otorgar al deudor y a los acreedores la posibilidad de solicitar una instancia de mediación a través del Cuerpo Judicial de Mediadores.

El concurso del consumidor en la legislación procesal de la Provincia de Mendoza

Gloria Esther Cortez y Pablo Gonzalez Masanes

Sumario

El sobreendeudamiento del consumidor ha sido tratado por el nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza en el Libro Cuarto, Título II, Capítulo II, con la fórmula "Concurso de persona humana que no realiza actividad económica organizada" (arts. 359 a 372).

A fin de posibilitar la actuación de los regímenes concursal y de consumo se ha tomado por base sustancial y referencia procedimental al Acuerdo Preventivo Extrajudicial previsto en la LCQ (arts. 69 a 76), puesto que se trata de un procedimiento breve, simple, dúctil, económico, de menores restricciones patrimoniales y personales, cuyo fracaso no desencadena la quiebra, que prevé una etapa eventual de determinación del pasivo (oposición) y que ofrece permeabilidad al principio protectorio. Asimismo, fue considerada la experiencia llevada adelante en los tribunales concursales mendocinos que propusieron un procedimiento alternativo de APE adaptado al consumidor sobreendeudado.

La insolvencia ha sido abordada por la normativa procesal desde el rol que la persona humana asume como sujeto consumidor, asumiendo en su elaboración la necesariedad y prioridad del principio protectorio.

Al establecer que la insolvencia debe tener origen en relaciones del consumo, se pretende caracterizar al presupuesto objetivo como al subjetivo e introducir al principio protectorio como rector del sistema.

Por último, se ratifica la posibilidad de actuar el microsistema del consumidor mediante leyes procesales locales relativas a su insolvencia de manera separada a la normativa concursal sustancial nacional, para llevar una solución a un problema que si bien es un fenómeno global, sus particularidades son locales, con gran proliferación de causas que requieren una solución rápida y eficaz, basadas en factores culturales y sociales, nivel de los salarios en la pro-

vincia, etc, que hoy se encuentran regulados procesalmente a nivel provincial.

El Concurso del consumidor en la legislación procesal de la Provincia de Mendoza

El sobreendeudamiento del consumidor ha sido tratado por el nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza en el Libro Cuarto, Título II, Capítulo II, con la fórmula "Concurso de persona humana que no realiza actividad económica organizada" (arts. 359 a 372).
Esta insolvencia ha sido abordada por la normativa procesal desde el rol que la persona humana asume como sujeto consumidor[1], asumiendo en su elaboración la necesariedad y prioridad del principio protectorio.[2]

A fin de posibilitar la actuación de los regímenes concursal y de consumo se ha tomado por base sustancial y referencia procedimental al Acuerdo Preventivo Extrajudicial previsto en la LCQ (arts. 69 a 76), puesto que se trata de un procedimiento breve, simple, dúctil, económico, de menores restricciones patrimoniales y personales, cuyo fracaso no desencadena la quiebra, que prevé una etapa eventual de determinación del pasivo (oposición) y que ofrece permeabilidad al principio protectorio. Asimismo, fue considerada la experiencia llevada adelante en los tribunales concursales mendocinos que propusieron un procedimiento alternativo de APE adaptado al consumidor sobreendeudado.[3]
En el art. 359 CPCCT se prevén los presupuestos subjetivo y objetivo, así como la caracterización del consumidor y su particular insolvencia.
El presupuesto subjetivo "persona humana que no realiza actividad económica organizada" viene a actuar la protección constitucional

[1] Excluimos del análisis a la persona humana que realiza actividad económica organizada o es titular de empresa, como establece el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación.
Sobre la persona y su emplazamiento como consumidor: Vítolo Daniel Roque, Debe legislarse en forma particular un régimen de reestructuración extrajudicial y judicial de pasivos para personas físicas no comerciantes, VII Congreso Argentino de Derecho Concursal – V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.
[2] Dasso Ariel Ángel, El sobreendeudamiento del consumidor, VII Congreso…
[3] Tercer Juzgado de Procesos Concursales, años 2015 a 2017, v.gr.: Expte. N° 1.017.293 "Morán Nancy Noemí P/Acuerdo Preventivo Extrajudicial" 22/04/2015; Extpe. 17328, Barbieri Sergio Gustavo P/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial, 11/10/2016

prevista en el art. 42 CN, en los términos de los arts. 320 y 1092 CCC, y respetando la genérica referencia al "deudor" del art. 69 LCQ.
El presupuesto objetivo "cesación de pagos o dificultades económicas o financieras de carácter general", es tomado textualmente del art. 69 LCQ el cual, por su amplitud, permite incluir al sobreendeudamiento.

Luego – aunque con una redacción mejorable – establece que la insolvencia debe tener origen en relaciones del consumo. Así se pretende caracterizar al presupuesto objetivo como al subjetivo e introducir al principio protectorio como rector del sistema.

Por último, ratifica la renovada y actualmente cuestionada posición que concibe la posibilidad de actuar el microsistema del consumidor mediante leyes procesales locales relativas a su insolvencia de manera separada a la normativa concursal sustancial nacional la cual no debe alcanzar este fenómeno o materia[4].

Los requisitos de presentación (art. 360 CPCCT) son concordantes con previstos por el art. 72 LCQ, aunque simplificándolos en atención a las características del consumidor. Es así que no exige la presentación de libros de comercio ni la certificación contable. Cabe señalar que debe ser acompañada la documentación sustentatoria de los créditos denunciados, pues constituye uno de los recaudos propios de toda demanda (art. 156 inc. 6 CPCCT).

Es importante no perder de vista que en este procedimiento – como en el APE que le sirve de referencia – se está al pasivo denunciado por el deudor y que no existe una etapa necesaria de incorporación al pasivo (verificación de créditos), sino solo una etapa eventual (trámite de oposición). Ello porque además de la sencillez patrimonial que caracteriza al sobreendeudamiento, se entiende que su problemática tiene epicentro menos en la conformación del pasivo que en el arreglo de los créditos cuya existencia y cuantía el propio deudor reconoce.

La publicación de edictos dispuesta en el art. 361 CPCCT es la misma

[4] Tan cierto es que la previsión del art. 75 inc. 12 CN no incluye a la "persona común o de a pie" que hasta la sanción de la ley 19.551 (1972), las potestades legislativas relativas a la insolvencia del otrora denominado "deudor civil" – hoy, consumidor – eran resorte de las provincias. Ello explica que Podetti incluyera esta particular insolvencia en el Código Procesal Civil mendocino, en la sección "Del Concurso Civil" (Libro Cuarto, Título III, Sección Segunda; arts. 355 a 380).

que prevé el art. 74 LCQ, pero en garantía del derecho de defensa de los acreedores denunciados, exige además que sean notificados por cédula.

En cuanto a los efectos de la presentación el art. 362 CPCCT dispone que una vez cumplida esta notificación por cédula y ordenada la publicación de los edictos, quedan suspendidos los descuentos que por obligaciones de causa o título anterior a la presentación se efectúen sobre el salario del consumidor, tanto directamente por el empleador como en la cuenta bancaria donde el mismo sea acreditado.

La suspensión de descuentos constituye la aplicación del principio concursal que prohíbe alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación (art. 16 LCQ) así como una medida de protección de la integridad del salario del deudor.

Sin embargo en la práctica se advirtió cierto desfasaje temporal entre la norma procesal – que exige el cumplimiento de la notificación por cédula para que opere la suspensión de descuentos – y la sustancial – que impide realizar pagos desde la presentación concursal –, que podría generar una tardía aplicación del art. 16 LCQ, además de un perjuicio al deudor.

Es así que se ha decidido disponer la suspensión de descuentos contemporáneamente a la orden de notificar por cédula, aunque otorgando al deudor un plazo razonable para que acredite su cumplimiento[5].

La suspensión de acciones responde a idéntica previsión del art. 72 último párrafo LCQ. Adviértase que al igual que en el Acuerdo Preventivo Extrajudicial, no opera el fuero de atracción.

El art. 363 CPCCT remite expresamente a las normas de la LCQ referentes a la forma de las conformidades (art. 70 LCQ) y contenido del acuerdo (art. 71 LCQ), previendo el plazo de treinta días desde la orden de publicación de edictos para que aquellas sean acompañadas con el correspondiente cálculo de mayorías exigido por el art. 72 inc. 5 LCQ.

Por tratarse el régimen de mayorías de materia sustancial, el art. 364 reproduce el texto del art. 73 LCQ.

[5] Tercer Juzgado de Procesos Concursales, Autos N° CUIJ: 13-04264573-1(011903-1018718) "FLORES CARMEN ESTELA P/ CONCURSO CONSUMIDOR" (LEY 9001)", 01/03/2018.

Quizás en una ubicación inconveniente y consistiendo en una transcripción casi literal del primer y segundo párrafo del art. 75 LCQ, el art. 366 CPCCT abre el procedimiento a una etapa eventual de determinación del pasivo a través del trámite de oposición. Su particularidad es que para engarzar el trámite, el inicio del plazo para las impugnaciones ha sido previsto desde el vencimiento del lapso de negociación.

Los efectos de la homologación (art. 367 CPCCT) son los mismos que establece la norma sustancial (art. 76 LCQ).

La única diferencia consiste en que el acuerdo homologado comprende exclusivamente a los créditos denunciados por el deudor al momento de la presentación en concurso. Esta norma funciona como contrapartida o contrapeso a la flexibilidad de los requisitos de presentación y acceso al trámite que prevé el art. 360 CPCCT. Incentiva al deudor para que el listado de acreedores sea presentado en forma completa, puesto que la amplitud de los efectos del concordato – y con ello, su utilidad – dependerá de la veracidad de aquella denuncia.

Evidentemente, al no estar alcanzado por los efectos del acuerdo, se protege al acreedor omitido en la denuncia del deudor.

A las causales de nulidad previstas por la LCQ (arts. 60, 61 y 62), el art. 368 CPCCT adiciona el dolo para ocultar el pasivo. Esta norma tiene por finalidad proteger a los acreedores comprendidos en el acuerdo, puesto que si consienten un sacrificio de su crédito en favor de una solución preventiva y luego descubren que esta puede verse malograda por la existencia de un pasivo oculto u omitido, la declaración de nulidad permitirá dejar sin efecto la novación concursal, con la consecuente recuperación del valor originario del crédito.

Al igual que el artículo anterior, funciona como contrapartida a la simplificación de los recaudos de presentación en concurso e incentiva la veracidad y completitud de la denuncia de los créditos integrantes del pasivo.

Girando el procedimiento en torno a alcanzar una solución concordada; por su eficiencia, celeridad y economía, el art. 369 CPCCT permite al juez disponer, y al deudor o acreedores solicitar, la utilización de la mediación como herramienta alternativa (art. 2- I- inc. c CPCCT).

La incomparecencia sistemática de los acreedores al concurso del consumidor, ha generado que la posibilidad de existencia del proceso dependa de su voluntad.

Es por ello que el art. 370 CPCCT ha previsto que si una vez vencido el período de negociación no hubiesen sido acompañadas las conformidades en las mayorías de ley, a pedido del deudor, el juez podrá fijar una audiencia conciliatoria a fin de promover la celebración del acuerdo. En su petición el deudor deberá acreditar que ha agotado las diligencias necesarias para la formación del consentimiento sin que los acreedores hayan manifestado su voluntad (positiva o negativa) en la proporción necesaria para la conformación del acuerdo. Esta audiencia es central en el procedimiento, de vital relevancia para la conformación del acuerdo y, fundamentalmente, garantiza la emisión de un pronunciamiento definitivo sobre el conflicto sometido a la jurisdicción. Puede verse aquí el influjo de las reglas procesales generales establecidas por el apartado I del art. 2 de este Código Procesal mendocino (inc. a, c, d, e, f, g, i).

Como el objeto del procedimiento consiste en la conformación del arreglo del pasivo reconocido por el deudor y entendiendo que aquel reconocimiento sitúa a los acreedores en la posición procesal de parte demandada, la norma dispone el acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde. Se realiza así el principio de bilateralidad, neutralizando los efectos de la incomparecencia parcial o total de los acreedores denunciados.

La declaración de rebeldía tiene por consecuencia la exclusión del acreedor contumaz de la base para el cómputo de mayorías. Es decir que en el cálculo de mayorías participarán los acreedores comparecientes y, si se alcanzan las mayorías de personas y de capital (art. 364 CPCCT) y el acuerdo es homologado, resultará de cumplimiento obligatorio para todos los acreedores denunciados, incluso los declarados rebeldes.

Esta norma procesal actúa el principio de concursalidad (art. 125 LCQ), expresado en materia preventiva por el art. 56 LCQ, puesto que el acuerdo homologado producirá efectos respecto de todos los acreedores quirografarios de causa anterior a la presentación concursal, "aunque no hayan participado del procedimiento".

El instituto de la rebeldía permite la emisión de un pronunciamien-

to útil aun cuando la incomparecencia de los acreedores sea total, puesto que el art. 371 CPCTT otorga al juez la facultad de aprobar un plan de saneamiento con los efectos previstos por el art. 56 LCQ respecto de los acreedores denunciados declarados rebeldes. Esta norma permite la operatividad del principio protectorio del consumidor (arts. 42 CN, 8 bis LDC, 10, 1097, 1119 y 1120 CCC)

Se prevé que el plan deberá comprometer, al menos, el porcentual máximo de embargo sobre el salario dispuesto por la normativa correspondiente, por el término de un (1) año. La base mínima que debe contener todo plan de saneamiento se encuentra constituida por el sacrificio que el deudor debería soportar en la hipótesis falencial (contracara de la pauta sustancial brindada por el art. 52 inc. 2. b) iv) LCQ), con lo cual no existe perjuicio a los acreedores. Por el contrario, el producto de ese sacrificio se afecta al pago de la cuota concordataria y no – como ocurriría en la quiebra – a la prioritaria atención de los gastos del concurso.

Por predominio del principio protectorio el art. 365 CPCCT invierte la regla prevista por el art. 71 LCQ. Los acuerdos individuales solo resultarán obligatorios si así fue previsto expresamente y obtienen homologación judicial. Además de las pautas comunes (v.gr.: art. 52 LCQ), el criterio establecido normativamente para que proceda la homologación es que el acuerdo posibilite la superación del sobreendeudamiento.

El acuerdo individual obliga exclusivamente a las partes, aunque en una posterior hipótesis falencial resultará oponible a los demás acreedores. Este aspecto rescata la tradición de los acuerdos preconcursales[6] (antecedente del actual APE) y empalma con la directriz establecida por el art. 121 LCQ.

Salvo previsión en contrario, no implica novación (art. 934 CCC).

Concurso de persona humana que no realiza actividad económica organizada
Seccion primera. Presupuestos

Art. 359 – PRESUPUESTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO.

[6] Heredia Pablo, "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Editorial Ábaco, T. 2, p. 516/523 y 629/633.

La persona humana que no realiza actividad económica organizada que se encuentre en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras de carácter general, originadas con motivo de relaciones de consumo; podrá solicitar la apertura del trámite previsto en la presente ley a fin de que resulte aplicable el régimen sustancial previsto en la Ley 24.522.

Art. 360–REQUISITOS.
Con la solicitud de apertura del trámite, el consumidor deberá acompañar, además de los recaudos establecidos para la demanda, en lo pertinente:
1) Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha de la presentación, con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación.
2) Un listado de acreedores con indicación de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables.
3) Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.
4) El texto del acuerdo propuesto a sus acreedores.

ART. 361 – PUBLICIDAD.
Además de la notificación por cédula a los acreedores denunciados, la presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del Tribunal y un (1) diario de gran circulación del lugar.

362 – EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN.
Cumplida la notificación precedente y ordenada la publicación de los edictos, quedan suspendidos los descuentos que por obligaciones de causa o título anterior a la presentación se efectúen sobre el salario del consumidor, tanto directamente por el empleador como en la cuenta bancaria donde el mismo sea acreditado.
Asimismo, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el Art. 21 de la Ley 24.522.

Art. 363 – LIBERTAD DE CONTENIDO. FORMA.
Dentro de los treinta (30) días de ordenada la publicación de edictos, el consumidor deberá acompañar las conformidades al acuerdo en la forma y con el contenido previsto por los Arts. 70 y 71, respecti-

vamente, de la Ley 24.522.
Con la presentación de las conformidades deberá indicar el monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores denunciados por el deudor.

Art. 364 – MAYORÍAS.
Para que se dé homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras (2/3) partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del Art. 45 de la Ley 24.522.

Sección segunda. Homologación
Art. 365 – HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS PARCIALES. EFECTOS.
En caso que no sean alcanzadas las mayorías de ley, a pedido de parte el Juez podrá homologar el acuerdo que hubiere sido alcanzado con los acreedores, con efecto exclusivo entre ellas, siempre que tal alternativa haya sido prevista en el mismo acuerdo y en la medida que se estime que ello permitirá superar la cesación de pagos o las dificultades económicas o financieras de carácter general.
El acuerdo parcial homologado y los pagos que en consecuencia se efectúen, serán oponibles en caso de una quiebra posterior.

Art. 366 – OPOSICIÓN.
Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inciso 2), del Art. 360 de este Código. La oposición podrá presentarse hasta los diez (10) días posteriores al vencimiento del lapso de negociación, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo o en la inexistencia de la mayoría exigida por el Art. 364. De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el Juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del período probatorio.
Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el Juez homologará el acuerdo.

Art. 367 –EFECTOS DE LA HOMOLOGACIÓN.
El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de la presente Sección produce los efectos previstos en el Art. 56 de la Ley 24.522, y queda sometido a las previsiones de las Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esa Ley.

El acuerdo homologado tendrá efectos solo respecto de los créditos denunciados por el deudor.

Art. 368 – NULIDAD DEL ACUERDO.
La nulidad prevista en la Sección IV del Capítulo V del Título II de la ley 24.522, podrá fundarse en el dolo para ocultar el pasivo.

Art. 369 – MEDIACIÓN.
En cualquier etapa del trámite el Juez podrá disponer y el deudor o cualquier acreedor, solicitar, que sea abierta la instancia de mediación por un plazo no mayor a quince (15) días; la cual tramitará en la sede del Tribunal.

Art. 370 – AUDIENCIA CONCILIATORIA. REBELDÍA.
Si vencido el período de negociación no hubiesen sido acompañadas las conformidades en las mayorías de ley, a pedido del deudor, el Juez podrá fijar una audiencia conciliatoria a fin de promover la celebración del acuerdo.
En su petición, el deudor deberá acreditar que ha agotado las diligencias necesarias para la formación del consentimiento sin que los acreedores hayan manifestado su voluntad (positiva o negativa) en la proporción necesaria para la conformación del acuerdo.
Esta decisión debe ser notificada por cédula.
El acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde, con los efectos de no integrar su crédito la base para el cómputo de mayorías y resultándole aplicable el acuerdo que resulte homologado conforme lo prevé el Art. 56 de la Ley 24.522. La rebeldía y la homologación deben ser notificadas por cédula.

Art. 371 – PLAN DE SANEAMIENTO.
Cuando la incomparecencia de los acreedores denunciados sea total, el Juez podrá aprobar un plan de saneamiento, el cual deberá comprometer, al menos, el porcentual máximo de embargo sobre el salario dispuesto por la normativa correspondiente, por el término de un (1) año.
El plan de saneamiento tendrá los efectos previstos en el Art. 56 de la Ley 24.522, solo respecto de los créditos denunciados por el deudor.

Art. 372 – FRACASO DEL TRÁMITE.
En caso de incumplimiento del deudor de lo dispuesto por los Arts. 361, 362, 363, 364 y 370 de este Código, el trámite se tendrá por fracasado.

Sobreendeudamiento de los consumidores y mediación previa obligatoria

María Betania Dos Santos Freire

Sumario

Proponemos como un modo de optimizar la solución al problema del sobreendeudamiento del consumidor, que se habilite una instancia de mediación obligatoria previa al procedimiento judicial. En defecto de ello, se regule dentro de la Ley 24.522, un procedimiento breve, de entrada única, con una instancia inicial de conciliación obligatoria, en la cual el deudor asistido por sus abogados y con la intervención de un funcionario capacitado con facultades conciliatorias, negocie personalmente con sus acreedores el mejor acuerdo de pago posible.

1. Introducción

Es sabido, que la Ley de Concuros y Quiebras vigente no preveé ningún tipo de procedimiento especial para el llamado "Sobreendeudamiento del consumidor".

La cantidad de procesos "liquidativos" de personas humanas que no realizan actividad económica organizada y sin ningún "activo para liquidar", y la solución poco satisfactoria tanto para los fallidos como para los acreedores, viene siendo motivo de tratamiento en estos Congresos desde hace más de quince años, y sin embargo, los interrogantes y controversias siguen vigentes.
Siempre hemos considerado que es en el ámbito del derecho concursal donde deben regularse todos los procedimientos de insolvencia, vía negociación o vía liquidación, sea que dicho estado de impoten-

cia patrimonial de carácter general afecte a una persona humana o a una persona jurídica. También, que para las personas humanas que obtienen sus ingresos del trabajo personal (en relación de dependencia o no) y con escaso o nulo activo, debe reglamentarse un proceso breve, con única entrada, orientado a la reestructuración del pasivo y con amplias facultades judiciales.

En ponencia presentada en Tucumán en 2012, señalamos que "las herramientas tradicionales provenientes del derecho civil y del derecho concursal disponibles en el derecho argentino para superar el problema del sobreendeudamiento del consumidor, resultan inadecuadas. Ha sido en el derecho concursal donde han surgido las primeras inquietudes, en virtud de que los consumidores han recurrido a los "pequeños concursos" para superar su sobreendeudamiento.[1]
Así, hubo distintos proyectos de reforma de la Ley 24.522.
a) El proyecto de ley que obtuvo media sanción legislativa (02/11/2011), presentado por la Sen. **Negre de Alonso**, en donde se creaba un "Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores".[2]
b) Luego, en el año 2015, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, encomendó a un grupo de especialistas la redacción de un proyecto de reformas al texto de la Ley 24.522 con el objeto de incorporar a la misma mecanismos para solucionar situaciones de crisis en el caso de consumidores sobreendeudados y de las micro empresas.
En la actualidad, el proyecto que fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional en fecha 11/08/2015, se mantiene dentro del ámbito del Mi-

[1] "El perfil del consumidor sobreendeudado" * VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 5, 6 y 7 de Septiembre de 2012, libro de ponencias, Tomo III, pag. 35.

[2] En el proyecto de ley se delimitaba al sujeto pasible de someterse al régimen - el "pequeño deudor"- y se establecía como presupuesto objetivo al "estado de sobreendeudamiento". El régimen constaba de dos posibilidades, según diferenciaba el estado de crisis fuera remediable o no. Era el juez, quien previo informe del síndico, quien decidía dentro de cuál de las posibilidades cabía ingresar al deudor.
- Conciliación extrajudicial: – para el sobreendeudamiento remediable – etapa en la que se convocaba a acreedores a convenir un acuerdo con su deudor, y que transcurría fuera de la esfera judicial.
- Reestablecimiento personal: para el caso en que no sea posible la conciliación, etapa judicial y en donde había liquidación de bienes.
Culminado el proceso, el juez declaraba extinguidas las deudas anteriores a la presentación del proceso (aunque no se cancelaran los créditos) y de esa forma, se consagraba el "fresh start".

nisterio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.[3]
Ambos proyectos, brevemente analizados, prevén la mediación y la conciliación, como modos de resolución de conflictos, razón por la cual, es menester a nuestro juicio hacer una breve descripción de las características y virtudes de ambos institutos.

[3] En el proyecto, dentro del Tít. IV, se modifica el *Cap. IV "De los pequeños Concursos y Quiebras".* Se cambian los presupuestos para acceder al pequeño concurso, se instaura un régimen de aplicación distinto del general, (básicamente con acortamiento de los plazos legales), y se ordena la homologación judicial en caso de existir acuerdo. Como novedad, en su art. 291, se establece que en caso de inexistencia de acuerdo o denegada que fuera la homologación, el juez, antes de declarar la quiebra del deudor, dispondrá abrir una etapa de **mediación obligatoria** entre los acreedores admitidos y el deudor, con el objeto de superar las diferencias inexistentes y obtener un acuerdo. En esta etapa intervendrá un mediador habilitado.
Luego incorpora un nuevo *Cap. V "Concurso de las personas humanas que no realizan actividad económica organizada y otros sujetos".*
En el mismo se delimita el presupuesto objetivo (estado de cesación de pagos; dificultades económicas o financieras de carácter general; o sobreendeudadamiento) y se define al sujeto sobreendeudado como aquel que presente, en su patrimonio, un desequilibrio significativo entre su activo ejecutable y las obligaciones por las cuales dicho activo deba responder. Entre los sujetos que puedan acceder al procedimiento, encontramos a las personas humanas que no realicen actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimento comercial, industrial, agropecuario o de servicios; realicen una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia; ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa; realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa.
Se establecen requisitos que el deudor debe cumplimentar para acceder al proceso, y en caso de corresponder, el juez dicta la sentencia de apertura, designando en la misma, un **conciliador** de la lista, que puede ser un abogado o contador.
Se inicia un período de conciliación, en donde el conciliador tendrá la misión de determinar provisionalmente el pasivo y facilitar acuerdos ente el deudor y sus acreedores, pudiendo celebrar todas las audiencias que considere necesarias. En caso de no lograrse acuerdo, el conciliador podrá proponer una forma de repago y/o cualquier otra solución que estime conveniente ante el Juez.
Logrado el acuerdo, se procederá a su homologación judicial con los efectos de la Sección III del Cap. V del Título II.
En caso de que la conciliación fracasara, el juez abrirá el proceso liquidatorio, disponiendo la realización de los bienes, habilitando las vías más idóneas para el mejor resultado del proceso liquidatorio y el restablecimiento del deudor. Una vez realizados y distribuidos los bienes el juez dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas con el proceso (salvo gastos de justicia, obligaciones alimentarias y créditos originados en daños a la persona humana por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica), consagrando así la liberación del deudor (fresh start) y la descarga de deuda (discharge). Se impone al deudor, la realización de cursos dirigidos a la educación para el consumo.

2. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC).
Las Dras. Elena I. Highton y Gladys S. Alvarez, al preguntarse sobre el cumplimiento de las obligaciones, luego de una investigación realizada por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, concluyen que "si la obligación surge de un acuerdo al que han arribado las partes involucradas en el conflicto, ya sea mediante una negociación directa o con intervención de abogados ejerciendo abogacía colaborativa o de un tercero que la facilita – conciliador, mediador - el porcentaje de cumplimiento es sumamente alto. La explicación es que en estos acuerdos las partes son autoras y protagonistas de las soluciones que han construido y que, en principio, satisfacen sus necesidades e intereses materiales y emocionales"[4]. Son métodos de **autocomposición,** donde se devuelve el protagonismo del conflicto a las partes, siendo ellas quienes deben dialogar y tomar una decisión sobre su propio conflicto, encontrando la "mejor alternativa de acuerdo negociado" (MAAN). A mayor protagonismo, mayor responsabilidad en su cumplimiento.
Siguiendo a Gustavo Fariña[5], decimos que "... tanto la mediación como la conciliación son procesos no adversariales. Los métodos enrolados en dicha categoría están diseñados para que las partes puedan buscar soluciones de forma conjunta y tengan la posibilidad de crear valor en vez de distribuirlo. No el uno contra el otro como ocurre por contraposición en los métodos adversariales donde todo lo que una de las partes gana necesariamente lo pierde la otra. El solo hecho de que el tercero no tenga poder de decisión respecto del conflicto ya cambia el modo en que las partes interactúan con él y entre ellas al no ser necesario intentar convencerlo respecto de quien lleva la razón en el tema que se discute. Este es el punto de partida para evitar que las partes se vean como adversarios en una batalla donde solo uno puede erigirse como ganador. Eso no significa que automáticamente colaboren pero sí que es un factor —entre otros— que favorece en gran medida que lo puedan hacer. ... En ambos casos el tercero neutral asiste a las partes a lo largo del proceso pero son estas quienes toman las decisiones sobre el contenido de la disputa y finalmente sobre acordar o no hacerlo".

Puestas de manifiesto a grandes trazos las similitudes, la diferencia

[4] "La Justicia de los acuerdos en la solución colaborativa de los conflictos", Elena I. Highton y Gladys S. Alvarez, en Diario La Ley, 20/12/2017.
[5] "Poder transformador de la mediación y de la conciliación, en sede judicial", Fariña, Gustavo, LA LEY 20/07/2016, 20/07/2016, 1 - LA LEY 2016-D, 1317.

esencial entre la mediación y la conciliación radica en que en esta última el conciliador se encuentra facultado para *proponer fórmulas de acuerdo.* Esta facultad no constituye un tema menor ya que es en la práctica donde la formulación de propuestas por parte del conciliador y sus posibles consecuencias y efectos en las partes constituyen el fundamento que motiva a sostener que es recomendable restringir al máximo dicha facultad con vistas a preservar la autodeterminación de las partes y la obtención de posibles e importantes beneficios para ellas derivados del principio de autocomposición.

En la República Argentina se utiliza la conciliación como método de resolución alternativa de disputas en conflictos laborales a través del sistema de conciliación laboral obligatoria (SECLO), en cuestiones de consumo (Defensa del Consumidor) y más recientemente a través de la Ley 26.993 "Servicio de Conciliación previa en las relaciones de consumo", donde el conciliador es un "experto" en la materia. En todos estos casos se presupone la facultad del conciliador de proponer fórmulas de acuerdo, sumado a que también se le pide un conocimiento específico de la materia. Esto último se debe a que tanto en las cuestiones laborales como en los temas de consumo existe un desequilibrio de Poder que el Estado intenta balancear a través de las normas de Orden Público, que como sabemos son límites o barreras a la autonomía de las partes. Del conciliador se espera en estos sistemas que funcione como veedor o realice un visado respecto de lo que las partes acuerden no esté por debajo de estos parámetros. Esto en gran medida atento que después esos acuerdos serán homologados por la autoridad administrativa correspondiente y en caso de que las partes hayan acordado sobre cuestiones sobre las que no tenían facultad para hacerlos el acuerdo sería nulo, por lo tanto el conciliador realizando un contralor sobre lo acordado evita pérdidas de tiempo.

En el **derecho concursal**, también hay **razones de orden público** que justifican que el **tercero que actúe realice una intervención activa.** En pos de balancear y resguardar los distintos intereses en juego que se presentan en éste proceso universal, es que compartimos que la actuación del tercero debe ser, no la de un mero anfitrión, sino la de un funcionario capacitado.
Como dice Rouillón, "La insolvencia patrimonial es un fenómeno económico que afecta a múltiples sujetos. La legislación concursal vigente en nuestro país tiene numerosas disposiciones que tienden a satisfacer los intereses del deudor concursado, de sus acreedores

y de la empresa comprometida por la insolvencia. Puede afirmarse que la defensa del crédito e igualdad de trato de los acreedores, la salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor, y la preservación de la actividad empresarial útil, siguen actuando como principios orientadores de diversas disposiciones del derecho positivo vigente. En algunas normas se manifiesta con más fuerza uno de esos principios orientadores, al paso que otro se pone de resalto con más intensidad en otras reglas. Con frecuencia, el operador concursal advierte la difícil situación planteada entre los distintos intereses en conflicto y la imposibilidad de satisfacer todos a la vez. Es entonces cuando se aprecia la delicada tarea de repartir equitativamente en un contexto de escasez, en el cual es menester efectivizar delicadamente una justicia distributiva. Los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a la que nos hemos referido, explican la existencia de una legislación diferenciada – *la ley concursal* – que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial".[6]

3. La mediación y la conciliación en el derecho concursal.

Las nuevas legislaciones tienden a incorporar los MARC.

En el programa de reforma integral del Sistema de Justicia de la Argentina, llevado adelante por el Ministerio de Justicia de la Nación **"Justicia 2020",** que se apoya sobre diferentes ejes de trabajo, cuenta con uno llamado de Acceso a la Justicia, en donde se busca que todas las personas, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad, accedan al sistema de justicia y puedan resolver participativamente sus conflictos. Uno de los aspectos que trata, es la expansión de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos para disputas civiles, comerciales y de consumo, entre otras. [7]

[6] "Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522" comentada por Adolfo A. N. Rouillon, 16ª edición, pág. 37 y ss. Ed. Astrea.

[7] Fuente: www.justicia2020.gob.ar "*Aplicación en todo el país de los métodos alternativos de resolución de conflictos en disputas civiles, comerciales, laborales, penales y de consumo*".

La Mediación y los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) constituyen una herramienta fundamental para la construcción de una sociedad con base en el diálogo y en el consenso, y que la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos tiene entre sus finalidades la de contribuir a la mejora del sistema judicial, se propone

Obedeciendo a esta nueva tendencia, en la **Provincia de Santa Fe,** se ha presentado el anteproyecto del Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, incluyendo entre sus eje de trabajo, el de los métodos alternativos de resolución de los conflictos y técnicas consensuales de desjudicialización (Resolución 195/2017 del MJDH de Santa Fe), que tiene previsto - junto con las facultades conciliatorias establecidas en su art. 19 - la posibilidad de que los jueces puedan disponer la derivación a las partes a una mediación intrajudicial.

También, el recién sancionado Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de **Mendoza** (Ley 9001) incorpora entre sus principios el de las "formas alternativas de resolución de conflictos".
No obstante, en nuestro país, las **legislaciones nacionales y provinciales excluyen a los "Concursos y Quiebras" de la mediación prejudicial.**

En el orden nacional, se excluye a los Concursos y Quiebras de la mediación prejudicial obligatoria (art. 5 inc. i Ley 26589).
En Santa Fe, tanto la actual Ley Nº 13.151 de Mediación Prejudicial Obligatoria (BO 13/12/2010), como su proyecto de reforma, excluyen a los "concursos preventivos y quiebras" del procedimiento de mediación previa (art. 4 inc. i). Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda incorporar al procedimiento previsto en esa ley las materias excluídas, adecuando las reglamentaciones pertinentes.

---

una continua asistencia técnica y legal a organismos nacionales, provinciales, municipales, y a la comunidad en general, a fin de promover la implementación de los MARC en todo el territorio nacional.
A fin de aplicar un abordaje integral que permita la expansión y consolidación de los MARC a nivel federal, el proyecto se estructura en base a cuatro (4) líneas de acción:
1- Sensibilización a Jueces y Operadores de la Justicia: Tiene como objetivo expandir la utilización de los MARC mediante la sensibilización a los operadores judiciales sobre la importancia y beneficios de la utilización de la mediación prejudicial y los métodos participativos de resolución de conflictos, para evitar llegar a la etapa de adjudicación o heterocomposición.
2- Capacitación a mediadores prejudiciales y judiciales para elevar el desempeño cotidiano.
3- Jornadas de asistencia técnica para la implementación de los MARC: la Dirección Nacional brinda asistencia técnica a los poderes ejecutivos y judiciales de las provincias en torno a: mediación prejudicial, conciliación laboral y conciliación de consumo para la consolidación de los métodos alternativos de resolución de conflictos como instancias fundamentales de los procesos de justicia.
4- Realización de encuentros de intercambio de buenas prácticas en materia mediación prejudicial y diferentes ámbitos de aplicación de los MARC en las distintas provincias del país.

La Ley bonaerense Nº 13.951 y la recién sancionada Ley de mediación prejudicial de la Provincia de Córdoba Nº 10.543 (BO 06/06/18), también excluyen a los Concursos y quiebras (art. 6 inc. 10).
En **Mendoza,** no existe ley de mediación (con sus consecuentes exclusiones), pero la misma se encuentra regulada por Acordada Nº 22748 (2010) de la Corte Suprema de Justicia, y funciona dentro del Poder Judicial local, de modo voluntario para las causas civiles y comerciales. La gran innovación que ha realizado Mendoza, fue la de legislar en su derecho de forma, sobre éste tema. Así, en el Código Procesal local, en el Libro IV: De los Procesos Atípicos, en el Título II: De los Procesos Universales, incorpora el Cap. II: Concurso de persona humana que no realiza actividad económica organizada. Sin duda, que es una regulación novedosa, sobre cuya constitucionalidad no nos vamos a pronunciar.
Estoy convencida de la eficacia que tiene la mediación y la conciliación como herramientas de superación de los conflictos interpersonales en general, y por lo tanto, también creo que su aplicación a los procedimientos de insolvencia, sería de suma utilidad.

Miguel E. Rubín[8] al analizar lo tratado en la "Conferencia anual del Comité de Insolvencia de la Internacional Bar Association (2006), referido a la resolución extrajudicial de conflictos en los procesos de insolvencia, principalmente orientado a explorar qué ocurre con la mediación, indaga sobre el sistema estadounidense, el que mayores progresos ha experimentado en la materia.

... Sin duda la Corte del Distrito Sur de Nueva York está entre las que mejores resultados ha obtenido de la mediación en cuestiones de insolvencia. En mucho ha contribuido a ello la juez Cecilia Morris quien, antes de asumir ese cargo, había reunido una valiosa experiencia como abogada y mediadora en varias causas del capítulo XI. La referida magistrado nos explica las razones por las cuales ***los procedimientos de insolvencia constituyen un contexto magnífico para recurrir a la mediación.*** *Es que convergen allí una serie de una serie de factores: los recursos judiciales limitados, los deudores afectados financieramente, y los acreedores que deben ser pragmáticos a la hora de decidir una estrategia para recuperar su crédito. De hecho, afirma la autora, el procedimiento de insolvencia es "...una forma colectiva de resolución de controversias en la cual varias partes con intereses en conflicto pretenden*

[8] "Mediación en los procesos concursales. La experiencia en el Derecho Comparado y la posibilidad de su aplicación en nuestro medio", Rubín, Miguel E, LA LEY 2006-E, 1283 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 879, cita Online: AR/DOC/3115/2006

logar un acuerdo sobre cómo se efectuará la distribución de los activos o cuáles son las deudas que se saldarán en el transcurso". Ahora bien ¿cuáles son las razones que llevaron a concluir que las medidas alternativas de resolución de conflictos son necesarias en los procesos de insolvencia? La juez Morris entiende que son básicamente dos: 1. En esos procesos los recursos son limitados y, como la resolución de conflictos a través de la mediación es más económica, mejora las posibilidades de cobro de los acreedores. 2. Es una forma de reducir las situaciones litigiosas que deben atender los jueces concursales. De ese modo, indirectamente, se favorece la eficiencia judicial porque mejora la relación Cantidad de Jueces vs. Cantidad de Casos. De allí que la mediación en esos supuestos tenga los siguientes objetivos: i) Satisfacción de las partes ii) Eficiencia judicial iii) Mejora la relación costo/beneficio.

Nuestra opinión

Considero que, maguer la cuestión constitucional, la mediación previa es un instrumento grandioso para "prevenir" la quiebra del consumidor.

En efecto: no desconocemos que la inclusión de la "mediación previa" a los procesos concursales roza cuestiones de constitucionalidad, ya que la regulación de la "Ley de bancarrotas" es una facultad delegada propia del Congreso de la Nación. (art. 75 inc. 12 CN) y la mediación es una herramienta regulada por las Legislaturas locales. Por ello, sugiero que en cualquier proyecto de reformas de la ley concursal, se establezca un procedimiento **judicial** de entrada única, con una instancia inicial de mediación o conciliación obligatoria en la cual el deudor asistido por sus abogados y con la intervención de un funcionario capacitado (síndico, abogado, contador???), negocie personalmente con sus acreedores un acuerdo de pago, que sea sometido a homologación del juez interviniente, sin necesidad de transitar por las etapas informativa y de negociación en la forma actualmente prevista por la Ley 24.522.

Si bien, para que lo propuesto ocurra, deben modificarse nuestras leyes, – y lamentablemente, todos los proyectos de reforma de la Ley 24.522 actualmente no tienen estado parlamentario – también habría que generar un cambio mucho mayor en la actitud de los ciudadanos y de todos los operadores del Derecho.

Sobreendeudamiento del consumidor. La necesidad de un proceso concursal especial. Crítica a la jurisprudencia que desestima los pedidos de propia quiebra ante la ausencia de activo liquidable

Germán E. Gerbaudo

Sumario

En los últimos tiempos se observa un crecimiento de los procesos concursales de personas humanas que alcanzan un estado de insolvencia o de sobreendeudamiento por deudas que no se vinculan a una actividad empresarial sino a un consumo desmedido. En este ámbito se observa una omisión legislativa, atento a que resulta necesario que el ordenamiento concursal armonice con la protección del consumidor que emana del art. 43 de la C.N. El derecho concursal doméstico exhibe una carencia respecto al establecimiento de un proceso especial para atender a la problemática de los consumidores sobreendeudados.

Los procesos concursales tradicionales resultan insatisfactorios para dar respuestas adecuadas al consumidor insolvente. La razón de su falta de eficacia obedece a que desde sus orígenes los procesos concursales siempre estuvieron pensados como respuestas para la insolvencia de los comerciantes o de las personas jurídicas, ignorando la problemática de la persona física consumidor de bienes y servicios que se encuentra en una situación de sobreendeudamiento. Por lo tanto, no solo que no se le da respuesta a su problema sino que lo deja en una situación de desventaja con otros tipos de sujetos que se encuentran en insolvencia. La ley concursal no le suministra un procedimiento especial para superar su situación de crisis y desde el poder judicial muchas veces se considera como una "carga" que obstaculiza la labor de los tribunales que se encuentran "abarrotados" con concursos y quiebras de consumidores sobreendeudados. Sin dudas que este tema hoy conforma la actual "agenda del derecho concursal".

En la jurisprudencia se observan fallos dispares frente a la presentación en propia quiebra de consumidores sobreendeudados. Algunos tribunales, en soluciones que no compartimos, han considerado que los pedidos de propia quiebra formulados por personas humanas cuyas deudas obedecían a situaciones de consumo constituían un abuso del derecho. En este orden ideas, comenzaron a desestimar los pedidos de propia quiebra por considerar que carecían de activo liquidable y que no basta para instar la declaración de quiebra la sola confesión de la insolvencia sino la demostración de que el patrimonio se encuentra en estado de cesación de pagos.
No compartimos estas soluciones en razón de que la ley no exige tal activo liquidable para poder peticionar la quiebra.

Ponencia: 1) Consideramos que la jurisprudencia que niega la apertura de la quiebra frente a la falta de activo liquidable es desacertada y que no encuentra fundamento normativo.

2) En el futuro deberá reformarse la L.C. y establecer un proceso concursal especial para atender a la insolvencia del consumidor.

I. Introducción

En los últimos tiempos se observa un crecimiento de los procesos concursales de personas humanas que alcanzan un estado de insolvencia o de sobreendeudamiento por deudas que no se vinculan a una actividad empresarial sino a un consumo desmedido. En este ámbito se observa una omisión legislativa, atento a que resulta necesario que el ordenamiento concursal armonice con la protección del consumidor que emana del art. 43 de la C.N. El derecho concursal doméstico exhibe una carencia respecto al establecimiento de un proceso especial para atender a la problemática de los consumidores sobreendeudados.

El sobreendeudamiento del consumidor es una temática que se generalizó a partir del proceso de globalización, la que no solo es económica sino también cultural. Esta última generó una adicción al consumo que necesitó irremediablemente del crédito. El deseo de adquirir bienes demandó de la operación de crédito que permita tener hoy los bienes deseables y pagarlos con dinero futuro. Así aparece el crédito de consumo que es un fenómeno del siglo XX. Sus orígenes se retrotraen a los Estados Unidos de Norteamérica luego de la crisis del 1930, dónde surge como "una forma de democratizar

la deuda y socializar los riesgos"[1], convirtiéndose en la actualidad "en un producto más de adquisición"[2].

Este proceso de expansión económica se vio incrementado hacia la década de 1990 del siglo pasado, dónde en el marco de las políticas económicas imperantes en aquella época se produce la globalización del sistema financiero[3]. En este ámbito se origina una bancarización de los consumidores, lo que acercó a éstos al crédito. De esa manera, acceden al crédito sujetos que hasta entonces estaban excluidos. El crédito se presenta como el nexo necesario para generar en los consumidores la percepción de poder adquirir de manera "fácil" bienes que de contado no podrían conseguir. Concibe la idea de "comprar ahora, disfrutar ahora y pagar después". Sin embargo, esta "democratización del crédito", que permitió a muchas personas obtenerlo "sin garantía patrimonial suficiente", con el sólo comprobante del sueldo, como contrapartida acercó "a una masa de sujetos a la insolvencia y –cuando se le permitió- a los procedimientos concursales"[4]. La globalización económica y cultural generó esta realidad del consumidor sobreendeudado. Se indica que "el sobreconsumo es la situación en la que se encuentra una persona física que ha contraído deudas en exceso y no puede hacer frente a todas"[5]; agregando que "es un fenómeno actual, que se ha generado en las sociedades capitalistas, y es la resultante de la sociedad de consumo"[6]. Las personas consumidores sobreendeudadas "se caracterizan como aquellas en las cuales el endeudamiento deja de ser una práctica regular, alentada en el mercado de consumo, para convertirse en un estado no deseado que impide el desarrollo del proyecto de vida de los consumidores"[7].

Los procesos concursales tradicionales resultan insatisfactorios

[1] HOPENHAYN, Martín, *El mundo del dinero*, Norma, Buenos Aires, 2002, p. 163.

[2] JUNYENT BAS, Francisco, *El empleado público "sobreendeudado" y la pérdida de la fuente de trabajo*, en L.L. 19/04/2010, p. 1.

[3] Respecto a la globalización del sistema financiero y sus consecuencias nos ocupamos en un trabajo anterior: GRANADOS, Ernesto y GERBAUDO, Germán, *Participación de capitales extranjeros en la actividad financiera en Argentina. Responsabilidad por su actuación*, en "Libro homenaje al Dr. Juan M. Farina", Zeus, Rosario, 2009, p. 451.

[4] ANCHAVAL, Hugo Alberto, *El nuevo sujeto concursal*, en L.L. 2010-F, p. 1079.

[5] RASPALL, Miguel A. y RASPALL, María L., *Derecho concursal de la empresa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, t. I, p. 83.

[6] Id., p. 83.

[7] CULASSO, María F. y TABARES, Julieta, *La tutela del consumidor de crédito en el sistema integral del derecho del consumidor*, en J.A. 2016-I, SJA 30/03/2016.

para dar respuestas adecuadas al consumidor insolvente. La razón de su falta de eficacia obedece a que desde sus orígenes los procesos concursales siempre estuvieron pensados como respuestas para la insolvencia de los comerciantes o de las personas jurídicas, ignorando la problemática de la persona física consumidor de bienes y servicios que se encuentra en una situación de sobreendeudamiento. Por lo tanto, no solo que no se le da respuesta a su problema sino que lo deja en una situación de desventaja con otros tipos de sujetos que se encuentran en insolvencia. La ley concursal no le suministra un procedimiento especial para superar su situación de crisis y desde el poder judicial muchas veces se considera como una "carga" que obstaculiza la labor de los tribunales que se encuentran "abarrotados" con concursos y quiebras de consumidores sobreendeudados. Sin dudas que este tema hoy conforma la actual "agenda del derecho concursal"[8].

II. Rechazo de los pedidos de propias quiebra por carencia de activo liquidable.

En la jurisprudencia se observan fallos dispares frente a la presentación en propia quiebra de consumidores sobreendeudados. Algunos tribunales, en soluciones que no compartimos, han considerado que los pedidos de propia quiebra formulados por personas humanas cuyas deudas obedecen a situaciones de consumo constituyen un abuso del derecho. En este orden ideas, comenzaron a desestimar los pedidos de propia quiebra por considerar que carecían de activo liquidable y que no basta para instar la declaración de quiebra la sola confesión de la insolvencia sino la demostración de que el patrimonio se encuentra en estado de cesación de pagos[9].

[8] TRUFFAT, E. Daniel, *La "agenda" concursal"*, en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, Nº 252, noviembre 2008, p. 1045; TRUFFAT, Edgardo Daniel, El derecho concursal en el siglo XXI, en L.L. 2015-A, p. 525; GERBAUDO, Germán, *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal*, en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, junio 2012; p. 515.

[9] En este sentido, véase: C. Civ. y Com., Rosario, Sala IV, "Tudela, Fernando H. s/ pedido de propia quiebra", 22/02/2008; C. Civ. y Com., Rosario, Sala IV, "Gerlo, Rolando Antonio", 7/09/2007, en L.L. Litoral 2007 (diciembre), p. 1135; C. Civ. y Com., Rosario, Sala III, Rosario, "Gargano, Héctor Benjamín s/ propia quiebra", 27/11/2007.

En otro caso más reciente la misma Sala IV de la C. Civ. y Com., Rosario consideró que la insuficiencia de activo no era por si sólo suficiente para desestimar la apertura concursal, véase: "Dínamo, Rubén Alberto s/ propia

No compartimos estas decisiones judiciales en el sentido de que la L.C. no exige tal activo "liquidable" para peticionar la quiebra. Por el contrario, la L.C. admite la hipótesis de que la quiebra pueda carecer de aquél y así establece como un supuesto de clausura del procedimiento la falta de activo (conf. arts. 232 y 233, L.C.). Asimismo, esta problemática muchas veces va unida a las denominadas "quiebras de los empleados públicos" dónde habitualmente no existe ningún activo a liquidar y cuyo único ingreso está constituido por la remuneración que se percibe mensualmente y que a la fecha de la quiebra se encuentra totalmente afectada por embargos y descuentos directos autorizados. Por eso se afirma que en estos casos el pedido de quiebra se utiliza "como medio de recuperación de los sueldos"[10]. Se trata de un tema de candente actualidad que excede el ámbito jurídico, es un problema social que lamentablemente se traslada con cierta frecuencia a nuestros tribunales.

La discusión no sólo se observa en nuestro derecho. También en España -donde con la crisis de 2008 se incrementaron los procesos concursales- la doctrina y la jurisprudencia exhibe posiciones antagónicas. Adelantamos que no existe en la Ley concursal de España –Nº 22/2003- una disposición que exija la existencia de bienes para la apertura concursal o que disponga su rechazo en caso de la inexistencia de aquéllos. En la legislación concursal española la inexistencia de bienes realizables es un supuesto de conclusión del concurso, pero no de inadmisión de su solicitud[11]. Algunos fallos han exigido un mínimo de activo liquidable para disponer la apertura del concurso de acreedores[12]. Por el contrario, también se registran

quiebra", 21/10/2014, en L.L. Litoral 2015 (febrero), p. 30.

[10] CLEMENT, Liliana y BARAVALLE, Nora, *Concurso de empleados públicos*, en libro de ponencias del "XIV Congreso Nacional de Jóvenes abogados", Santa Fe, 15 y 16 de agosto de 2003, p. 101.

[11] Sobre las distintas posiciones desarrolladas en la jurisprudencia puede consultarse: MORENA SANZ, Gregorio de la y PARRA BAUTISTA, José Ramón, *El concurso del consumidor. O de la Insolvencia de las personas físicas y las familias*, Barcelona, Bosch, Nº 409, "Serie Mercantil", 2010, pp. 18 a 23 y 87 a 94; SACRISTÁN BERGIA, Fernando *La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos*, en GADEA SOLER, Enrique, NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario y SACRISTÁN BERGIA, Fernando, "La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura", Madrid, La Ley, 2010, p. 89; PULGAR EZQUERA, Juana, *La declaración de concurso de acreedores*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2005. pp. 184 y sigtes; PULGAR EZQUERRA, Juana, *Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver*, en Revista Jurídica La Ley, Nº 2, 2007, p. 1837.

12 En este sentido: Audiencia Provincial de Murcia, 30/01/2006; Juz.

importantes precedentes que consideran que la falta de un activo suficiente no es óbice para dar trámite al concurso de acreedores[13].

III. Conclusiones

Consideramos que en nuestro derecho el régimen de los pequeños concursos y quiebras reglado en los arts. 288 y 289 de la L.C. resulta insuficiente para dar una respuesta al problema del sobreendeudamiento del consumidor[14]. En consecuencia, sostenemos que en un futuro deberá adecuarse la L.C. a la C.N., dictándose un proceso concursal especial para atender al consumidor sobreendeudado. Entendemos que las particularidades del sujeto concursable –persona humana consumidor- requiere una rápida respuesta del legislador. No puede seguir tratándose como iguales a sujetos que no lo son. Aplicar un único proceso concursal a todo tipo de sujeto provoca inequidades y no resuelve el problema de los consumidores sobreendeudados. La unidad de procedimiento genera mayores costos, demoras judiciales, pérdida del crédito de los acreedores y la

Mercantil, Nº 1, Oviedo, 4/06/2007, citado por RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, *Declaración de concurso voluntario sin masa activa*, en "Repertorio de Jurisprudencia", Navarra, Aranzadi, Nº 3, 2008; Audiencia Provincial de las Baleares, Sección 5ª, auto Nº 142/2009, 25/06/2009; Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4º, auto Nº 38/2010, 10/03/2010, Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2º, auto Nº 198/2010, 17/12/2010, Audiencia Provincial de La Coruña, Sec. 4º, 15/09/2011, magistrado ponente José Luis Seoane Spiegelberg, en Editorial Jurídica Sepin, SP/AUTRJ/648294.

[13] Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, 2/10/2009, magistrado ponente Rosa María Andrés Cuena, Editorial Jurídica Sepin, SP/AUTRJ/480257, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 15/03/2010, magistrado ponente Luis Garrido Espa, en Editorial Jurídica Sepin, SP/AUTRJ/513876, Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Nº 4, auto Nº 251/2009, 9/11/2009,

[14] En trabajos anteriores manifestamos nuestra crítica al régimen de los pequeños concursos y su insuficiencia para atender a los procesos de consumidores sobreendeudados, véase: GERBAUDO, Germán E. y BURATOVICH VALENTINI, Marisol, *El régimen de los pequeños concursos y quiebras. La necesidad de su reforma*, en DJJ Diario Judicial Juris, Nº 12.907, 7, 9, 10 y 11 de diciembre de 2009, p. 2; GERBAUDO, Germán E., *El régimen de los pequeños concursos y quiebras en el ordenamiento concursal argentino. Su ineficacia y la urgente necesidad de su reforma*, en Microjuris, MJ-DOC-7032-AR, 18/12/2014.
Se sostiene que el tratamiento concursal de pequeños deudores y, en especial, del consumidor sobreendeudado constituye una temática de impostergable tratamiento legislativo en nuestro país (Trabajo de investigación "El sobreendeudamiento de la persona física y su judicialización en el ámbito judicial de la provincia de Córdoba entre los años 2006 y 2010", Roitman, Horacio y Lazcano, Carlos –Directores-, en ANDRUET (h), Armando, *Investigaciones en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba-II*, Córdoba, Justicia de Córdoba, 2014, p. 117).

destrucción del patrimonio del deudor. No puede aplicarse el mismo proceso a un grupo de sociedades, a un pequeño emprendedor y a una persona humana sobreendeudada. Creemos que el proceso concursal debe servir al consumidor para superar su situación de sobreendeudamiento y no como una forma de alongar una agonía patrimonial[15].

En tal sentido, compartimos la afirmación de Julio César Rivera quien señala que uno de los paradigmas del derecho concursal argentino fue la unificación de las soluciones concursales; sin embargo, con ello se han alcanzado resultados ineficientes. El autor señala "que una persona física insolvente deba recurrir a un procedimiento preventivo que tramita por las mismas reglas que la reestructuración de una gran empresa, es absolutamente ineficiente, pues genera un costo absolutamente desproporcionado con el valor de los activos y pasivos comprometidos"[16]. De manera similar, Héctor Chomer señala que "uno de los paradigmas del derecho concursal fue la "unidad" del proceso, esto entendido como la posibilidad de que cualquier sujeto pudiera acceder al concurso preventivo"[17]. Pero agrega que "lo que sucedió fue que el proceso instituido para todos, sólo sirvió para algunos"[18]. En nuestro país la idea de un único proceso concursal para atender a la insolvencia de todo sujeto es una cuestión que tiempo atrás se puso en crisis. Ello aconteció con la sanción de la ley 25.284 que instituyó el "Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con dificultades económicas" y puso en clara evidencia que no todo sujeto concursable es igual. La calidad de sujeto concursable no determina que deba aplicarse a todos el mismo procedimiento. Aquélla vez se comprendió que no era lo mismo la quiebra de una entidad deportiva y la de una persona humana o la de una sociedad comercial. Ahora, es el momento de empezar a entender que no es lo mismo la quiebra de una sociedad que explota un establecimiento comercial que la de una persona humana cuyas deudas se originan en el consumo. Este último supuesto de sujeto

[15] En trabajos anteriores expresamos la necesidad de establecer nuevas soluciones concursales para el consumidor sobreendeudado, véase: GERBAUDO, Germán E., *Las causales de rechazo de la apertura del concurso preventivo*, en L.L. Litoral 2016 (mayo), p. 5; GERBAUDO, Germán E., *El problema del consumidor sobreendeudado*, en DPI Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, Nº 112, 29/03/2017; GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 110 a 112.

[16] RIVERA, Julio César, *Renovación de los principios estructurales del derecho concursal*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, "Concursos-II", 2003, p. 9.

[17] CHOMER, Héctor O., *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D, p. 1299.

[18] Id., p. 1299.

concursable reclama un proceso concursal especial que atienda a sus particularidades. En conclusión, opinamos que hoy existe una "crisis de la unidad"[19]. Asimismo, se sostiene que "resulta urgente legislador de un modo especial sobre la crisis económica-financiera de las personas físicas"[20]. En tal sentido, entendemos que la persona humana consumidora requiere de la L.C. un procedimiento especial simplificado que permita al deudor superar la situación de sobreendeudamiento y a los acreedores recuperar un porcentaje mayor de su crédito. Es por ello que celebramos la existencia de una Comisión creada por la Resolución del MJDH 1163/2015 encargada de proyectar soluciones para la insolvencia del consumidor[21].

Bibliografía

ANCHAVAL, Hugo Alberto, *El nuevo sujeto concursal*, en L.L. 2010-F, p. 1079.

CLEMENT, Liliana y BARAVALLE, Nora, *Concurso de empleados públicos*, en libro de ponencias del "XIV Congreso Nacional de Jóvenes abogados", Santa Fe, 15 y 16 de agosto de 2003, p. 101.

CULASSO, María F. y TABARES, Julieta, *La tutela del consumidor de crédito en el sistema integral del derecho del consumidor*, en J.A. 2016-I, SJA 30/03/2016.

CHOMER, Héctor O., *Futuro del derecho concursal*, en L.L. 2012-D, p. 1299.

GERBAUDO, Germán, *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal*, en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, junio 2012; p. 515.

GERBAUDO, Germán E., *El régimen de los pequeños concursos y quiebras en el ordenamiento concursal argentino. Su ineficacia y la urgente necesidad de su reforma*, en Microjuris, MJ-DOC-7032-AR, 18/12/2014.

GERBAUDO, Germán E., *Las causales de rechazo de la apertura del concurso preventivo*, en L.L. Litoral 2016 (mayo), p. 5.

GERBAUDO, Germán E., *El problema del consumidor sobreendeudado*, en DPI Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, Nº 112, 29/03/2017.

[19] RIVERA, J., op. cit., p. 9.

[20] GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 1 de la L.C.*, en "Concursos y quiebras", Director Héctor O. Chomer y Coord. Pablo Frick, Bs. As., Astrea, t. I, 2016, p. 10

[21] La comisión se integra por los Dres. Daniel Roque Vítolo, Hector Osvaldo Chomer, Juan Carlos Veiga, Ariel A. Dasso, Francisco Junyent Bas, Emiliano García Cuerva y Alejandra N. Tevez, actuando como secretaria la Dra. Gabriela Antonelli Michudis.

GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

GERBAUDO, Germán E. y BURATOVICH VALENTINI, Marisol, *El régimen de los pequeños concursos y quiebras. La necesidad de su reforma*, en DJJ Diario Judicial Juris, Nº 12.907, 7, 9, 10 y 11 de diciembre de 2009, p. 2.

GRANADOS, Ernesto y GERBAUDO, Germán, *Participación de capitales extranjeros en la actividad financiera en Argentina. Responsabilidad por su actuación*, en "Libro homenaje al Dr. Juan M. Farina", Zeus, Rosario, 2009, p. 451.

GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 1 de la L.C.*, en "Concursos y quiebras", Director Héctor O. Chomer y Coord. Pablo Frick, Bs. As., Astrea, t. I, 2016.

HOPENHAYN, Martín, *El mundo del dinero*, Norma, Buenos Aires, 2002.

JUNYENT BAS, Francisco, *El empleado público "sobreendeudado" y la pérdida de la fuente de trabajo*, en L.L. 19/04/2010, p. 1.

MORENA SANZ, Gregorio de la y PARRA BAUTISTA, José Ramón, *El concurso del consumidor. O de la Insolvencia de las personas físicas y las familias*, Barcelona, Bosch, Nº 409, "Serie Mercantil", 2010, pp. 18 a 23 y 87 a 94.

PULGAR EZQUERA, Juana, *La declaración de concurso de acreedores*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2005.

PULGAR EZQUERRA, Juana, *Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver*, en Revista Jurídica La Ley, Nº 2, 2007, p. 1837.

RASPALL, Miguel A. y RASPALL, María L., *Derecho concursal de la empresa*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

RIVERA, Julio César, *Renovación de los principios estructurales del derecho concursal*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003-1, "Concursos-II", 2003, p. 9.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, *Declaración de concurso voluntario sin masa activa*, en "Repertorio de Jurisprudencia", Navarra, Aranzadi, Nº 3, 2008.

SACRISTÁN BERGIA, Fernando *La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos*, en GADEA SOLER, Enrique, NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario y SACRISTÁN BERGIA, Fernando, "La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura", Madrid, La Ley, 2010, p. 89.

TRUFFAT, E. Daniel, *La "agenda" concursal"*, en "Doctrina Societaria y Concursal", Errepar, Buenos Aires, Nº 252, noviembre 2008, p. 1045.

TRUFFAT, Edgardo Daniel, *El derecho concursal en el siglo XXI*, en L.L. 2015-A, p. 525.

Insolvencia del consumidor Constitucionalidad de la legislación procesal provincial - Inconstitucionalidad de la L.C.Q.

Pablo González Masanés

Sumario:

La legislación procesal respecto del sobreendeudamiento del consumidor constituye materia no delegada por las provincias. La delegación de potestades contenida en el art. 75 inc. 12 respecto de la legislación sobre "bancarrotas" no incluye a la insolvencia del consumidor ni, necesariamente, al aspecto procesal concursal. Tampoco existe una razón de eficacia que justifique la asunción de tales facultades por el Poder Legislativo Nacional.

Los procedimientos concursales previstos en la LCQ aplicados a la insolvencia del consumidor son ineficientes e ineficaces y, en definitiva, inconstitucionales. Ello porque obstaculizan la actuación del estatuto del consumidor y su aplicación – en tanto norma negativa o residual – es consecuencia directa del incumplimiento de los poderes legislativos locales en dictar procedimientos eficaces para la superación del sobreendeudamiento.

1. La normativa nacional

A pesar de la constitucionalización de los derechos del consumidor, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor no prevé remedios para el sobreendeudamiento. Tampoco existe una previsión específica en la Ley de Concursos y Quiebras, resultando evidente la insuficiencia del régimen del pequeño concurso (arts. 288, 289 y cc. LCQ).

Aunque la Ley Concursal – y los tribunales – le otorgaban el mismo tratamiento[1], es evidente que la insolvencia de quienes se encuentran

[1] Como ha sido expuesto en otra ponencia, actualmente el CPCCT de la Provincia de Mendoza prevé un procedimiento especial para el consumidor sobreen-

en las antípodas del sistema capitalista genera fenómenos disímiles. La insolvencia de la empresa y la del consumidor es atendida con idéntica herramienta, aunque sus presupuestos, problemas, bienes jurídicos comprometidos y soluciones posibles sean esencialmente diferentes.

Es así que la doctrina más autorizada es conteste en que estamos ante un fenómeno que requiere de un tratamiento diferenciado de aquel que está previsto en la ley 24.522; destacando además la enorme ineficiencia e ineficacia que significa aplicar dicha ley a estos casos de insolvencia.[2]

2. Legislación provincial, procesal, concursal de consumo

Tanto desde la perspectiva consumerista como de la concursal, reivindicamos la potestad provincial para legislar sobre el proceso concursal del consumidor.

2.1 Legislación procesal de consumo. Potestades provinciales.

Por ser derecho común, el dictado de la normativa sustancial del consumidor es potestad del Congreso Nacional, mientras que el régimen procesal constituye materia no delegada por las provincias (art. 121 CN)[3]. Tal evidencia exime de mayores comentarios.

Es así que en ejercicio de las potestades no delegadas, en la jurisdicción federal y para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han sido creados el Servicio de Conciliación Previa de las Relaciones de Consumo (COPREC) y la Justicia Nacional en las Rela-

deudado (arts. 359 a 372).

[2] VII Congreso Argentino de Derecho Concursal – V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza Argentina, 2009, Conclusiones Comisión 1. Se efectúa esta cita por tratarse de una manifestación representativa de la opinión de la doctrina. Sin embargo, cabe mencionar que no hemos encontrado obras que no concuerden en la falta de adecuación de la ley concursal al sobreendeudamiento del consumidor.

[3] "La distribución de potestades legislativas consagrada – ¡por las provincias! – en la Constitución garantiza que éstas a través de la regulación del procedimiento necesario para aplicar la legislación común que dicta el Estado federal, pueden establecer sus propias prioridades de intervención, teniendo en cuenta sus realidades locales, sus propias características, necesidades y urgencias, así como también las efectivas posibilidades de actuación de sus órganos requirentes, de tutela y jurisdiccionales." González Da Silva Gabriel, Inconstitucionalidad de las disposiciones procesales contenidas en el Proyecto de Có<digo, La Ley 16/05/2013, 1 – La Ley 2013-C, 911, cita online AR/DOC/1876/2013.

ciones de Consumo – dando lugar al denominado "fuero del consumidor" –, previendo, en ambos casos, los respectivos regímenes procesales (ley 26.993, setiembre de 2014).

2.2 La Constitución Nacional y las leyes concursales. ¿Potestades provinciales para una legislación procesal concursal de consumo?
Como principio, la Constitución Nacional reserva para las provincias "todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal" (art. 121). De su lado, el art. 75 inc. 12 CN delega expresamente al Poder Legislativo Nacional la potestad de dictar leyes "sobre bancarrotas"[4].

El término "bancarrotas" es netamente mercantil, alude exclusivamente a la materia comercial, mientras que el concepto de insolvencia es de mayor amplitud.

La previsión constitucional obedeció a la necesidad decimonónica de reglamentar el comercio en un estado nacional que se encontraba en ciernes y que veía en la legislación nacional un modo de aglutinar a las provincias que la conformaban. Sin embargo y desde la perspectiva del consumidor, actualmente no puede dudarse que la relación de consumo y – entre los diversos problemas que la rodean – el sobreendeudamiento, carecen de "mercantilidad"; como parangón valga recordar que no resultaba sensato interpretar que el acto de comercio que legislaba el Código de Comercio incluyera al acto de consumo. En definitiva, sobreendeudamiento y bancarrota (o, en términos de la LCQ, estado de cesación de pagos) constituyen dos especies del género insolvencia y sus marcadas diferencias no permiten que pueda asimilárselos.

Tan cierto es que la previsión constitucional solo aludía al aspecto comercial, que la primer legislación patria sobre "bancarrotas" tuvo lugar en el libro IV del Código de Comercio de 1859/1862, dedicado a la "Insolvencia de los comerciantes".
Esta distinción entre el comerciante y el deudor civil se mantuvo en

[4] La doctrina ha intentado diversas explicaciones sobre la relación entre esta expresa atribución y el principio de la no delegación de facultades; explicaciones que van desde considerar que se trata de una violación a las facultades no delegadas por las provincias, hasta entender que existe una relación de principio-excepción (en tanto al aludir a bancarrotas no se hace distinción entre normas de fondo y de forma), pasando por mencionar simplemente que ello parece una inconsecuencia con las autonomías de las provincias (Ekmekdjian Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, Depalma, Bs. As. T IV, p. 502.

las sucesivas leyes de concursos. La ley 4.156 de 1902 rigió exclusivamente para los comerciantes; mientras que la ley 11.719 de 1933 extendió la quiebra a los no comerciantes "siempre que realizaran sus negocios en forma de explotación comercial", es decir, a los comerciantes no inscriptos. Fue así que durante esta alongada etapa las potestades legislativas procesales relativas a la insolvencia del otrora denominado "deudor civil" – hoy, consumidor – eran, de manera pacífica, resorte de las provincias. Ello explica que Podetti incluyera esta particular insolvencia del hombre común en el Código Procesal Civil de Mendoza, en la sección "Del Concurso Civil" (Libro Cuarto, Título III, Sección Segunda; arts. 355 a 380).

La ley 19.551 de 1972 – más de una centuria después de la codificación comercial – alcanzó a las soluciones concursales para todo tipo de deudor, con reglas concursales de fondo y de forma para los deudores civiles, con lo cual derogó implícitamente los regímenes procesales provinciales. Tal unificación fue realizada interpretando el término constitucional "bancarrotas" como sinónimo de "insolvencia", es decir comprendiendo a comerciantes y no comerciantes[5]. En un contexto político-social nada propicio para el debate respecto de la extensión de las facultades legislativas nacionales en materia procesal, y mucho menos para la defensa de los poderes no delegados por las provincias a un Congreso Nacional que no sesionaba y cuyas funciones eran ejercidas por el poder ejecutivo de facto; las normas concursales provinciales quedaron inertes por la superposición absorbente de la legislación nacional.

Para más, la reforma de la ley 22.917 produjo la mentada "unificación subjetiva concursal"[6]a través de la derogación de los concursos civiles, con lo cual quedó deshecha toda distinción entre la insolvencia del comerciante y de quien no lo era.

Resta mencionar que, en un contexto de neoliberalismo y reforma del estado, la ley 24.522 no se ocupó de la insolvencia del consumidor – no obstante que su protección había sido constitucionalizada – con lo cual el criterio de la legislación anterior se transmitió por vía de inercia y omisión, a la normativa actual.
Este breve repaso permite ver con claridad que actualmente carece

[5] Conf. Heredia, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Astrea, 2000, T.1, p. 143. Como se expuso, no coincidimos en que el término "bancarrotas" sea sinónimo de insolvencia, o peor, de cualquier insolvencia, incluso la del consumidor.
[6] Rouillon Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras, 15º edición actualizada y ampliada, Astrea, 2006, p. 59.

de asidero sostener que con el término "bancarrotas" el texto constitucional alcanza al sobreendeudamiento del consumidor. El consumidor no tiene "banca"[7] que romper, él no es el financista, sino el financiado; no es el empresario – comerciante para quien históricamente nació el derecho concursal y al cual actualmente comprendería la ley 24.522 – sino quien se encuentra en el otro extremo de la cadena de consumo y enfrentado a aquel.

Por otra parte, la constitucionalización de los derechos del consumidor introduce una protección específica que responde a la estructura económico-social de las últimas décadas del siglo XX, abreva en progresivas concepciones filosófico-jurídicas que impregnan a la Constitución de un nuevo sentido y, en todo caso, impide cualquier interpretación negatoria del principio protectorio que pretenda hacerse de aquel vocablo netamente comercialista.

Se trata del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional; del simple e incontrastable hecho de que la realidad cambió y el derecho concursal no. Sabido es que el ordenamiento jurídico es construido sobre estructuras económicas, sociales y políticas que, como la vida social misma, es fluyente. Es por ello que el derecho concursal también debe fluir, de lo contrario la realidad que pretende regular, progresiva e irremediablemente, irá escapándosele hasta vaciarlo de contenido y dejarlo como mera forma anodina. Se trata de no dar la espalda o ignorar la realidad, "porque ella finalmente será irresistible y se impondrá, con el inconveniente de no poder controlarla o guiarla."[8]

En definitiva, las potestades para la regulación procesal de la insolvencia del consumidor forman parte de la materia no delegada por las provincias, con lo cual pueden y deben darse sus propias normas[9].

2.3 Ley concursal: ¿sustancial y procesal?

[7] Banca: 2. f. Conjunto de entidades que tienen por objeto básico facilitar la financiación de las distintas actividades económicas. Diccionario de la Real Academia Española, 22º edición, 2012.

[8] Vigo Rodolfo Luis, Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 10.

[9] El razonamiento expuesto nos lleva a dudar sobre la existencia de un fundamento válido para las hasta ahora fallidas pretensiones de dictar una ley nacional relativa al sobreendeudamiento del consumidor que, como la actual LCQ, sea comprensiva de los aspectos sustanciales y procesales.

Reiteradamente decimos que el derecho concursal es sustancial y procesal. Sin embargo, ello no debe llevarnos a asumir acríticamente que de modo necesario la ley concursal deba repetir tal mixtura. Del mismo modo que otras materias (civil, penal, etc.) el derecho concursal comprende ambos aspectos, pero ello no impone la necesidad de amarrarlos en una misma ley "sobre bancarrotas".
Es decir que la delegación prevista en la Constitución atañe a la potestad legislativa en el aspecto sustancial, sin que existan buenas razones para dar por sentado que incluya también a la materia procesal. Prueba de lo expuesto es que el mismo inc. 12 del art. 75 atribuye al Congreso la potestad de dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social; sin embargo es claro que esta delegación no comprende la materia procesal.

2.4 Potestad legislativa nacional para el dictado de normas procesales. Fundamento de eficacia.

No obstante la previsión del art. 121 CN, el Poder Legislativo Nacional ha dictado normas adjetivas conjuntamente con las sustantivas en el entendimiento de tener potestades suficientes para ello cuando resulta necesario garantizar la eficaz aplicación de las segundas[10]. Desde esta perspectiva,los procedimientos previstos en la LCQ encuentran justificación en ser instrumentos de aplicación de las previsiones concursales de fondo.

Sin embargo, el arribo del consumidor sobreendeudado al elenco de deudores comprendidos por la LCQ ha generado que el procedimiento deviniera en obstáculo para la actuación de la norma sustantiva.
La doctrina es conteste en que las vigentes LCQ y LDC no se ocupan del consumidor insolvente y en que el trámite actualmente aplicado es rotundamente ineficiente e ineficaz; de manera que aquel fundamento de eficacia desaparece cuando la realidad demuestra que

[10] Esta potestad federal ha sido defendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación incluso exhortando a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación. "Que tanto en materia procesal penal como de ejecución penal se plantea la cuestión de la competencia legislativa. Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley." (CSJN, 03/05/2005, Verbitsky Horacio, La Ley, 25/08/2005, 5, cita online, AR/JUR/159/2005).

el procedimiento de la LCQ no garantiza la adecuada aplicación de los principios y normas sustanciales consumo y concursales. Por el contrario, constituye una pesada y onerosa herramienta que tiende a perpetuar la insolvencia que debiera contribuir a superar; torna ilusorio el derecho de los acreedores y resulta vejatoria de los derechos de un revictimizado deudor que el sistema capitalista utilizó, descartó y – paradójicamente – necesita nuevamente en el mercado en un renovado rol de consumidor.

Si en alguna etapa histórica la ley nacional tomó para sí el procedimiento concursal de la otrora persona física no comerciante en pos de una eficaz aplicación de las normas de fondo – cuestión por demás dudosa, si se advierte en que solo se limitó a asimilarlo al concurso del comerciante –; la inclusión del consumidor sobreendeudado entre los sujetos concursables ha excedido sus previsiones. También cabe tener presente que si bien el sobreendeudamiento es un fenómeno global, sus particularidades son locales – pues depende de la proliferación de financieras, permisividad en los descuentos de haberes, nivel de salarios, factores culturales, sociales, etc. –, tanto que en provincias como la de Mendoza, los procesos concursales del consumidor atestan los tribunales casi al punto del colapso y obligan a pensar en alternativas procesales de mayor celeridad, economía y eficacia.

3. La LCQ como norma negativa. Inconstitucionalidad

Si lo hasta aquí expuesto es correcto ¿por qué durante años se ha aplicado la LCQ al consumidor sobreendeudado?

Acudimos a la noción de omisión inconstitucional. Esta se configura con el incumplimiento de un deber constitucional de legislar durante un periodo de tiempo razonable, con la consecuencia de generar la aplicación de normas contradictorias con los postulados constitucionales[11]. En otros términos; la inacción del legislador contraria a la Constitución genera un vacío legislativo, vacío que es mal llenado con una norma vigente dictada para regular un fenómeno distinto (norma implícita o negativa) que, en lugar de ser un vehículo para la actuación de la manda constitucional, deviene en obstáculo y se traduce en su frontal vulneración.

En nuestro análisis, el art. 42 CN impone al legislador[12] el deber de dictar una legislación que establezca procedimientos eficaces para

[11] Segado Francisco Fernández, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, ...

[12] Según lo hasta aquí expuesto, al legislador provincial.

el tratamiento de la insolvencia o sobreendeudamiento del consumidor[13]. Sin embargo, el poder legislativo ha incumplido con su deber de legislar, extendiéndose esta omisión desde 1994, es decir durante un razonablemente alongado lapso. Esta omisión legislativa no ha sido neutra en sus consecuencias, sino que ha generado la aplicación de los procedimientos de la LCQ en franca contradicción con el estatuto protectorio del consumidor de base constitucional; en tanto – como hemos dicho – constituyen procedimientos ineficientes e ineficaces.

Lo hasta aquí expuesto patentiza que si bien la persona humana puede ser declarada en concurso, la previsión del art. 2 LCQ no la alcanza cuando la insolvencia ha sido generada en su rol de consumidor. Ello porque estos procedimientos no permiten la actuación plena del principio protectorio y obstaculiza el ejercicio de sus derechos elementales para desarrollarse en sociedad[14].

En otras palabras, el consumidor sobreendeudado no es un "sujeto concursable" mediante alguno de los tipos procedimentales de la ley 24.522, por ser ello contrario a la Constitución Nacional.

[13] Art. 42 CN: "Los consumidores y usuarios tienen derecho... a la protección de (sus)... intereses económicos... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos... La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos..."

[14] El consumidor que se encuentra en situación de sobreendeudamiento se convierte en un sujeto excluido, puesto que ve restringido su derecho al acceso a bienes primarios: bienes fundamentales que el individuo necesita para desempeñarse mínimamente en sociedad: libertad, trabajo, vivienda, educación, salud. Se trata de derechos predemocráticos, en el sentido de que son un presupuesto para el contrato social; son un mínimo social y, desde el punto de vista jurídico, una garantía estatal mínima. (Lorenzetti Ricardo Luis, Consumidores, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 17).

Insolvencia del consumidor La rebeldía concursal en el CPCCT de la Provincia de Mendoza

Pablo González Masanés

Sumario

Puesto que la sistemática incomparecencia de los acreedores al concurso del consumidor resulta violatoria del derecho al proceso así como del principio de bilateralidad, en tanto la posibilidad de existencia del proceso concursal depende de la voluntad de los acreedores, el CPCCT de la Provincia de Mendoza ha previsto la declaración de rebeldía de los acreedores reconocidos por el deudor en su presentación inicial que no comparezcan a la audiencia conciliatoria prevista en el mismo código, con la consecuencia de no integrar sus créditos la base para el cómputo de mayorías y resultarles imponible el acuerdo homologado, tal como lo prevé el art. 56 LCQ para los acreedores incomparecientes.

1. La sistemática incomparecencia y la imposibilidad del proceso concursal

La práctica tribunalicia ha mostrado que en el concurso preventivo del consumidor la incomparecencia de los acreedores denunciados se ha vuelto, más que habitual, sistemática[1]. Estimamosque esta situación encuentra motivo en, al menos, tres factores:

a) Falta de interés. En general los bancos y proveedores de primera línea (principalmente de venta de artículos para el hogar) tienen

[1] Gabriel de las Morenas – Valeria C. Pereyra, Conjuro contra la "cartelización" de los acreedores en el concurso preventivo del consumidor sobreendeudado, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Libro de Ponencias, Crisis y Derecho, Tomo II, Crisis Patrimoniales de los Estados y de las Personas Humanas, 2015, p. 212. Fernando Games, La mediación en los concursos de consumidores, IX Congreso… p. 250. Primer Juzgado de Procesos Concursales de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-02052744-1 (011901-1250235) Rodríguez María Gertrudis p/Concurso pequeño).

como política abandonar el crédito. Es que en su ecuación económica son mayores los costos de insinuar el crédito y participar del proceso concursal (arancel, tasas judiciales, honorarios profesionales, costos administrativos, etc.) que la expectativa de recupero.

El escaso margen de negociación de quien solo cuenta con los ingresos necesarios para una vida digna y cuyo pasivo se ha visto significativamente abultado por el costo del proceso del concurso preventivo, genera que la persecución del crédito resulte a priori ineficiente y, consecuentemente, desaparezca el interés que moviliza al cumplimiento de la carga verificatoria.

b) Reutilización de los códigos de descuento. Hay financieras y mutuales que cobran sus créditos directa, ilimitadamente y sin ningún tipo de control, atacando los haberes del consumidor a través de los códigos de descuento. Esta clase de acreedores asume una actitud expectante; aguarda a que el concurso preventivo concluya para luego agredir el salario del deudor con inusitada violencia, a punto tal que en numerosos casos los "ex concursados" se ven constreñidos a volver al tribunal concursal, sea denunciando que ni siquiera le queda lo imprescindible para la subsistencia, sea solicitando su propia quiebra.[2]

Ello ocurre porque si el concurso preventivo concluye por falta de acreedores, el deudor vuelve a estar – jurídica, aunque no económicamente – in bonis y no puede oponerle al acreedor el régimen protectorio que surgía de su estado concursal: la prohibición de pagar a los acreedores de causa o título anterior (que se traduce en la suspensión de los descuentos en el bono de haberes); la imposición de la carga verificatoria derivada del principio de concurrencia (art. 32 LCQ); y el sometimiento de los acreedores a la ley concursal, concurran o no, conforme al principio de concursalidad (art 125 LCQ).
Es que la resolución judicial de conclusión del concurso preventivo solo puede limitarse a sobreseer el proceso declarando la inexistencia de acreedores concurrentes, pero la declarada inexistencia no afecta al derecho de los acreedores concursales. En otras palabras, no significa que el deudor no tenga acreedores, sino que ellos no cumplieron con la carga de insinuar sus créditos; situación que con-

[2] V.gr. Expte N° 1017071 caratulado "MAGAÑA ROBERTO ADRIAN P/ CONCURSO PEQUEÑO", cita on line http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4239071505).

duce a la imposibilidad de continuar con el trámite preventivo.
Es importante advertir que si los acreedores concursales optan por no concurrir, el éxito o, más aún, la posibilidad de existencia del proceso concursal queda en sus manos. La conclusión anormal y anticipada les resulta favorable no solo porque conservan su crédito íntegro – es decir, sin sometimiento a un proceso concursal o al acuerdo preventivo – sino también porque recuperan su poder de agresión directo sobre el salario del deudor mediante el reinicio automático del descuento en el bono de haberes.

Las circunstancias descriptas – adunadas a las que se explican en el apartado siguiente – emplazan a los acreedores en una situación jurídica abusiva cuyos efectos, en todo caso, deben ser evitados por el juez (arts. 10 y 1120 CCC). En este sentido, la doctrina enseña que "La situación jurídica se refiere al ejercicio de varios derechos entrelazados por una estrategia diseñada por su titular. El autor crea un contexto para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de un derecho o una facultad de la otra parte. Lo que será relevante en el análisis será el examen de esa realidad objetiva, su regulación legal y su incidencia en el caso, principalmente el resultado práctico final... su carácter abusivo existe en la medida en que producen restricciones de la libertad de actuación del sujeto pasivo, generan cautividad..."[3].En similar sentido se explica que la situación jurídica abusiva se configura cuando "el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales, pero que sí presentan tal perfil cuando se contemplan las circunstancias generales de los vínculos entre los sujetos involucrados."[4]
c) Pagaré de consumo (art. 245 CPCCT de Mendoza). Ambos grupos de acreedores refuerzan su premeditada decisión de incomparecer al concurso adoptando – al momento de la concesión del crédito y

[3] Lorenzetti Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1° ed. – Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, T I, p. 62.
[4] Marisa Herrera y Gustavo Caramelo, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, Título Preliminar y Libro Primero, p. 39). En esta línea, el Tercer Juzgado de Procesos Concursales de la Provincia de Mendoza ha emitido pronunciamiento en sentido protectorio del consumidor, v.gr. Expte. N° 1.016.969 caratulados "FERNÁNDEZ MARÍA ROMELIA P/CONC.PREV.", cita on line http://www.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4022859951 y Expte. N°1017281 caratulados "PEÑA JULIO ROBERTO P/ CONCURSO PEQUEÑO", cita on line http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4688537102)

como condición para su otorgamiento – la arraigada práctica de imponer al consumidor la firma de un pagaré en blanco como garantía de la operación.

Es así que el concurso puede ser evadido con el simple recurso de incorporar al instrumento una fecha posterior a la de la presentación concursal; artilugio que transforma al acreedor concursal en posconcursal.

Esta última práctica es frecuente en mutuales y financieras de segunda línea, quienes en lugar de participar del concurso ejecutan los pagarés posdatados, sea directamente, sea mediante el endoso de las cartulares para su ejecución por interpósita persona o a través de verdaderos terceros, previa negociación de estas carteras de crédito.[5]

2. El concurso preventivo, el APE y el concurso del consumidor del CPCCT de Mendoza ante la incomparecencia.

2.1 Determinación y arreglo del pasivo en el concurso preventivo y en el APE.

El concurso preventivo previsto en la LCQ no puede continuar cuando no existen acreedores concurrentes. Sin embargo, en el caso del concurso del consumidor previsto en el CPCCT de Mendoza, el cual se inspira en las normas del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, la solución es distinta y de mayor valor.

El concurso preventivo contiene una necesaria y típica etapa de conocimiento tendiente a la determinación del pasivo, con lo cual la falta de concurrencia de los acreedores concursales impide la continuación del trámite. Como la presentación del concurso preventi-

[5] Este aspecto encuentra respuesta en el nuevo art. 245 del CPCCT de Mendoza: "Art. 245 – PRESUNCIÓN. REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN.
Cuando en el proceso monitorio cambiario resultare que subyace una relación de consumo, el Juez, a pedido de parte o de oficio, ordenará que sean acompañados los antecedentes documentales que acrediten el cumplimiento de lo dispuesto por los Arts. 8 bis, 36, 37 y cc. de la Ley 24.240; y Arts. 1097, 1119, 1120 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación.
El juez podrá presumir la existencia de una relación de consumo de la sola calidad de las partes de la relación cambial, conforme a las constancias del título ejecutado.
La presente norma será aplicable incluso cuando el título hubiere circulado."
Ver además: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores. 29/06/2011. AR/JUR/27786/2011).

vo implica poner en duda la existencia de cada crédito denunciado, éstos deben ser revalidados mediante el trámite verificatorio cuya insinuación es a cargo del pretenso acreedor. La insinuación constituye el presupuesto para la emisión del pronunciamiento judicial de fondo. Tan cierto es que el pasivo no se encuentra determinado que la denuncia del crédito por el deudor es insuficiente para tenerlo por tal; la verificación constituye una carga para el pretenso acreedor y el juez puede denegar su reconocimiento aun cuando acreedor y deudor fueren contestes en la veracidad de su existencia y cuantía. Por el contrario, en principio en el APE los créditos no se encuentran controvertidos. El reconocimiento por el deudor de la cuantía y categoría de cada uno de los créditos denunciados constituye un presupuesto de este trámite homologatorio. El pasivo se encuentra determinado desde el inicio por efecto de la denuncia del deudor, aunque dejando a salvo el derecho de los acreedores de participar en tal determinación en una eventual etapa de oposición.

Es clara entonces la diferencia: en el concurso preventivo la etapa de determinación del pasivo es típica y necesaria; en el APE el pasivo se encuentra determinado desde el principio – *ab initio* –, mientras que la participación de los acreedores en su conformación es eventual y solo en caso que exista conflicto. En el concurso preventivo el acreedor es reconocido como tal después de obtenido el pronunciamiento verificatorio; en cambio, en el APE la mera denuncia del deudor constituye al acreedor en tal carácter.

En síntesis; el concurso preventivo la cuestión consiste en conformar el pasivo y arreglarlo; el APE solo se ocupa de lo segundo, aun cuando la conformación del pasivo denunciado pueda ser revisada mediante el trámite de oposición.

2.2 Perspectiva procesal respecto de la determinación del pasivo. Rebeldía.

Ahora bien, esta distinción de fondo conlleva importantes consecuencias procesales:

a) Si el acreedor denunciado en el concurso preventivo no comparece a insinuar su crédito, el procedimiento avanzará como si tal acreedor no existiese, aunque en razón del principio de concursalidad (art. 125 LCQ), los efectos del proceso le serán aplicados. Es que, soportando las consecuencias del incumplimiento de la carga verificatoria, el acreedor puede elegir no integrar el elenco concurrente

y desde la perspectiva procesal, no ser parte en el proceso. Desde este enfoque, la conformación de las múltiples partes del concurso preventivo – la plurilateralidad – ocurre con el devenir del procedimiento.[6]

En caso de incomparecencia total de los acreedores concursales resulta imposible dictar una sentencia útil. Ello porque la plena ausencia lleva a la imposibilidad, no ya de conformar, sino siquiera de proponer un acuerdo preventivo. Adviértase que el problema no radica en la dificultad para la obtención de las conformidades, sino en una cuestión anterior: en la posibilidad de que la propuesta de acuerdo sea escuchada por los acreedores, sea para que la conformen, sea para que la denieguen.

b) Sin embargo, en el caso del APE la situación es distinta. La determinación de las partes integrantes del proceso viene dada desde que este tiene inicio. Los acreedores han sido reconocidos y, en lo procesal, tal reconocimiento es suficiente para tenerlos por parte.

c) Como hemos expuesto en otra ponencia aquí presentada[7], el CPCCT de Mendoza se ha apoyado en las normas del APE de la LCQ para estructurar su trámite.

Es así que, dando por sentado que la denuncia de acreedores por el deudor es suficiente para tenerlos por "parte demandada", si estos acreedores no tienen interés en escuchar a su deudor y el desinterés queda evidenciado por la incomparecencia a una audiencia de conciliación establecida a tal fin[8]; se impone la consecuencia que la norma procesal local prevé para la incomparecencia, cual es la declaración de rebeldía[9].

[6] Garaguso – Moriondo – Garaguso, El proceso concursal. El Concurso como Proceso, Tomo III, Editorial Ad-Hoc, 2000, p. 264. Graziabile Darío J., Derecho Procesal Concursal, AbeledoPerrot, 2009, p. 166.

[7] El concurso del consumidor en la legislación procesal de la Provincia de Mendoza

[8] Como ha ocurrido en los APE del consumidor propuestos jurisdiccionalmente en la Provincia de Mendoza.

[9] "La actividad de las partes en el proceso civil es condición esencial para su desenvolvimiento... La inactividad obsta a su progreso y ocasiona la paralización de la causa. Para que esto no suceda han sido previstos medios por la ley para hacer cesar los efectos. Instituciones como la rebeldía... son creadas y pensadas para neutralizar los efectos de la falta de actividad." (Inés Rauek, Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Gianella Horacio C. – Coordinador –, La Ley, 2009, T. I, p.407).

Si bien el acreedor reconocido por el consumidor concursado tiene derecho a denegar su conformidad a la propuesta de acuerdo, no puede rehusarse a comparecer a la causa para oír al deudor en audiencia dispuesta por el tribunal sin que su contumacia conlleve el respectivo perjuicio del propio interés. Es decir que en las condiciones descriptas, la comparecencia constituye una carga.

De otro modo, el derecho de acceso a la justicia del consumidor sobreendeudado se vería seriamente afectado, puesto que la posibilidad de existencia del proceso quedaría en manos de los acreedores quienes – como ya se expuso, en violación a lo dispuesto por los arts. 10 y 1120 CCC – en forma sistemática omiten participar de estos pequeñísimos procesos concursales. En este sentido, tiene dicho nuestra jurisprudencia: "El incompareciente debe ser declarado rebelde en virtud del principio de bilateralidad, que es el más excelso de los principios procesales, pues garantiza el derecho de defensa en juicio. Es decir, la declaración de rebeldía no es ni una sanción ni un beneficio para la parte que decide mantenerse inactiva en un proceso, sino que es exclusivamente una institución dirigida a continuar el procedimiento en pie de igualdad entre las partes." (C2ªCiv. 1ª Circuns. Jud., exp.: 26575, 08/06/2000, Gelmes, Mercedes Ramona s/Título supletorio, L.A. 089-093. Citado por Rauek, ob. cit., p. 412).
Cuando la dignidad de la persona humana se encuentra afectada por una situación de sobreendeudamiento; la comparecencia de los acreedores (proveedores, en los términos del art. 1092 CCC y art. 2 de la LDC) a fin de anoticiarse de la propuesta de arreglo del pasivo, constituye una carga cuyo incumplimiento amerita la declaración de rebeldía.

Esta interpretación se ve reforzada por el marco protectorio de fondo con que cuenta la persona humana sobreendeudada (arts. 9, 10, 1097, 1098 y 1120 CCC, art. 8 bis LDC).

Cabe aclarar que "en el sistema mendocino, la rebeldía puede ser declarada de oficio o a petición de parte, dado que surte efecto perentoriamente ante el solo vencimiento del plazo para comparecer (art. 75 CPC)." (Vázquez Oscar Eduardo, Proceso Jurisdiccional, Nuevo Enfoque Jurídico, 2006, Tomo I, p. 167).

2.3 Consecuencias de la declaración de rebeldía. Cómputo de mayorías.

En el concurso preventivo la regla es que la conformidad no acompa-

ñada al expediente se computa como voto negativo. Sin embargo esta regla no rige en el concurso del consumidor del CPCCT de Mendoza. El cómputo del voto en el concurso preventivo tiene por presupuesto la concurrencia del acreedor; en otras palabras, si el acreedor manifestó su voluntad de ser parte en el proceso cumpliendo con la carga verificatoria, es lógico que su posterior silencio deba ser interpretado como "disconformidad" con la propuesta de acuerdo. Si el acreedor no cumplió con la carga verificatoria, pues no se lo tiene en cuenta para el cálculo de mayorías. En el concurso del consumidor no ocurre exactamente igual, pues el "silencio" representa más la ausencia del acreedor en el proceso que una posición frente a una propuesta que no ha tenido interés en conocer. Por otra parte, computar negativamente el voto del acreedor contumaz nos conduciría directamente al efecto que se pretende evitar, es decir, al fracaso del procedimiento, resultando que el principal perjudicado sería la parte convocante y no la incompareciente. Para más y como ya fue expuesto, esta interpretación atentaría contra los derechos fundamentales del deudor.

El derecho a votar la propuesta de acuerdo supone que el acreedor ha demostrado interés en proteger su acreencia compareciendo al proceso. Así ocurre en el concurso preventivo y, si bien en el concurso del consumidor (CPCCT de Mendoza) ya se encuentra reconocida su calidad acreedor por la sola denuncia del deudor, no existe motivo para otorgarle sentido alguno – positivo o negativo –al voto de quien no se ha molestado en oír la propuesta de acuerdo.

Es lógicamente imposible que el acreedor se manifieste a favor o en contra de una propuesta que no ha querido conocer y, mucho más incoherente, que se le atribuya sentido a una manifestación de voluntad que no existió.

De manera que la única alternativa racional posible consiste en prescindir del voto de los acreedores que sean declarados rebeldes. En otras palabras, el crédito del acreedor contumaz no es computado en la base para el cálculo de mayorías.

El efecto propio de la declaración de rebeldía consiste en que la decisión jurisdiccional a la que se arribe en el proceso resulte aplicable al rebelde.

Es decir que si fuese homologada la propuesta de acuerdo preventi-

vo conformada con los acreedores que comparezcan, el concordato será de aplicación a los acreedores denunciados que hubieran sido declarados rebeldes, con los efectos previstos en el art. 76 LCQ.

En síntesis; el acuerdo homologado con los acreedores comparecientes será aplicable a los rebeldes, conforme al régimen del art. 56 LCQ.

2.4 Los mismos efectos, aunque por diversos caminos.
Cabe recordar que el primer párrafo del art. 56 LCQ establece que "El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado del procedimiento." Como puede ser apreciado, la norma sustancial prevé que el acuerdo es oponible al acreedor concursal no concurrente.
En el caso del concurso del consumidor (CPCCT de Mendoza) termina aplicándose la misma norma sustancial y en idéntico sentido, solo que con posterioridad al expreso llamado del Tribunal para que los acreedores comparezcan a oír la propuesta del deudor y como consecuencia de la declaración de rebeldía.

3. La norma del CPCCT de Mendoza

Las razones expuestas fundamentan el texto del art. 370 del régimen procesal mendocino:
"Art. 370 – AUDIENCIA CONCILIATORIA. REBELDÍA.
Si vencido el período de negociación no hubiesen sido acompañadas las conformidades en las mayorías de ley, a pedido del deudor, el Juez podrá fijar una audiencia conciliatoria a fin de promover la celebración del acuerdo.

En su petición, el deudor deberá acreditar que ha agotado las diligencias necesarias para la formación del consentimiento sin que los acreedores hayan manifestado su voluntad (positiva o negativa) en la proporción necesaria para la conformación del acuerdo.
Esta decisión debe ser notificada por cédula.

El acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde, con los efectos de no integrar su crédito la base para el cómputo de mayorías y resultándole aplicable el acuerdo que resulte homologado conforme lo prevé el Art. 56 de la Ley 24.522. La rebeldía y la homologación deben ser notificadas por cédula."

¿Abuso del derecho en el pedido de quiebra voluntario del consumidor? "Culpa" compartida

Dario J. Graziabile y Santiago Ramos

Sumario

La demanda de quiebra voluntaria del deudor consumidor sobreendeudado es una posibilidad que otorga la ley concursal cuando se cumple los presupuestos sustanciales para su apertura.
No existe abuso del derecho en tal actuar, aun cuando no existan bienes a liquidar o el activo esté compuesto únicamente por el salario.
El principio es la protección del consumidor (ni la sobreprotección ni de demonización).
El consumidor como cualquiera otro concursado tiene derecho a la rehabilitación y a la liberación de sus deudas.
En todo caso existe "culpa" del acreedor y debe correr con el riesgo en el otorgamiento del crédito.

I. Introducción

En el caso de la quiebra voluntaria solicitada por un deudor consumidor sobreendeudado a los fines de "limpiar su pasivo", de la misma manera que en el caso de la quiebra forzosa iniciada para cobrar un crédito, no puede recurrirse al abuso del derecho *ab initio*. Si bien es una forma cómoda y sencilla para evitar los efectos moralmente indeseados vistos *prima facie*, no se corresponde con la télesis por la cual se abre el proceso concursal y mucho menos con la protección jurídica del consumidor, impuesta por principio general.

En el VII Congreso Nacional de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia desarrollado en Mendoza en el

año 2009, se trató el tema en comisión bajo el título "Concurso del consumidor" y las recomendaciones más importantes fueron prever soluciones alternativas de justicia privada (arbitraje, conciliación, mediación, concordato administrativo ante el órgano de defensa al consumidor), un procedimiento judicial abreviado, económico y eficaz, sumado a ello la necesaria rehabilitación para minimizar los efectos psicológicos, además de adoptar políticas de prevención del sobreendeudamiento del consumidor, limitar el descuento salariar al monto embargable y una adecuada información crediticia para la persona física.

Tanto en nuestro país como en el derecho comparado la legislación concursal ha atendido principalmente las necesidades que plantea el supuesto en que el deudor insolvente ejercita una actividad empresarial o profesional, sin prestar atención a las necesidades que plantea la insolvencia del consumidor, incluso llegando a discriminar negativamente este supuesto subjetivo.

Hemos criticado la solución adoptada por algunos tribunales que han desestimado solicitudes de quiebras voluntarias con fundamento en la inexistencia de activo y el empleo antifuncional del derecho a obtener la "liberación de las deudas". Reconocemos que esa solución no es compartida por la más calificada doctrina concursalista según pudo apreciarse en las XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial realizada en Santa Fe en el mes de agosto de 2009. Las voces críticas a la doctrina judicial sostienen la improcedencia de la declaración de quiebra de consumidores sobreendeudados que carecen de activo.

También es cierto que desde hace una década la "insolvencia del consumidor" es tema de debate en los ámbitos académicos y constituyen creciente preocupación de la doctrina y operadores judiciales. No obstante, no han prosperado los intentos de regulación canalizados a través de proyectos de ley (Régimen de Sobreendeudamiento para Pequeños Deudores, de Negre de Alonso en el año 2011, y que sufrió importantes modificaciones, tuvo media sanción del Senado y pasó a la Cámara de Diputados en noviembre de 2011) ni tampoco se introdujo ningún procedimiento especial a través de la reforma de la legislación concursal.

En los debates académicos y en la literatura concursal vinculada con el tema, es común referirse a algunas de las soluciones legislativas

en el derecho comparado, en especial al "modelo alemán" y al "modelo francés" y también a los procedimientos aplicables a los deudores personas físicas regulados en los Capítulos 7 y 13 del *Bankruptcy Code* U.S.A. Nos referiremos breve y exclusivamente a ellas pues básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente.

El "modelo anglosajón" o "volver a empezar" (*fresh star o discharge*), adoptado también por algunos países europeos, se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio embargable del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, con excepción de las deudas "no condonables". Este modelo tiene como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de recuperar lo más rápidamente al deudor para la actividad económica y el consumo, además de una clara voluntad de no estigmatizar a la persona endeudada.
El otro modelo vigente es el "modelo de la rehabilitación" que prevalece en algunos países europeos y se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores y a la aprobación de un plan de reembolso. La condonación de las deudas no es automática como en el modelo "anglosajón", sino que el deudor tendrá que pasar por un período de prueba durante el cual destinará parte de sus rentas o ingresos al pago de aquellas. Solo después de eso y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse con la condonación. En Francia, la normativa del Código del Consumo relativa al sobreendeudamiento, organiza un sistema de procedimientos -administrativo y judicial- también destinado a los deudores de buena fe que tiene como objetivo conciliar al deudor y sus principales acreedores con el fin de elaborar un plan de pagos, y solo de modo subsidiario prevé la "liquidación" como vía para la recuperación del deudor que está en imposibilidad manifiesta de cancelar su pasivo.

Ahora bien, en nuestro país no existe legislación concursal al respecto y la de defensa al consumidor tampoco aborda el tema, lo que nos lleva a tomar una solución con el régimen vigente. La ley no impide la demanda de propia quiebra a aquellos sujetos que carezcan de bienes o tengan un activo insignificante para liquidar y por supuesto ello no es tampoco un recaudo implícito del concurso rehabilitatorio.

II. Distintos supuestos

No puede hablarse de abuso del derecho sin la reunión de los elementos de convicción que no son tales, el número y calidad de las deudas acumuladas ni la falta de activo liquidable, porque tales circunstancias no contrarían la ley concursal. La quiebra procurará la liquidación de los bienes del fallido (incluso mediante el descuento salarial) para el pago de los acreedores en moneda de quiebra, siendo además la quiebra sin activo suficiente una de las variables falenciales, por lo que no puede tener reproche moral (CCivCom Necochea 5/9/2013 "DDR"). Por lo que tampoco puede endilgarse abuso del derecho por contrariarse reglas de la moral cuando el caso del consumidor sobreendeudado es una patología social que se extiende como una problemática económica, donde se involucra el deudor y sus acreedores.

En principio, la ley no exige tal activo liquidable para poder peticionar la quiebra. Por el contrario, supone la hipótesis de que la quiebra puede carecer de aquél y así establece como un supuesto de clausura del procedimiento la falta de activo (conf. arts. 232 y 233, LCQ). Asimismo, esta problemática muchas veces va unida a las denominadas "quiebras de los empleados públicos" donde habitualmente no existe ningún activo a liquidar y cuyo único ingreso está constituido por la remuneración que se percibe mensualmente y que a la fecha de la quiebra se encuentra totalmente afectada por embargos y descuentos directos autorizados, lo que hace que la quiebra sea la solución para hacer efectiva la *par condicio* ante la insolvencia. Ello máxime cuando la existencia de tal salario fue la determinante para el otorgamiento del crédito. Por eso se afirma que en estos casos el pedido de quiebra se utiliza "como medio de recuperación de los sueldos". El acreedor que otorga crédito al deudor comparte el riesgo de la insolvencia.

En ese orden de ideas, y siendo que las soluciones previstas en la ley falimentaria no constituyen remedios de excepción, no puede privarse a una persona de la aplicación de la única herramienta normativa que le permite la opción de pedir su propia quiebra y, transcurrido el plazo y las previsiones de ley, ser rehabilitado para "empezar de nuevo". Se trata de una medida discriminatoria que priva al consumidor del acceso judicial para solucionar el problema de su sobreendeudamiento.

1. Inexistencia total de bienes

Para demandar la propia quiebra el deudor debe ser un sujeto concursable, cuestión indiscutible para el consumidor incluido en el art. 2º LCQ, y que se encuentra en estado de cesación de pagos, lo que resulta suficiente con el reconocimiento que se hace al interponer la petición (art. 79 inc. 1º LCQ). No es tan necesario el cumplimiento de los recaudos que exige el art. 11 LCQ, por remisión del art. 86 LCQ.

Algunos entienden que para la apertura de la quiebra, concurre un recaudo implícito, cual es la existencia de bienes, y como dijimos, no nos referimos a la insuficiencia patrimonial que es un elemento natural de la quiebra como instrumento liquidativo en resguardo de la paridad de acreedores. Pero si el deudor carece totalmente de activo y no hay nada que liquidar la quiebra ya no puede mostrarse como un modo eficiente e igualitario de liquidar su patrimonio para satisfacer -siquiera parcialmente- a los acreedores afectados, porque no hay bienes para liquidar.

En dicho sentido, se resolvió que frente a dicho panorama no puede más que concluirse en la manifiesta abusividad de la pretensión ejercitada (art. 1071 CCiv –ahora art. 10 CCivCom-; 1 párr. 2do, 107, 109, 203 y ss LCQ), abusividad que los jueces no pueden normalmente evitar cuando la inútil apertura del proceso falencial es instada por acreedor, y termina, precisamente, con la clausura del procedimiento por falta de activo (art. 232 LCQ); reprueba evidente de que ningún sentido tiene un trámite de liquidación patrimonial sin patrimonio alguno para liquidar; pero cuando la ausencia de ese presupuesto es advertido en forma liminar -como fatalmente ocurre en las presentaciones voluntarias-, no puede darse curso a un sinsentido jurídico que amén de ser abusivo en sí mismo -por el inútil y no retribuido dispendio que ya se sabe generará-, lo es también por la inconfesada pero verdadera finalidad perseguida: que no puede ser otra que blindar los ingresos que pueda llegar a tener y/o bienes que pueda llegar a adquirir pasado el año de haberse dispuesto su quiebra (art. 236 párr. 1ro LCQ), del alcance de sus insatisfechos y burlados acreedores (Cám Civ. Com. Bahía Blanca, sala I, 5/5/2015 "Albanese").

Aunque lo cierto es que la existencia de bienes no es presupuesto de la apertura del proceso concursal, fácilmente puede advertirse que

en una quiebra forzosa, la misma se decretará sin advertirse ab initio la existencia o no de bienes liquidables. De hecho el deudor para evitar el efecto nocivo de la jurisprudencia que le denegaría la quiebra voluntaria podría presentarse en concurso preventivo para lo cual -la mayoría de la doctrina y jurisprudencia- no se exigen bienes y llevar a la liquidación más adelante en el tiempo sin ninguna intención de lograr un acuerdo con sus acreedores. Por lo que una corriente que pretende, hasta podría decirse *contra legem,* evitar un presumible abuso del derecho podría alentar una maniobra mucho peor.

2. Salario como único activo liquidable

Por otro lado puede darse también supuesto de que el activo esté compuesto únicamente por los haberes del fallido, lo que lleva a peticionar la propia quiebra para levanta el embargo de los sueldos a partir de la automática rehabilitación que se produce de las personas humanas al año del decreto falencial y producir los efectos liberatorios de la quiebra.

Ello se advierte también como antifuncional, ya que se utiliza el proceso concursal, no ya para liquidar el activo y distribuir su producido entre los acreedores en un pie de igualdad, sino abiertamente para dejar de pagarles lo que por embargos individuales se le descontaría de los haberes, por el solo paso del corto término de un año y la efectivización automática del cese de la inhabilitación.

También se ha resuelto que en estos caso se ha optado por esta vía universal con el único y exclusivo propósito de sustraer los haberes a la agresión de sus acreedores, liberándose así de un plumazo de los distintos embargos desde la sentencia de quiebra misma –en la postulación de máxima de no ser el salario un activo desapoderable-, o cuanto menos desde el año de ese pronunciamiento, contando con los efectos patrimoniales del automático cese de la inhabilitación. Y también está muy claro, que ello supuso –y supone- un uso desviado y abusivo de la costosa vía concursal, empleada desaprensivamente a sabiendas de la absoluta y preordenada frustración de los acreedores convocados –y de los nuevos generados por esa inútil convocatoria-, puesta en marcha al solo efecto de burlarlos. Luego, de una quiebra abusivamente pedida e irregularmente declarada, no pueden predicarse sus naturales efectos liberatorios, pues ello supondría convalidar el fraude ostensiblemente perpetrado a la vista de los jueces, y peor aún, a través de ellos (arts. 1071 CCiv –art. 10 CCivCom-; 52 inc. 4 LCQ) por lo que los embargos de haberese

deben mantenerse aun luego de la rehabilitación (Cám. Civ. Com. Bahía Blanca, sala I 22/12/2011 "Seijas").
En este caso parecería no tan fácil saltear los efectos de la liberación falencial como así tampoco las consecuencias de la rehabilitación. Si el quebrado, antes de ser rehabilitado, adquiere nuevos bienes con lo ganado por su trabajo, y si tales bienes son embargables, entonces podrán ser ejecutados por la quiebra para cancelar los créditos falenciales. Todo lo demás (la remuneración, cualquiera sea su importe, así como los bienes que adquiera con ella, en tanto sean inembargables) debe quedar legítimamente en poder del quebrado. La insuficiencia de los haberes embargables durante la quiebra es un riesgo que corren los acreedores que otorgaron el crédito al fallido con ese solo patrimonio en garantía del recupero o cobro del mismo, lo posterior a la rehabilitación será destinado a atender las acreencias nacidas luego de la quiebra, y tal embargo de haberes deberá efectivizarse principalmente para el cobro de los créditos prededucibles de la quiebra. Lo contrario impondría que el trabajador no tiene derecho a su *fresh start*.
Se sostuvo que el deudor de mala fe que así procede, contrayendo deudas que *ab initio* sabe no va a poder pagar, lo hace en un breve lapso de uno o dos meses y por un monto que no guarda relación con sus ingresos, para después presentarse prontamente pidiendo su propia quiebra para purificarse por los efectos de la rehabilitación (arts. 234 y ss., LCQ), viola el art. 1071 CCiv –ahora art. 10 CCivCom-).

III. Culpa compartida con el acreedor

La ley quiere darle al deudor insolvente la posibilidad de hallar solución jurisdiccional a su estado de cesación de pagos, pero no cabe duda que no quiso que este remedio —'quiebra'— pudiera ser utilizado maliciosamente para defraudar a sus acreedores. Cabe destacar que el orden jurídico es un todo y por ende, una petición que formalmente encuadra en ciertas disposiciones concursales no puede conducir sin más, a que se la acepte jurisdiccionalmente, si ello importa convalidar un obrar abusivo o antifuncional, incluso, la configuración de un ilícito penal (Baracat).
Sin embargo, ello no es tan así, porque en estos supuestos existe una suerte de complicidad del acreedor en el otorgamiento de este tipo de créditos, quien corre con el riesgo, y tiene herramientas a su resguardo que a menudo –o siempre- son usadas, un elevado costo de un producto o un excesivo interés que cubre tal riesgo. No nos rasguemos las

vestiduras demonizando al deudor consumidor y miremos también aquellos actores sociales que se valen de la impronta consumidora de los tiempos que corren. Existe un patente abuso en el otorgamiento de los créditos. Y en el ámbito concursal, la protección del consumidor no puede ser excluida.

Algo más. En cuanto al lapso temporal de la inhabilitación y consecuente cese, debería hacerse alguna diferenciación entre el fallido casual y aquellos que utilizaron la quiebra para liberarse de sus obligaciones en forma fraudulenta o cuando culposamente desencadenaron la insolvencia. Hay quien sostiene que en estos últimos casos es exiguo el término de un año y tales sujetos no deberían ser rehabilitados hasta que no finalice el proceso falimentario. Puede ser que la quiebra haya sido utilizada como un "buen negocio" por el fallido y ello debe preverlo la ley.

IV. Conclusiones

1. Es imperioso legislar procesos concursales diferenciados para los distintos tipos sujetos concursables involucrados.
2. El sistema de rehabilitación hace que el régimen de liquidación falencial sea liberatorio de los saldos insolutos, sin discriminación de crédito o personas.
2. La existencia de únicamente el cobro de haberes por el consumidor sobreendeudado que solicita su propia quiebra, no impide la apertura del concurso y no es un supuesto de abuso del derecho porque es una neta posibilidad habilitada por le ley.
4. El reducido plazo de la inhabilitación sin distinción de causales, se advierte en desmedro de la recuperación de los créditos por partes de los acreedores.
5. La inexistencia total de bienes desapoderables podría fundar el rechazo de la quiebra voluntaria por la falta de objeto de la liquidación, efecto principal da la falencia que se solicita, pero ello supone una solución contraria a la ley y con consecuencia aún más nocivas.
6. El consumidor sobreendeudado está habilitado a solicitar su propia quiebra, siempre que reúna los presupuestos sustanciales concursales necesarios para ello,
7. Los acreedores que dieron crédito al deudor deberán afrontar el riesgo, de la inexistencia suficiente de bienes, sin una tutela judicial especial que vaya más allá de las comunes previstas legalmente.
8. En el ámbito concursal no debe perderse de vista la protección del consumidor y mucho menos traspolarla a una protección innecesaria del acreedor.

Sobreendeudamiento del consumidor

Francisco Junyent Bas

Ponencia

El sobreendeudamiento del consumidor, se avizora con todas sus fuerzas al advertir que la Ley 24.522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores, sin reparar en la situación especial del consumidor y sin haber tenido en cuenta el marco de tutela especial contenido en el art. 42 de la Carta Magna y la Ley 24.240 como así también, las directrices incorporadas incorporadas en los arts. 1092 a 1122 del CCCN.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la ley concursal con relación a los denominados "pequeños concursos", la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora.

De tal modo, el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa, al grado tal que Osvaldo Maffía afirmó con toda claridad que "es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento especial".

En una palabra, el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas humanas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución "inconsistente".

En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la "liberación" de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera.
Este "nuevo comienzo" puede ser una solución positiva o negativa

según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.
En esta inteligencia, el mandato constitucional de proteger los derechos del consumidor impone al Estado el deber de actuar mediante la sanción de una legislación que prevea las consecuencias derivadas del endeudamiento excesivo que afecta a las economías domésticas.

Así, Belén Japaze afirma que las graves consecuencias del sobreendeudamiento definen un cuadro de situación que no puede ser consentido con la mirada esquiva y voz silente del conjunto social; menos aún de los poderes públicos.

Dicho diagnóstico ha llevado a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer un trato social, jurídico y económico a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, INSOL ha elaborado un documento con una serie de principios y recomendaciones en donde se destaca la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen el acceso al crédito y la forma en que se provee la información y el método de cobro, como así también, el respectivo plan de cancelación y liberación.

I. La sociedad de consumo

I.1. El proceso de globalización

En las últimas décadas, como parte integrante del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que han afectado las distintas clases sociales sin distinción: el consumo. Esta manifestación, llevada a su máxima expresión, origina lo que puede ser denominado como una tendencia al "consumismo".

Así, Ariel Dasso[1] enseña que "... el consumo adquirió relevancia como terapia de la economía en la gran depresión del año 30...". El autor explica que fue John Maynard Keynes quien en su obra "Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero", publicada en el año 1936, atribuyó la gran caída de la bolsa a la falta de circulante, volcado a la inversión bursátil y calificado como "exceso de ahorro" y consecuentemente, promovió el consumo interno.

En esta línea, Dasso[2] explica que Keynes sostuvo la insuficiencia de las medidas monetarias y postuló el incremento, tanto del gasto público como del consumo, para incentivar la producción de bienes, totalmente desacelerada, en caída sin freno por carencia de compradores.

Desde esta perspectiva económica, se crean necesidades, se otorgan múltiples y cada vez más sencillos medios de pago en base a ingresos futuros.

El hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.

De tal forma, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, resignando ahorro y afectando los ingresos normales del hombre común.

En realidad, el sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta y es aquí donde se plantea un fenómeno de notable "ambivalencia".

En efecto, por un lado, el dador de crédito y de bienes y servicios, que no repara ante su interés de vender y, por el otro, el consumidor que muchas veces no tiene en cuenta el nivel de compromiso que adquiere.

Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas.

---

[1] DASSO, Ariel A. "El concurso del consumidor (y otros sujetos)". Trabajo recibido por e-mail.

[2] Dasso, Ariel A., "El concurso del consumidor (y otros sujetos)" (cit.).

Aquí se plantea el dilema.

II. La legislación concursal

II.1. Las falencias normativas

La problemática planteada, como consecuencia del sobreendeudamiento del consumidor, se avizora con todas sus fuerzas al advertir que la Ley 24.522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores, sin reparar en la situación especial del consumidor y sin haber tenido en cuenta el marco de tutela especial contenido en el art. 42 de la Carta Magna y la Ley 24.240 como así también, las directrices incorporadas incorporadas en los arts. 1092 a 1122 del CCCN.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la ley concursal con relación a los denominados "pequeños concursos", la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora.

De tal modo, el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa, al grado tal que Osvaldo Maffía[3] afirmó con toda claridad que "es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento especial".

En una palabra, el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas humanas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución "inconsistente".

En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la "liberación" de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera.

Este "nuevo comienzo" puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor "sobreendeudado" se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que

[3] Maffía, Osvaldo, "Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos", ED, T. 165, p. 1226.

ponen en "tela de juicio" los criterios de interpretación del actual sistema concursal.
Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a peticionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la LCQ.

II.2.La situación del consumidor

En esta inteligencia, el régimen de pequeño concurso, reglado en la actual ley concursal, nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas humanas y, por el contrario, se sigue recurriendo al esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución "inconsistente".

En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la "liberación" de las deudas anteriores del nuevo patrimonio que adquiera (arts. 104, 107, 234 a 236 de la Ley 24.522).

Este "nuevo comienzo" puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.
Así, cuando el deudor "sobreendeudado" se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que ponen en "tela de juicio" los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

II.3. La tutela del consumidor

En esta inteligencia, el mandato constitucional de proteger los derechos del consumidor impone al Estado el deber de actuar mediante la sanción de una legislación que prevea las consecuencias derivadas del endeudamiento excesivo que afecta a las economías domésticas.

Así, Belén Japaze[4] afirma que las graves consecuencias del sobreendeudamiento definen un cuadro de situación que no puede ser con-

[4] Japaze, Belén, "Economías domésticas y sobreendeudamiento. Destinatarios de una regulación impostergable", Revista de Derecho del Consumo, 2016, Nº 1, p. 69 y ss.

sentido con la mirada esquiva y voz silente del conjunto social; menos aún de los poderes públicos.
En esta línea, en España, la conocida jurista Pulgar Ezquerra[5] expresa que la consagración constitucional de la tutela de los consumidores impone a los poderes públicos el mandato de garantizar su defensa y de allí la obligación de regular procedimientos adecuados con arreglo a criterios de justicia y equidad. En igual línea, la Corte de Casación Francesa ha calificado a la regulación del sobreendeudamiento como "norma de orden público económico de protección social".

Dicho diagnóstico ha llevado a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer un trato social, jurídico y económico a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, INSOL ha elaborado un documento con una serie de principios y recomendaciones en donde se destaca la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen el acceso al crédito y la forma en que se provee la información y el método de cobro, como así también, el respectivo plan de cancelación y liberación.

En igual sentido, la Asamblea General de la ONU dictó la resolución del 9 de abril de 1985 tendiente a que los países miembros dicten normativas que protejan a los consumidores. A su vez, El Tratado de Constitución de la Unión Europea conocido por la ciudad que fue su sede, Mastrisch, 1992 plasmó en su articulado una sección dedicada a la "protección de los consumidores".

Colombia anticipó una regulación en 1982, y con apoyo en ulteriores Tratados Internacionales consagró en 2011 el "Estatuto del consumidor". En tanto Francia, por ley de diciembre de 1989, reguló el sistema que mayor adhesión parece concitar en la doctrina, dirigido a la "*persona física sobreendeudada de buena fe"* imposibilitada de pagar deudas no profesionales.

En 2005 Estados Unidos dictó la famosa *Ley de abuso en la prevención y protección del consumidor* que fue incorporada al título 11 Capitulo 13 del Código de Quiebras bajo el título "Composición del patrimonio del individuo" cuyo sujeto es el deudor individual con ingresos regulares.

[5] Pulgar Ezquerra, Juana, "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", en Revista de Derecho Concursal Nº 9, 2007, p. 43.

Italia dictó una expresa regulación sobre el sobreendeudamiento del consumidor por Ley 221/2012 entendiendo por sobreendeudamiento "*el perdurable equilibrio entre las obligaciones y el patrimonio prontamente liquidable que determina la dificultad de cumplir las obligaciones o la definitiva incapacidad de hacerlo regularmente*".
El Real Decreto Ley 1 /2015 del 27 de febrero titulado "Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financieras y otra medida social" procura incluir a las entidades bancarias en una normativa dirigida al tratamiento considerado de "buenas prácticas" al consumidor de productos bancarios, que en alguna medida guarda correlato con el Real Dec. Ley 27/2012 de "Medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios", con suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017 de la vivienda habitual de personas vulnerables incluyendo entre estas al deudor mayor de 60 años aunque no constituya unidad familiar con bajo ingreso.
En nuestro país la Ley Nacional de Defensa del Consumidor del 22 de diciembre de 1993 anticipó una nueva regulación legal que llegaría a su *"cenit"* con la Reforma de la Constitución de 1994 cuyo art. 42 consagra los derechos y garantías de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en relación al consumo, su salud, seguridad e intereses económicos por vía de una información adecuada y veraz, libertad de elección, trato equitativo y digno.

III. Los diferentes sistemas

III.1. El estatuto del consumidor: una conciliación extrajudicial

La primera distinción de magnitud que se advierte en el derecho comparado conlleva a definir si la tutela debe darse en el estatuto del consumidor, como lo hace Francia, o como un procedimiento de insolvencia específico, como lo incorpora Alemania y Estados Unidos.

En Francia, el Código del Consumo regula "el sobreendeudamiento" de los consumidores como figura típica que introduce un específico sistema de cooperación entre la autoridad administrativa, representada por la Comisión de Sobreendeudamiento, que ostenta un marcado papel conciliador, y la autoridad judicial, que puede ordenar el cumplimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por la Comisión, o iniciar el procedimiento de recuperación personal que queda a su cargo.

De tal modo, se advierte una primera etapa extrajudicial con media-

ción ante la Comisión, como así también, la posibilidad de un plan de recuperación judicial, previendo la posibilidad de diferimiento de las deudas impositivas.

En la primera alternativa, la Comisión invita a las partes a negociar un plan de pagos y, en caso de obtenerse un acuerdo, la Comisión propondrá medidas de reestructuración del pasivo.
En algún caso, luego del plan de pagos, con reducción de intereses y de deudas impositivas, la Comisión puede recomendar la exoneración del pasivo, con excepción de aquellas que tengan carácter alimentario.

Va de suyo que para obtener la posibilidad de la reestructuración, cuya viabilidad queda en último término a evaluación del juez, la legislación francesa requiere que se trate de deudas no profesionales y que el deudor sea de buena fe.

III.2. La mediación en el ámbito judicial

Desde otro costado, el sistema estadounidense habilita un "nuevo comienzo" o "*fresh start*" mediante un proceso especial formulado por el deudor con sustento en un plan de pagos.
En el esquema legal aludido, se permite que el deudor concurra al juez de la quiebra a pedir una orden judicial de redención o espera, y esta opera la suspensión de las acciones judiciales, habilitando a la persona a presentar un plan de pagos en un término de 90 días.
El régimen se estructuraba, fundamentalmente, sobre las alternativas regladas en los capítulos 12 y 13 de la ley de bancarrotas, y el juez a cargo del proceso convocaba a los acreedores a una audiencia para lograr la confirmación de dicho plan.

Este sistema fue modificado en el año 2005, requiriéndose que todo sometimiento a proceso concursal debía acompañarse de una certificación de que el deudor había asistido a un curso de asesoramiento financiero y, de lo contrario, se habilitaba al juez para declarar la quiebra bajo el procedimiento del capítulo 7.

Ahora bien, la última reforma de la ley de quiebras estadounidense del año 2005, que intentó equilibrar los abusos de la descarga de deudas por parte de los consumidores, ha recibido una severa crítica por parte de la doctrina.

La reforma, que pretendió actuar sobre el abuso del sistema, funcionó en los hechos, no como un colador, sino más bien como una barricada, para el bloqueo de cientos de miles de familias que luchaban para salir de esta circunstancia, retrasando las presentaciones en forma indiscriminada, sin importar sus circunstancias individuales, tal como lo explica detenidamente Anchával[6].
También la legislación concursal alemana contempla un procedimiento de solicitud de liberación del resto de la deuda para cualquier persona física que se encuentre ante una incapacidad de pago por deudas del consumo.
La regulación europea citada establece que el deudor debe ceder la parte embargable de sus ingresos a un fiduciario para que éste vaya pagando a los acreedores y, una vez superado el plazo de 7 años, si el deudor ha observado buena conducta, el tribunal puede dictar la liberación de las deudas restantes.
Tal como se advierte, ninguna de estas alternativas del derecho comparado tienen correlato alguno en nuestra legislación consumeril ni concursal.

IV. El concurso del consumidor

IV.1. Introducción

El sobreendeudamiento del consumidor constituye un fenómeno totalmente distinto a la de la crisis de la empresa y, tal como hemos explicado, carece de encuadramiento normativo en nuestro país, por lo que a la luz del art. 42 de la Carta Magna se imponen una serie de reflexiones.

Por una parte, la crisis del productor, empresario, es connatural al mundo de los negocios en el que el riesgo explica el incumplimiento como una mera consecuencia evolutiva del mundo negocial, cuyo remedio se encuentra en la vía concursal.
Por el contrario, el sobreendeudamiento del consumidor, designa un estado de "exceso de deudas" que no implica necesariamente el incumplimiento de sus obligaciones pero, que le llevan a la "acuciante situación" de "ingresos insuficientes" para cubrir necesidades básicas.
La condición del consumidor sobreendeudado se caracteriza por encontrarse facilitada por vía de la "bancarización" del sistema de pago que incide en su salario con "retenciones" diversas, de modo que, el remanente disponible resulta insuficiente para solventar sus

[6] Anchaval Hugo, "El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social" (cit.), p. 808 y ss.

necesidades vitales básicas.
El consumidor es un deudor que carece de activos o, si los tiene, son mínimos. Su capacidad económica es la de generar ingresos en retribución de su trabajo y los bienes comprometidos son sus derechos elementales para una vida digna.

Consumo y producción son dos polos en tensión y de su armonía y supervivencia depende el avance económico pero la crisis de sus protagonistas, consumidor y productor, son tan distintas como sus propios sujetos.

En efecto, el productor tiene un patrimonio especial que le permite la comercialización de bienes y servicios, de modo tal que goza de un flujo de fondos para enfrentar los costos de la empresa y abonar sus deudas.
Por el contrario el consumidor, en la mayoría de los casos, tiene ingresos fijos, verbigracia salarios, jubilaciones, etc. y por ello, superado un nivel de endeudamiento, carece de capacidad de repago. Además cabe agregar que las deudas de la persona humana son de las denominadas "domésticas", es decir, para su "diario vivir".

IV.2. El anteproyecto sobre las personas humanas sobreendeudadas

En nuestro país, se sucedieron durante los últimos años una serie de proyectos tendientes a regular la situación del consumidor sobreendeudado pero que, por diversos motivos, no llegaron a sancionarse, por lo que aún nos encontramos en grave deuda con la manda del art. 42 de la Carta Magna.
En esta línea, el Poder Ejecutivo de la Nación, a través del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, dispuso la creación de una Comisión Especial con el objetivo de adecuar el régimen concursal aplicable a los pequeños procesos para proveer la necesaria reforma a fin de incorporar "el sobreendeudamiento del consumidor y la microempresa".

La aludida comisión fue designada por Resolución 1163 del 22/5/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[7], y desarrolló la labor encomendada la que concluyó con un anteproyecto que fue ele-

[7] Héctor Osvaldo Chomer, Daniel Roque Vítolo, Juan Carlos Veiga, Francisco Junyent Bas, Alejandra Noemí Tevez, Emiliano García Cuerva, Marcelo Eduardo Haissiner, actuando como Secretaria Gabriela S. Antonelli.

vado al Ministerio respectivo el 11/08/2015 y que estuvo precedido por una audiencia pública que se realizó en la Facultad de Derecho de la UBA el 7/7/2015 con representantes de foro académico, entidades empresarias, profesionales y del Ministerio Público.
Con motivo del cambio de gobierno la comisión volvió a presentar el proyecto al Ministro de Justicia, Germán Garavano, sin que hasta ahora se conozca respuesta alguna.
A los fines de que se advierta el estudio y la tarea realizada, cabe sintetizar los principales puntos de la nota de elevación:

IV.2.a. El sobreendeudamiento del consumidor

En la comunicación elevada al Ministerio de Justicia se hace hincapié en los siguientes aspectos:
- Hoy la República Argentina presenta una enorme cantidad de personas humanas que no desarrollan actividades comerciales ni empresarias, que carecen de actividad económica organizada, tales como los trabajadores en relación de dependencia —tanto en el sector privado como los empleados públicos—, los desempleados, las amas de casa, los jubilados y pensionados, que en razón de su deudas —generalmente de consumo— llegan a escenarios de sobre endeudamiento o quedan colocados en situaciones de quiebra.
- Así, en las provincias, se encuentran miles de servidores públicos —como policías, bomberos, enfermeras, empleados del correo, de la administración pública y de la Justicia— que son prácticamente esquilmados por los sistemas de crédito informal —muchas veces otorgados a tasas usurarias— y por el sistema perverso de "descuentos por planilla", sin límite porcentual alguno, que le consumen —muchas veces— hasta el ciento por ciento (100%) de sus ingresos de donde, al final de mes, solo se les entrega un recibo de sueldo con un saldo que indica —simplemente— "cero". Lo mismo ocurre con los descuentos de cupones de tarjetas de crédito para acceder a dinero en efectivo, o los sistemas de préstamos bajo la modalidad "efectivo ya" —ampliamente publicitados por los medios masivos de comunicación—, que le ofrecen al consumidor o usuario financieras y otros prestamistas.
- La actual Ley de Concursos y Quiebras —que funciona bien, adecuada y modernamente para las situaciones de crisis de las empresas en general— no brinda soluciones efectivas para estos otros sujetos.

IV.2.b. Algunos datos ilustrativos

En la misma nota la Comisión pone de relieve que ha estudiado las estadísticas tanto a nivel mundial como nacional y de la cual se derivan las siguientes circunstancias:

- Según lo señalan las estadísticas a nivel mundial —y la Argentina, no escapa al fenómeno social generalizado— el origen de la quiebra de estos ciudadanos comunes deviene de un desequilibrio patrimonial que tiene su causa en: (i) gastos ordinarios del diario vivir —ante el aumento generalizado de precios y de necesidades de consumo y el no acompañamiento del nivel de ingresos—; (ii) desempleo; (iii) gastos médicos y de remedios propios y de sus grupo familiar; (iv) sobreendeudamiento crediticio por consumo; (v) deudas de educación; (vi) divorcios o separaciones; (vii) accidentes sufridos por sí o por otros miembros de la familia; o (viii) crisis empresarias de empleadores que importan para al asalariado, dependiente o pequeño profesional que presta servicios, una disminución de salarios o beneficios sociales; entre otros.
- A simple modo de ejemplo se puede informar que —según relevamientos utilizados para Jornadas Técnicas de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA— en la ciudad de Santa Fe, el noventa y seis por ciento (96%) de los quebrados son personas humanas y sólo en seis (6) de cada trescientos treinta y cuatro (334) procesos hay inmuebles subastados; y además el sesenta y cinco por ciento (65%) de los procesos concursales corresponden a empleados públicos, y en la mayoría de ellos el patrimonio del concursado está compuesto únicamente por los haberes que perciben en su actividad laboral, y el pasivo se encuentra conformado, en su casi totalidad, por deudas contraídas con entidades financieras, siendo que en el noventa y ocho por ciento (98%) de los casos no hubo realización de bienes en la quiebra.
- Otras provincias y —hasta la Capital Federal— presentan datos similares.

IV.2.c. La vinculación de este problema con la política en materia de Derechos Humanos

En consecuencia, los integrantes de la Comisión destacan una serie de aspectos jurídicos deben tenerse presentes en la redacción de un procedimiento especial para los consumidores.

- A partir del año 1994, en que se produjo la reforma de la Constitución nacional, por imperio de los arts. 31 y 75, inc. 22, se ha esta-

blecido una jerarquía normativa —o pirámide jurídica— que coloca a los Tratados Internacionales —y en especial a los Tratados sobre Derechos Humanos— con jerarquía superior a las leyes y, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y deben ser considerados complementarios de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna. De donde deben ser respetados en su plena vigencia jurídica y política.
- La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en varias situaciones de vulnerabilidad, que es una obligación ineludible de los Estados salir a brindar protección a las personas por la vía de medidas legislativas o acciones gubernamentales concretas, para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales afectados, entre los cuales se han mencionado —como integrantes de la Convención— el derecho a las garantías judiciales —art. 8—; el derecho a igualdad ante la ley —art. 24—; y el derecho a la protección judicial —art. 25—.

IV.2.e. Trascendencia de sancionar esta ley

Al elevar el proyecto, el Ministerio de Justicia, se pusieron de relieve cuales serían los impactos políticos, económicos, financieros y sociales que produciría la pronta sanción de esta ley:
i) Es una norma de protección para débiles, vulnerables, y daría satisfacción a un segmento muy significativo de la población, compuesto por hombres y mujeres comunes, trabajadores, jubilados, pensionados y pequeños y medianos empresarios;
ii) Es una norma que se inserta en la política de Derechos Humanos que nosotros proclamamos, y que el nuevo Presidente de la República —Ing. Mauricio Macri— también sostiene, y cumple con el principio de convencionalidad que ajusta la labor legislativa del Estado a las recomendaciones de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
iii) Sancionar esta ley colocaría al país dentro de las legislaciones mundiales de avanzada en esta materia; y
iv) La noticia tendrá un fuerte impacto social positivo en la población —la cual se vería interpretada en sus necesidades por las autoridades gubernamentales—.
De todas formas, tal como suele suceder en estas "lides" no ha habido respuesta alguna por parte de las autoridades y el consumidor sobreendeudado sigue esperando una respuesta legislativa y consecuentemente, el respeto de la manda constitucional contenida en los arts. 42 y 43 de la Carta Magna.

La situación de la persona humana sobreendeudada que no realiza actividad empresarial

Fernando Javier Marcos

Sumario

Para atender el fenómeno actual y creciente de la insolvencia de la persona humana sobreendeudada que no realiza actividad empresarial, es necesario que se sancione en lo inmediato un régimen legal especial, sea incorporándolo a la actual ley concursal, que de contención real y solución a dicha problemática, previendo ante la insolvencia definitiva de estos sujetos, la liquidación sin quiebra del patrimonio susceptible de ser realizado y la liberación del deudor por los saldos insolutos, mediante un procedimiento adecuadamente dimensionado.

I. La insuficiencia del sistema

Que la Ley de Concursos y Quieras ha fracasado como sistema o herramienta legal para resolver la crisis económica y financiera o la insolvencia —temporaria o definitiva— del deudor, cuando este se trata de una persona humana —otrora "de existencia visible o física"— que no realiza actividad económica organizada o que no es titular de una empresa o, si lo es, cuando se trata de un pequeño empresario o "comerciante", como se lo designaba en el derogado Código Comercio.

La ambiciosa apuesta que representó para nuestro ordenamiento jurídico mercantil la reforma que la ley 22.917 produjo a la ley 19.551, al establecer un proceso concursal único que dejó atrás la versión original de esta última que "distinguía la calidad de comerciante o

no comerciante del deudor insolvente"[1] —sistema que también mantuvo la ley 24.522—, no dio los resultados esperados, ni siquiera para dar cauce a los pequeños concursos o quiebras de comerciantes no matriculados, sujetos a los que especialmente estaba dirigido aquel cambio legislativo[2].

Tampoco fue una vía idónea para tratar la insolvencia de estos sectores al pequeño concurso o quiebra que trajo como novedad la actual Ley de Concursos cuando fue sancionada en 1995.

Hoy, la situación que genera la falta de un proceso judicial idóneo y dimensionado a la altura de estas personas se ha agravado.
Sucede que en los últimos años y, cada vez con mayor intensidad, se vienen dando situaciones de insolvencia o de sobreendeudamiento de personas humanas —según la terminología del artículo 19 del Código Civil y Comercial— que no desarrollan actividad comercial o empresarial[3], que terminan en procesos concursales, mayoritariamente de tipo falencial.

El problema es que estos sujetos, cuyas quiebras —en gran medida— se clausuran por falta de activo o luego de magras e insuficientes realizaciones, conforman un grupo integrado básicamente por empleados en relación de dependencia del sector público o privado, o que realizan alguna actividad económica por cuenta propia —comercial, industrial o de servicios, incluso, profesionales—, con limitadas posibilidades para afrontar sus propias crisis patrimoniales.
Estas características y la marcada relación que asocia el sobreendeudamiento al consumo de bienes y servicios, hacen que se conozca este particular fenómeno como "el sobreendeudamiento del consumidor" —o "consumidor sobreendeudado"—, denominación que en mi opinión no es correcta, pues la *persona humana* es la única y exclusiva destinataria de una solución legal, dirigida a resolver la clase de patologías de índole jurídico-patrimonial que origina la ne-

[1] FASSI, Santiago y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 14.
[2] ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, T. VII, p. 142. El autor al comentar el artículo 1 de la ley 19551, señalaba que: "Para el concepto de comerciante debe estarse a lo que disponen los arts. 1 y ss. del C. Com. La ley en este artículo alude simplemente a los "comerciantes"; en cambio, en el art. 5, cuando se refiere al "concurso preventivo", exige que par que se acoja a ese beneficio debe tratarse de "comerciantes matriculados".
[3] VÍTOLO, Daniel R., *La Insolvencia del Consumidor*, Buenos Aires, Ed. ADHOC, 2012. Véase pp. 62-71.

cesidad concursal descripta al inicio de estas líneas.
Afirmo esto, porque hablar del consumidor como si tratara de un "sujeto de derecho" en particular destinatario de una específica consideración —en el caso— por parte de la legislación concursal, no se ajusta a lo previsto por nuestro sistema legal actualmente vigente que, en consonancia con el derogado Código de Vélez, solo reconoce como sujetos con aptitud para adquirir derechos y deberes jurídicos a las personas humanas y a las personas jurídicas.

Desde esta perspectiva —única posible para nuestro ordenamiento— el consumidor es solo otra de las partes que integran la relación de consumo, pero nada más que eso[4].

Y si bien es merecedor indiscutido de la tutela que le brinda el artículo 42 de la Constitución de la Nación, es recién cuando una persona humana o jurídica ocupa el papel de consumidor en este particular vínculo jurídico que se conoce como *relación de consumo* que regulan los artículos 1 y 3 de la ley 24.240 y 1092 del Código Civil y Comercial, cuando se pone en marcha esta especial protección legal de sus salud, seguridad, derechos e intereses económicos, según sea el caso.
Aclaro que en el supuesto bajo análisis en este trabajo, se encuentran excluidas las personas jurídicas privadas, aun cuando se trate de micro o de pequeños emprendimientos, pues las características de estos entes hacen que frente a su insolvencia, la vía idónea sea la de un real y pequeño concurso, no como el que regula insuficiente la ley 24.522 en los artículos 288 y 289, sino a partir de un proceso concursal que tenga en cuenta las dimensiones, características, posibilidades y necesidades de estos sujetos de derecho, generalmente pequeños comerciantes o sociedades, cuando no profesionales o asociaciones civiles.

II. La necesidad de un proceso dimensionado adecuadamente

1. Ahora bien, este complejo panorama que he presentado sintéticamente, sirve de introducción para exponer la inquietud que motiva esta ponencia, es decir, la necesidad de contar con un proceso concursal adecuado y, fundamentalmente, útil, que permita dar

[4] VÍTOLO, Daniel R., op. cit., p. 59. Dentro de esta línea de pensamiento, el autor se ha expresado afirmando "que el consumidor no es —en puridad de verdad— un sujeto a quien deba referirse la normativa —en aspectos de legitimación subjetiva— en materia de insolvencia, ni tampoco puede constituirse un régimen de insolvencia particular alrededor de este concepto".

una salida a este grupo de sujetos concursales, cuya vulnerabilidad y falta de recursos idóneos para enfrentar y sortear una crisis económica y financiera —potencial, eventual, actual— o, simplemente, su insolvencia definitiva, se deriva de su propia condición de trabajadores, pequeños comerciantes o trabajadores autónomos, lo que también incluye a los profesionales.

Precisamente esta vulnerabilidad y la baja —muchas veces, inexistente— capacidad de reacción y de repago, hace necesario que para estos casos, que se admita el ingreso a la vía concursal flexibilizando los requisitos que habitualmente son exigidos a una organización empresarial cesante.

Uno de los temas que hacen a la cuestión planteada anteriormente es la vinculada al reconocimiento como presupuesto objetivo, no solo a la cesación de pagos, sino también, de *las dificultades económicas y financieras de carácter general* —habilitada actualmente para el acuerdo preventivo extrajudicial por el art. 69 de la ley 24.522— y del *sobreendeudamiento*.

Este último, se presenta antes de exteriorizarse el incumplimiento del deudor, como una distorsión entre el pasivo y el activo que debe responder por las obligaciones asumidas (artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial).

Cabe aclarar que esta es la línea que, en general, viene sosteniendo la doctrina especializada y que también exhiben los proyectos de reforma que han tomado estado público en la República Argentina.
Dicho esto, a continuación me centraré en analizar la suerte de aquellos deudores, que además de reunir los caracteres que se vienen citando desde el comienzo, ingresan en un estado de cesación de pagos definitivo el cual, a la postre, los conduce inexorablemente a la liquidación de su patrimonio, fijando especialmente la atención en el efecto liberatorio de las deudas ante la existencia de saldos insolutos, tema este sumamente importante para el futuro de estas personas.

2. Para este tipo de supuestos, donde de antemano no resulta viable un acuerdo preventivo extrajudicial —APE— o un concurso preventivo, en la actualidad solo se cuenta con el proceso de quiebra que regula la ley 24.522 a partir de su artículo 77, el cual produce como principales efectos —entre otros— el desapoderamiento de los bie-

nes del fallido, la pérdida de la legitimación procesal del último en lo que respecta a los bienes desapoderados y la inhabilitación del deudor. Y todo ello, en el marco de un proceso judicial universal y complejo, pensado por su dimensión, para dar contención a la liquidación del patrimonio de una empresa que es propiedad de un empresario individual o de una sociedad.

Frente al estado de cosas expuesto, resulta evidente que estos mecanismos legales no se presentan como el camino más adecuado para encausar el tratamiento de la insolvencia de la persona humana que no realiza actividad económica organizada o empresarial en la que se centra esta ponencia.

3. Una solución práctica y razonable para enfrentar estas situaciones, es la que propone el Proyecto de Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras, elaborado la Comisión redactora creada por la resolución número 1163/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que integraron los doctores Roque Daniel Vítolo, Osvaldo Héctor Chomer, Juan Carlos Veiga, Francisco A. Junyent Bas, Alejandra Noemí Teves, Emiliano García Cuerva y Marcelo E. Hassiner, a la que posteriormente se incorporó el doctor Ariel A. Dasso[5].
El texto preparado por la Comisión, que sustituye los capítulos IV y V del título IV de la ley 24.522 e incorpora un capítulo VI que contiene disposiciones transitorias y reglamentarias, se enfoca en los dos temas principales que motivaron su convocatoria: *los pequeños concursos y quiebras* (cap. IV) y *el concurso de las personas humanas que no realizan actividad económica organizada y otros sujetos* (cap. V)[6].

Respecto al puntual tema que ocupa estas líneas, entre otros aspectos, se prevé una *liquidación judicial sin quiebra*[7], como una alternativa útil para minimizar los perjudiciales efectos que se derivan

[5] Proyecto de Reformas a la Ley 24.522 de Concursos y Quieras, publicado por el Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que dirige el Dr. Daniel Roque Vítolo. Buenos Aires, 2016, p. 1. El texto fue presentado al público en la Facultad antes referida el 29/08/2016.

[6] En adelante me referiré al Proyecto también con la siguiente sigla: PRLC.

[7] Proyecto de Reforma, Liquidación judicial sin quiebra. Art. 313.— En caso de que la conciliación fracasara, ante la imposibilidad de cumplir cualquier medida de saneamiento, el juez mediante resolución fundada abrirá el proceso liquidatorio, disponiendo la realización de los bienes por parte del enajenador que designe, habilitando las vías más idóneas para el mejor resultado del proceso liquidatorio y el restablecimiento del deudor. Asimismo, ordenará al conciliador que presente el informe general que prevé el art. 315.

del estado falencial que regula la ley 24.522 y, de esta manera, poder liquidar el patrimonio del deudor[8].
Esta tarea, se llevaría a cabo con la intervención de un *enajenador* —que debe designar el juez al disponer la liquidación— y de un *conciliador* —no se prevé la designación de un síndico—.
Del conciliador, si bien sus funciones son precisas en algunos casos, en otros, tal como se desprende de la lectura del texto elaborado por la Comisión citada, no sucede lo mismo. Por ejemplo, en relación a su rol frente a la administración de los bienes desapoderados, o si está legitimado para promover acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad, supuestos estos, para los que nada concreto se dice en concreto.

Continuando con el análisis del proyecto en el tema aquí propuesto, se debe advertir, que si bien no existe técnica y jurídicamente un estado de quiebra, "la apertura del proceso liquidatorio implica el desapoderamiento de los bienes del deudor existentes a la fecha de la resolución del juez, sin perjuicio de lo cual, el deudor conserva facultades y legitimación para desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia"[9].

Lamentablemente a pesar del tiempo que ha transcurrido desde su presentación, tampoco ha merecido la atención por parte de los legisladores nacionales, a pesar de la demanda urgente de un procedimiento adecuado e, insisto, dimensionado para tratar la insolvencia de la persona humana, que no es otra que el hombre común que no ostenta la calidad de empresario.

4. Luego de presentar brevemente la nueva figura que propone el proyecto citado, se impone inmediatamente considerar el principal efecto y objetivo que persigue la liquidación patrimonial sin quiebra del deudor: su liberación y este nuevo comienzo o segunda oportunidad que pretende instituirse, conocido también como *fresh star*.
En torno a este tema, entiendo que la solución no puede ser otra que liberar al deudor de todas las obligaciones concursales pendientes

[8] El proyecto citado en lo que respecta a la persona humana sobreendeudada, fue comentado en su totalidad en un trabajo de mi autoría publicado en la *Revista de las Sociedades y Concursos*, dirigida por el Dr. Nissen, editada por FIDAS, Bs. As., Año 17 – 2016 -3, pp. 73-108, que lleva el título El concurso de la persona humana que no realiza actividad empresarial en el proyecto de reformas a la ley 24.522. El concurso preventivo-conciliatorio y la liquidación judicial sin quiebra".
[9] Proyecto de reforma, artículo 314.

de pago, una vez distribuido el producido de los bienes desapoderados que fueron realizados.

Solo así podrá tener lugar realmente un "nuevo comienzo" que le permita su reinserción en el mercado. Sin esta alternativa, el deudor se queda sin una chance cierta de revertir a futuro su situación personal-patrimonial y, por cierto, la de su grupo familiar.

Además, de otra forma, difícilmente se obtendrá la efectiva tutela de la dignidad de la persona humana que exigen los tratados sobre derechos humanos —artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación), pues el sujeto cesante, si no tiene posibilidad de liberarse de una situación patrimonial deficitaria en la que no terminó deliberadamente y de la que no tiene salida, lisa y llanamente, se queda sin oportunidades válidas.

Sobre este punto, el proyecto citado, si bien inicialmente propone la liberación del deudor en caso de resultar insuficiente el producto de la realización de los bienes para atender el pago de las acreencias verificadas[10], este beneficio no es total.

Para que esto último acontezca, el juez deberá dictar una resolución en la que declare extinguidas todas las deudas, aunque como se verá, no todas van a quedar alcanzadas por estos "efectos liberatorios". Puntualmente, no se extinguen los gastos de justicia, ni las obligaciones alimentarias y ni los créditos originados en daños a la persona humana por daño moral y por daño material derivado de lesiones

[10] Proyecto de reforma: Liberación del deudor. Descarga de deuda Art. 318.— Una vez realizados los bienes, si el producido del activo no alcanzare para pagar los créditos se procederá al prorrateo de los fondos debiendo abonarse en primer lugar los gastos de justicia, y el saldo entre los acreedores reconocidos, respetando en su caso el régimen de privilegios dispuesto en la presente ley.
Una vez distribuido el resultado, el juez dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas con el proceso, salvo los gastos de justicia, las obligaciones alimentarias, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona
humana por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro saldo insoluto alguno.
El juez podrá imponer al deudor la realización de cursos dirigidos a la educación para el consumo con la finalidad de orientarlo y prevenir los riesgos que pudieran derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios, como así también ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente, con el objeto de evitar que puedan producirse situaciones futuras que lo coloquen nuevamente bajo los presupuestos señalados en el art. 295.

a la integridad psicofísica.

Esto demuestra, que si fuera eventualmente sancionado el texto proyectado u otro similar, el deudor que acuda a este nuevo procedimiento, va a quedar frente a los saldos insolutos en una posición más desfavorable que el fallido en la quiebra, dado que este último, sí queda liberado totalmente respecto de estos saldos que no pueden ser atendidos con el producido de los bienes desapoderados.
Señalo esto, porque aun cuando la rehabilitación o el cese de la inhabilitación —como se lo quiera denominar— no extingue las obligaciones y estas son exigibles sobre el producido de la liquidación de los bienes sujetos a desapoderamiento, los bienes que adquiera el fallido nuevamente habilitado, no pueden ser agredidos para cancelar saldos insolutos.

5. Como se puede advertir, en la liquidación judicial sin quiebra que pretende regular el proyecto, más allá que se diga que las obligaciones impagas se extinguen, el resultado efectivo y real es menos favorable que en la quiebra, porque en el marco de este nuevo proceso, existen créditos por los que el deudor no se libera hasta que efectivamente no los pague.

Sin lugar a dudas, esto se presenta, al menos en parte, como contradictorio con el objetivo de liberar a estos deudores y otorgarles una nueva y real oportunidad.

Afirmo esto, porque mientras que, por ejemplo, un empresario individual —para hablar de personas humanas en ambos casos— titular de una importante organización con un gran volumen de negocios, quiebra y se libera totalmente una vez que cesa su inhabilitación —pues como se sabe, los bienes que ingresan luego a su patrimonio no pueden ser afectados al pago de saldos insolutos—, el sujeto concursado "persona humana no empresario", no tiene la misma suerte, con lo cual, esta segunda oportunidad —*fresh start*— no es tal.
Analicemos por un momento las obligaciones que no se extinguirían según los términos del artículo 318 del proyecto.

Como se adelantó, estas son: la obligación alimentaria —en realidad, crédito por alimentos adeudados, no futuros—, los gastos de justicia y, particularmente, las indemnizaciones por daño moral y por daño material a las personas humadas derivados de lesiones psicofísicas.
A riesgo de ser políticamente incorrecto, diré que para los gastos de

justicia en el proceso de liquidación, no encuentro justificación para apartarse del régimen que estatuye la Ley de Concursos y Quiebras para la liquidación falencial, con mayor razón en el caso de la persona humana sobreendeudada que por sus características y condición —a las que ya me he referido— generalmente es más vulnerable a las consecuencias dañosas de la crisis económica y financiera.
Creo que si bien se puede hacer una excepción con las deudas alimentarias, como dije, se trata de un crédito adeudado —devengado— y, obviamente, no de la llamada "obligación alimentaria" (*obligatio ex lege*), al margen que se busque un objetivo disuasorio —lo que se presenta como razonable por la naturaleza de este deber alimentario—, desde el punto de vista obligacional, tampoco encuentro razones para apartar a este crédito del régimen general.
Otro tanto sucede con las indemnizaciones que fueron mencionadas anteriormente, incluso cuando en algunos supuestos se pueda tratar de acreedores involuntarios.

Imaginemos por un momento un caso habitual, donde una persona física es responsable por el resarcimiento de este tipo de daños a las personas que cita la norma bajo análisis. Por ejemplo, a causa de un accidente de tránsito o un accidente de trabajo que sufra un trabajador a su cargo, pues no se debe olvidar, que los sujetos concursales que pueden acudir a este proceso conciliatorio de acuerdo al proyecto, pueden tener hasta tres empleados en relación de dependencia.
Como el deudor responsable cuenta con cobertura de un seguro de responsabilidad civil o, en su caso, riesgos del trabajo, es demandado conjuntamente con su aseguradora. Sin embargo, esta compañía durante el trámite del proceso —o también antes— entra en liquidación.

Ante este estado de cosas, ¿cuál va a ser la suerte de ese empleado público concursado, por ejemplo, si tiene que afrontar la deuda y no cuenta con cobertura porque su aseguradora se liquidó? ¿Nunca se va a poder liberar de esa deuda mientras viva si no puede pagarla?
Insisto, se deja también en este caso a la persona humana que ocupa la atención de estas líneas, en una posición menos favorable que a una compañía o a un gran empresario individual que quiebra, con el agravante, que el primero no tiene forma —o difícilmente la tenga— de resolver la cesación de pagos en la que puede caer cuando se le exija el pago de la indemnización en cuestión.

Es obvio que en estos casos, le será más beneficioso pedir su propia quiebra en los términos el artículo 77 inciso 3° de la ley 24.522.

6. Antes de concluir con este capítulo, quiero destacar que la legislación española abordó este tema a través del Real Decreto-Ley 1/2015, del 27 de febrero, norma que "incorpora diferentes dispositivos vinculados a la problemática analizada (2) pero la gran novedad es, sin dudas, la modificación del régimen de la llamada segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho oportunamente diseñada por la ley 14/2013 (3). La reforma incorpora a la ley concursal un nuevo art. 178 bis, bajo el título "Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho" y modifica el art. 178 que lo precede" .
No obstante, contiene un mecanismo un tanto complejo y algo engorroso, que teniendo en cuenta como la práctica de nuestro sistema judicial no resultaría adecuado.

III: Algunas conclusiones

Más allá de estas breves y parciales reflexiones, si algo queda a la vista con claridad, es que la crisis patrimonial de la persona humana que no es titular de una empresa, tienen particulares características que requieren también un tratamiento especial por parte del sistema legal concursal.

Y cuando hago referencia a un proceso de naturaleza "concursal", es porque entiendo que ese es el camino y no otro, por ser esta la disciplina adecuada para ocuparse de la crisis que, en esencia, es el verdadero presupuesto material de la quiebra[11].
Pero naturalmente, se necesita de un procedimiento ágil, con mayor oralidad e inmediación por parte del juez, para poder decidir sobre la situación patrimonial del deudor con la mayor celeridad posible y permitir a esa persona humana insolvente resolver su situación frente a sus acreedores de la mejor manera posible de acuerdo a su capacidad de repago.

Vale aclarar que no se propone aquí una suerte de *bill de indemnidad* para beneficiar al deudor recalcitrante que se endeuda sistemáticamente desinteresándose de sus deberes legales y de las obligaciones contractuales a su cargo. De existir maniobras ilícitas merecedoras de reproche legal, se deberá dar intervención a la justicia represiva, pero este es otro tema, dado que no se deben confundir los bienes jurídicos protegidos por la ley y jurisdiccional concur-

[11] DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, Buenos Aires, Ed. Legis, 2009, T. II, p. 932.

sal, con aquellos propios de la esfera criminal.

En síntesis, entiendo que la particular situación de la persona humana sobreendeudada de la que trata esta ponencia, es lo que justifica precisamente que la liberación por los saldos insolutos sea total —de la misma forma que se da en el caso de la quiebra— cuando el producido de los bienes sujetos a desapoderamiento no alcance para cubrir el pago de las obligaciones concursales.

De ello se sigue que, ante el fracaso de la ley de Concursos y Quiebras para atender el fenómeno actual y creciente de la insolvencia de estos sujetos que no realizan actividad empresarial, resulta absolutamente necesario que en el futuro y en breve, se sancione un régimen legal especial, sea incorporándolo a la actual ley concursal, que de contención y solución a dicha problemática, previendo ante la insolvencia definitiva de estos sujetos, la liquidación sin quiebra del patrimonio susceptible de ser realizado y su liberación por los saldos pendientes, una vez realizado los bienes desapoderados.

Insolvencia del consumidor. Una necesaria lectura armonizante

Hugo Gerardo Monzón

Sumario

Existen múltiples factores que confluyen a generar una situación de impotencia patrimonial de los consumidores personas humanas. En ese sentido, la inexistencia de mecanismos específicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico que contemplen este particular fenómeno conduce inexorablemente al procedimiento falencial como método residual de solución del conflicto.

Por ello, una vez instada la jurisdicción y acreditados los presupuestos de apertura del procedimiento, la cuestión no puede resumirse en determinar si es aplicable o no la ley concursal –únicamente- en función del comportamiento del deudor, su escaso activo y la imputación *prima facie* de ejercicio abusivo del derecho. Abordar el problema, exclusivamente, desde este vértice, al par de una especial interpretación del sistema concursal, omite inadvertidamente, la ponderación del contexto gestacional del pasivo y de las reglas específicas que disciplinan el Derecho consumeril.

I. Cuestión planteada

Nuestro abordaje está ceñido al análisis de aquellos deudores personas humanas que encontrándose en estado de insolvencia (arts. 1, 2, 78 y 79 ley 24.522 –en adelante LC-) por deudas derivadas de relaciones de consumo (art. 3 ley 24.240 –en adelante LDC- y art. 1092 Cód. Civil y Com. de la Nación –en adelante CCyC-) peticionan su propia quiebra (arts. 77 inc. a y 86 LC).

Los casos conflictivos paradigmáticos se presentaron cuando determinadas personas cuyo único activo embargable era un porcentaje

legal de su salario o jubilación, advirtieron que el procedimiento falencial por efecto del cese de la inhabilitación, les permitía liberarse de sus obligaciones al año de la sentencia de quiebra. De esta manera, antes de su presentación falencial se sobreendeudaban, y asumían compromisos que excedían sus posibilidades de pago[1].

En este contexto, emergen una serie de interrogantes ¿es ajustado a derecho rechazar esa pretensión *in límine* con sustento en la ausencia, o insuficiencia de activos o el abuso del derecho?¿es posible pronunciarse sin ponderar debidamente las circunstancias relevantes que desembocaron en la situación de insolvencia?¿qué consecuencias se derivan de qué nos encontremos frente a un consumidor? ¿acaso la quiebra del consumidor no es una consecuencia de la sociedad de consumo?

Evidentemente, toda decisión desestimatoria razonablemente fundada en derecho (art. 3 CCyC), debe dar cuenta de los diversos factores que confluyeron al sobreendeudamiento[2] del consumidor que a la postre contribuyó a configurar su estado de cesación de pagos.

II. Solución desde el régimen concursal

La ley concursal no prevé un régimen específico para regular la insolvencia de los consumidores. Por ello, una vez satisfechos los presupuestos subjetivos y objetivos (arts. 1, 2, 77 inc. a, 78, 79 y 86 LC), la cuestión queda enmarcada en el régimen general con las particularidades establecidas para pequeñas quiebras, esto es, aquellas en las cuales se presenta, en forma indistinta, cualquiera de estas circunstancias:

a) Que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles.

[1] Rivera refiere que en jurisdicción de Rosario se presentaron una catarata de pedidos de propia quiebra de personas físicas que en su inmensa mayoría eran empleados públicos que poco tiempo antes de quebrar habían contraído obligaciones que excedían notablemente de su capacidad patrimonial. Con lo cual la idea era quebrar, limitando la responsabilidad al límite embargable del salario y todo ello por solo un año. RIVERA, Julio C., *Insolvencia de las personas físicas (en particular de los "consumidores")*, R.D.C.C.y E., año 1, Nº 2, Nov. 2010, p. 11.

[2] Los conceptos de sobreendeudamiento e insolvencia guardan una estrecha relación pero delimitan situaciones diferenciables (ANCHAVAL, Hugo, *Insolvencia del consumidor*, 1° ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2011, p. 31.

b) Que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios.
c) Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial (art. 288 LC).

En estos casos, en lo pertinente, no son necesarios los dictámenes de contador público nacional previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5 LC relativos al estado de situación patrimonial y la correspondencia entre las deudas denunciadas en demanda y la documentación y registros contables del deudor; no es menester constituir comité de control y el síndico será un profesional categoría b (arts. 201, 253 inc. 2 y 289 LC).

En definitiva, para que se dicte sentencia de quiebra (art. 88 LC) el deudor sólo necesita presentar su demanda acreditando ser sujeto concursal (art. 2 LC), encontrarse en estado de cesación de pagos (arts. 1, 78 y 79 LC) y cumplir los recaudos previstos por el art. 11 LC –con las salvedades apuntadas- aunque su omisión no impide la declaración de quiebra (art. 86 LC). De esta manera, al año de la sentencia de quiebra, por efecto del cese del desapoderamiento y la inhabilitación, el consumidor insolvente va a poder ser titular de un nuevo patrimonio que va a quedar excluído del procedimiento universal salvo que exista algún supuesto de prórroga de la inhabilitación (arts. 107 y 236 LC).

Cabe destacar, la ley concursal no exige como recaudo para la apertura del procedimiento universal la existencia de activo. Incluso, la propia normativa prevé el supuesto de que aquellos no existan o resulten insuficientes (art. 232 LC). Estos supuestos importan presunción de fraude y el magistrado debe comunicarlo a la justicia represiva para la instrucción del sumario pertinente (art. 233 LC).
No obstante, cabe resaltar que ello ocurre una vez abierto el proceso y superado la etapa de verificación de créditos, lo que supone la adopción de medidas de incautación y averiguación de la situación patrimonial del fallido. Por ende, una decisión desestimatoria con sustento en el "abuso del derecho" del deudor implica una decisión prematura[3]. A lo sumo, si existen sospechas de la comisión de algún tipo dedelito, al examinar la demanda, los hechos y documentación

[3] BARACAT, José E., *Pequeñas quiebras y deudores de mala fé*, LA LEY 2009-B-1229. Allí el autor señala que "el orden jurídico es un todo y por ende, una petición que formalmente encuadra en ciertas disposiciones concursales no puede sin más, a que se la acepte judicialmente, si ello importa convalidar un obrar abusivo o antifuncional, incluso, la configuración de un delito" (p. 1233).

aportada, el magistrado debe remitir los antecedentes a la justicia penal pero no rechazar la apertura del procedimiento falencial[4].

En estos supuestos, como afirma calificada doctrina[5], se producirían dos efectos: a) el quebrado no podría ser rehabilitado mientras trámite el proceso penal, lo que descarta su pretensión de liberarse de las obligaciones al año de la sentencia de quiebra; y, b) se enviaría un mensaje a la sociedad, en el sentido de que no es tan sencillo liberarse de las obligaciones y que es posible terminar con una condena penal.

En todo caso, entendemos que de no compartirse esta posición, para fundar una decisión desestimatoria es menester complementar la lectura del problema con cuestiones atinentes al derecho de consumo.

III. Nuestro enfoque. Principio protectorio y aspectos relevantes

La tutela del consumidor encuentra fundamento en nuestra Carta Magna, a partir del principio protectorio consagrado en el art. 42. La Corte Federal ha dicho que "esta norma revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables... dentro del sistema económico actual" por ello "este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural"[6]

Dentro de ese marco protectorio, una interpretación coherente del ordenamiento jurídico inexcusablemente debe partir de los derechos y garantías reconocidos al consumidor como sujeto de preferente tutela y de la vinculación que esta problemática supone de las normas concursales y consumeriles. La relación entre ambos ordenamientos, tiene importantes consecuencias, pues, emplazar la cuestión como un problema de un consumidor provoca una serie de efectos que emergen del marco_jurídico protectorio en torno a presunciones, interpretación, deberes de conducta e información, cargas probatorias, control judicial de cláusulas contractuales, prácticas abusivas, libertad de contratación, etc.

[4] RIVERA, Julio C., ob. cit. en nota 1, p. 12.
[5] RIVERA, CASADIO MARTINEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, *Derecho Concursal*, 2° ed. actualiz y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, p. 86.
[6] CSJN *in re* "PADEC c/ Bank Boston N.A. s/ Sumarísimio", 14/03/2017, LA LEY 2017-B-385.

Estos parámetros, tienen una indudable preponderancia para comprender la magnitud del fenómeno y por ello deben ser merituados por el magistrado concursal. Entre otros elementos, es menester considerar:

a) Sociedad de consumo. Vivimos y somos parte de una sociedad claramente marcada por el consumo masivo de bienes y servicios que son producidos a gran escala. En este sistema no sólo se produce lo que el público desea sino que reiteradamente se crean condiciones para estimular la adquisición de bienes y servicios innecesarios que se presentan como imprescindibles. Por ello, las personas con frecuencia toman decisiones que no le convienen, en el sentido de que no hacen lo que en realidad es bueno para ellos, no escogen lo que en realidad desean[7]. Y esta intervención del "libre mercado" en la vida cotidiana de los integrantes de la sociedad de consumo es tan contundente que el acto de consumir se erige en un elemento influyente en un aspecto importante de la constitución de su personalidad[8].

b) Vulnerabilidad. La situación de vulnerabilidad del consumidor y la protección de sus intereses económicos constituyen un mandato constitucional en toda relación de consumo. Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica y por ello necesita protección del Derecho[9]. Es este supuesto de hecho, esa desigualdad de recursos técnicos, jurídicos, económicos lo que funda el sistema protectorio del derecho de consumo y constituye una pauta interpretativa insoslayable.

c) Oferta excesiva y beneficios económicos. Los oferentes sólo están preocupados por vender la mayor cantidad posible de los bienes que en exceso producen para alcanzar los propósitos empresariales que se fijan, los que en muchas oportunidades les otorgan premios o bonificaciones especiales. Ello provoca que únicamente estén pre-

[7] AKERLOF, George A. – SHILLER, Rorbert J., *La economía de la manipulación. Como caemos como incautos en las trampas del mercado*, 1ª ed., CABA, Paidós, 2016, p. 38.

[8] "Lo cierto es que la inmensa mayoría de estos teóricos abusadores, sin perjuicio de su imprudencia, falta mínima de previsión, audacia, o desapego de las consecuencias de sus actos, suelen ser, en simultaneo, víctimas de una sociedad de masas impactada por la publicidad en todas sus formas, donde parecería que el "tener" ha sustituido al "ser". TRUFFAT, E. Daniel, *Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial*, R.D.C.y O., Ed. AbeledoPerrot, Bs. As., año 42, 2009-B-905, p. 910.

[9] LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores,* 2° ed., Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 36.

ocupados en aumentar exponencialmente sus niveles de venta sin importarles si los consumidores se encuentran en condiciones de hacer frente a las obligaciones asumidas, con una cuestionable responsabilidad social y empresaria

d) Crédito para consumo. En una sociedad en la que el consumo es una característica distintiva, indefectiblemente se requiere que existan facilidades para adquirir los bienes y servicios que en abundancia ofrece el mercado. Más aún cuando aquél, ocupa un lugar tan relevante que alcanza el nivel de indicador de la situación económica de un país. Por ello, las facilidades para acceder a los créditos y la financiación se erigen en piedra angular del sistema y su constante concesión son el motor de una economía que se presenta como dependiente del consumo[10], lo que conduce a la excesiva y abusiva concesión del crédito.Ello sin mencionar que, incluso, es el propio Estado quien promueve y alienta el consumo a través de diferentes planes, tales como los programas "Ahora 12", "Ahora 18", "Procreauto", etc., que en determinadas épocas o días festivos resulta completamente exacerbada.

e) Riesgo crediticio. Con acierto, ha sostenido Truffat que "los dadores de créditos cuya defensa muchas veces se invoca para propugnar el rechazo de los concursos por abusivos no son ajenos al fenómeno... empresas a las que poco les importa esa imposibilidad de cobro, porque está asumido como riesgo de emprendimiento y cargado a todo el sistema de sujetos financiados en los precios de los créditos otorgados"[11]. Estos tienen el deber de efectuar un sólido análisis de la situación financiera acerca de la solvencia del consumidor e informarle los riesgos en caso de incumplimiento o sobreendeudamiento. De hecho, a esta altura de los acontecimientos, no parece sensato negar que aquellos profesionales que en forma habitual y con un alto grado de especialización, otorgan créditos para consumo en condiciones no sujetas a negociación, recurren y acceden con facilidad a bases de datos públicas y privadas que contienen información comercial y de crédito extremadamente minuciosa respecto de los consumidores. Ese pleno conocimiento de la situación de cada consumidor, les permite estimar en forma certera

[10] FRUSTAGLI, Sandra A., "La protección del consumidor en las operaciones de crédito al consumo" en STIGLITZ, Gabriel – HERNANDEZ, Carlos A, (directores), *Tratado de Derecho del consumidor*, 1° ed., Ed. La Ley, Bs. As., T. II, p. 199.
[11] TRUFFAT, E. Daniel, *Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial*, R.D.C.y O., Ed. AbeledoPerrot, Bs. As., año 42, 2009-B-905, p. 910.

el riesgo empresario que asumen para trasladarlo al costo del crédito y al cálculo del beneficio esperado.

f) Publicidad y marketing. Información privilegiada. La publicidad y el marketing **ejercen una fuerte influencia en las decisiones** de los **consumidores**. Los **productores de bienes y servicios**, **además** de la constante **publicidad y marketing** generada a través de los **medios de comunicación tradicionales** (tv, radios, diarios, revistas, etc), en la actualidad, a través de las **redes sociales** (twitter, facebook, búsquedas web, etc). cuentan con un **hándicap amplísimo para cautivar y atraer a los consumidores**, Allí, obtienen una **infinidad de información y datos valiosísimos** (denominado big data), que **detallan** en forma **minuciosa los intereses y preferencia de los potenciales consumidores** que luego son utilizados para comercializar sus productos[12]. Este escenario, **agrava la situación de vulnerabilidad** de los consumidores porque al haberse determinado previamente cuales son los productos de su interés y agrado son frecuentemente invadidos con publicidades específicamente segmentadas, para incitarlos a consumir.

IV. Conclusión

El cuadro de situación que hemos descripto nos permite afirmar que no existen argumentos consistentes y decisivos para desestimar *in limine* las demandas de quiebra voluntaria que instan los consumidores insolventes. Desde el punto de vista concursal, adoptar un temperamento desestimatorio implica una decisión prematura, que priva al consumidor insolvente del derecho constitucional de acceder a la justicia para resolver sus conflictos patrimoniales (arts. 14, 18, 28 y 42 C.N.).No obstante, si esta posición no es compartida, consideramos que todo pronunciamiento que desestime un pedido de propia quiebra por parte de un consumidor, por configurar un ejercicio abusivo del procedimiento falencial, no puede soslayar un

[12] David Lewis señala que miles de millones de usuarios de Internet, de manera libre y voluntaria, muestran una predisposición por revelar los detalles más íntimos de su vida privada a personas desconocidas. De esta manera, la información que grandes empresas como Google, Amazon, Facebook y Twitter poseen respecto de los consumidores nunca fue tan detallada ni tan omnicomprensiva como ahora. En ese sentido, hay información de valor comercial que también se obtiene de una amplia serie de fuentes digitales, incluidas las compras on line, los patrones de navegación en la Web, la actividad del teléfono celular y el uso de las tarjetas de crédito y débito (LEWIS, David, *El cerebro vendedor. Cuando la ciencia es amiga del shopping*, 1° ed., Ed. Paidós, Bs. As., 2015, p. 256)

análisis contextual del sistema social, cultural y económico donde se gestó el estado de insolvencia[13].

Bibliografía

AKERLOF, George A. – SHILLER, Rorbert J., *La economía de la manipulación. Como caemos como incautos en las trampas del mercado*, 1ª ed., CABA, Paidós, 2016

ANCHAVAL, Hugo, *Insolvencia del consumidor*, 1° ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2011.

BARACAT, José E., *Pequeñas quiebras y deudores de mala fé*, LA LEY 2009-B-1229.

FRUSTAGLI, Sandra A., "La protección del consumidor en las operaciones de crédito al consumo" en STIGLITZ, Gabriel – HERNANDEZ, Carlos A, (directores), *Tratado de Derecho del consumidor*, 1° ed., Ed. La Ley, Bs. As., T. II

JUNYENT BAS, Francisco – IZQUIERDO, Silvina, *¿Decoctor ergo fraudator?La quiebra de los consumidores*, LA LEY Supl. C. y Q., 23 oct. 2009

LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores,* 2° ed., Rubinzal-Culzoni, 2009.

RIVERA, Julio C., *Insolvencia de las personas físicas (en particular de los "consumidores")*, R.D.C.C.y E., año 1, Nº 2, Nov. 2010.

RIVERA, CASADIO MARTINEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, *Derecho Concursal*, 2° ed. actualiz y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2014.

TRUFFAT, E. Daniel, *Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial*, R.D.C.y O., Ed. AbeledoPerrot, Bs. As., año 42, 2009-B-905.

[13]Así se ha señalado que "el abuso de la quiebra o el aumento de las tasas de presentación no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas" JUNYENT BAS, Francisco – IZQUIERDO, Silvina, *¿Decoctor ergo fraudator?La quiebra de los consumidores*, LA LEY Supl. C. y Q., 23 oct. 2009, p. 9.

La persona humana sobrendeudada: derechos urgentes y deberes pendientes hacia el hombre común

Rubén R. Morcecian

Ponencia

Mucho se ha escrito ya en torno al problema del sobreendeudamiento de los consumidores y las posibles vías de solución, mas desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y la nueva mirada hacia la persona humana, con la introducción del llamado paradigma protectorio, la concepción de la igualdad no como un mero valor abstracto sino como algo real y concreto analizado en la esfera individual de la persona y sus circunstancias , es necesario alcanzar soluciones jurídicas que ajusten su contenido a la vigencia de los derechos humanos. Y nos referimos a derechos y deberes porque ya es hora de entender que hay derechos que contemplar y deberes que asumir por parte del estado, al punto que la situación no admite más demoras legislativas.

Desarrollo

El nuevo Código Civil y Comercial ha arrojado una nueva mirada sobre la persona humana. La llamada constitucionalización del derecho privado ahora iluminado por los tratados internacionales que son fuente de la solución exige decisiones judiciales acordes al espíritu humanista del cual el código se ve impregnado.

No debe perderse de vista que en el plano del grave endeudamiento que afecta a la persona humana , normalmente afectada en su rol de consumidor y por deudas generadas en actos de consumo resulta imperiosa la consecución de soluciones que garanticen la estabilidad personal y familiar del deudor, no es posible someter a éste a desmedidas persecuciones judiciales con motivo de sus deudas porque de ordinario el resultado de esas persecuciones es el empobreci-

miento del deudor y su familia, lo que en muchos casos conduce a situaciones de exclusión social, soluciones inadmisibles en un estado de derecho que garantice la vigencia de los derechos fundamentales y los derecho humanos que la nueva legislación exige respetar.-

Asi el fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores trasciende el plano jurídico y se interesa en cuestiones sociales, filosóficas, económicas, empresarias y políticas.-

A su vez en el campo jurídico la situación de sobreendeudamiento excede el marco del derecho mercantil, ya que la problemática del consumo se encuentra en intima conexión con derechos fundamentales, cuyo fundamento no se encuentra en los textos constitucionales, convencionales y en la propia identidad del sujeto involucrado, el ser humano.-

Los derechos humanos son consagrados constitucionalmente e integran la categoría de derechos fundamentales de protección y el orden público de protección y nacieron como limitación a la vigencia irrestricta del principio de autonomía de la voluntad.

Los DERECHOS HUMANOS son concebidos como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a los bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona por el hecho de su condición humana para la garantía de una vida digna. Son independientes de cualquier connotación relativa a raza, sexo, etnia y no dependen del ordenamiento jurídico vigente. Y como son derechos inherentes a la persona humana son IRREVOCABLES, IRRENUNCIABLES e INALIENABLES. La esencia de estos derechos radica en que toda persona posee dignidad.

Los derechos fundamentales han ido evolucionando conjuntamente con el ser humano. Estos derechos, de igual forma que las demás leyes del ordenamiento jurídico, se modifican y se ajustan a las realidades de la sociedad

Son derechos cuya evolución se ha dado a través de distintas etapas históricas con la cual se identifica pero que no reemplazan a los derechos anteriores sino que se les agregan y los complementan.

Es evidente que este nuevo derecho de la crisis no solo afecta a la persona humana sino que además tiene directa afectación en su gru-

po familiar , por eso y además es imperioso pensar estrategias de entre los derechos de la familia y los de los acreedores.

Que debe contemplar un régimen legal relativo a esta problemática?

Primero debe promover la consecución de valores como PAZ - SOLIDARIDAD HUMANISMO –SUSTENTABILIDAD, todo en miras a lograr el pleno desarrollo de la persona y a través del mismo el desarrollo social para que sea en paz y armonía.

Razones Humanitarias, de Supervivencia, de Desarrollo personal y familiar en armonía que garanticen la dignidad de la persona que a su vez garantice un estándar mínimo de vida digna familiar.

Desde hace más de 10 años se viene debatiendo en distintos ámbitos académicos la necesidad de contar con un régimen legal que contemple este tipo de "pequeños" concursos , y a la fecha luego de 4 proyectos de ley, 3 nacionales, uno de la ciudad de Buenos Aires, seguimos igual. Se perdió una oportunidad interesante al "planchar" o "cajonear" el proyecto de la comisión del ministerio de Justicia del año 2015 , que proponía una reforma a la ley 24522 introduciendo mecanismos para el pequeño concurso (el de verdad, no como el actual) y para personas que no ejercen actividad económica organizada bajo la forma de empresa.

Y las personas siguieron endeudándose, los créditos son más caros, el consumo se exacerbó, la crisis se hizo presente y sin embargo el legislador no se hace eco de la situación que genera infinidad de problemas, vgr. sueldos tomados y embargados, personas excluidas, tribunales abarrotados de pedidos de propia quiebra de quien no posee como patrimonio más que su sueldo ,ello con la aspiración de rehabilitarse prontamente y salir del estado de posible deudor eterno (claro que no siempre se puede…véase alguna jurisprudencia que hace soportar sobre el deudor elevadísimos honorarios que agravan más aun su situación) . Y así es como las legislaturas provinciales recurrieron a introducir procesos especiales en torno a esta cuestión, como el caso de Mendoza que lo introdujo en el código de procedimientos civil y comercial , más debo decir, que el proceso es un tanto farragoso, y luego del trámite si no se llega al acuerdo se cierra con la figura del fracaso del acuerdo y todos retoman la situación anterior , de donde el proceso sin la colaboración de los acreedores (misión que suele ser a veces imposible, al punto que no se descarta

la cartelización de los grupos financieros para hacer fracasar el trámite) no es posible de llevarlo a buen puerto.

Que deberes no cumplió el estado .Pues sencillo, adeuda un régimen que contemple la especial situación de la persona humana endeudada en el cual se prevea:

a) Sistema de solución extrajudicial mixto.
b) Presupuesto objetivo mínimo, esto es anticipación a la cesación de pagos e incumplimientos.
c) Reconocimiento de Legitimación amplia respecto del grupo familiar para instar el proceso.
b) En caso de fracaso, vías judiciales simples, rápidas y económicas.
c) Derecho de rehabilitación y recuperación del deudor, con efecto de restablecimiento personal, nuevo comienzo o Fresh Start..
d) Descarga de deudas insatisfechas.
e) Levantamiento de las medidas cautelares que pesen sobre salarios.
f) Tutela de la vivienda única del deudor y grupo familiar (aun cuando no sea bien de familia)
g) Mecanismos de pago con bienes, restitución de bienes, quita y descuento de intereses, pagos en cuotas.
h) En caso de liquidación las deudas que dan curso al proceso y las originadas en el propio proceso se deben atender con los fondos obtenidos en el proceso por la liquidación de los bienes desapoderados.
i) Sindicatura u órgano similar estatal que no genere costos al deudor o en su defecto mecanismo de regulación de honorarios congruentes con el patrimonio y posibilidades del deudor.
j) Intervención de un Asesor financiero, asistente social y familiar.
k) Suspensión de todo tipo de acciones judiciales.
l) Control Judicial y posible integración y morigeración de cláusulas contractuales abusivas.

Estos *tips* tiene como finalidad movilizar el debate sobre cómo tiene que ser el régimen especial, ello en miras a intentar un consenso sobre la base de la idea de rápida acción, evitar la exclusión social, minimizar costos, agilizar los tiempos, y dar la mejor solución posible a los acreedores sin sacrificar la ni lastimar la dignidad de la persona porque ya es sabido la persona abrumada por deudas ve comprometida su estabilidad familiar y social.

La idea es evitar mandarle a la persona un mensaje que le diga con determinado fundamento legal “lo lamentamos pero no es posible

evitar las consecuencias de las ejecuciones, usted sabe que el patrimonio del deudor es garantía de sus acreedores, sabemos que esas consecuencias son disvaliosas y que por ello usted quedara sumido en gravísimos problemas sociales y familiares, pero de verdad no es posible evitarlo porque no existe proceso apto para ello." Pero si que esa persona abrumada y ahogada por sus deudas reciba un mensaje que podrá decir, con otros fundamentos, que "entendemos su situación, y aceptamos que no es razonable ni esperable que usted, por cumplir como se le exige, se perjudique, más aun tanto Ud. como su familia, por lo que podemos darle oportunidad de pagar como pueda o cuando pueda."

Este debe ser la finalidad de cualquier régimen que se adopte, permitir al deudor mantener cierto status quo y evitar sumirlo en el desamparo.

Sobre la necesidad de regular de un modo específico un régimen legal que contemple la insolvencia del hombre común

Daniel Roque Vítolo[1]

Ponencia

i) Resulta absolutamente necesario regular de un modo específico un régimen legal que contemple mecanismos de prevención y resolución de la insolvencia del hombre común.
ii) Estas normas deben sancionarse bajo una ley federal —evitando en lo posible que la desesperación de situaciones locales lleven a la búsqueda de soluciones meramente procesales que puedan generar cuestionamientos de orden constitucional—.
iii) La República Argentina tiene la obligación de sancionar un régimen legal específico para regular procedimientos específicos tendientes a brindar soluciones a la situación de sobrendeudamiento, cesación de pagos, dificultades económicas y financieras de carácter general e insolvencia de personas humanas que no realicen una actividad económica organizada bajo la forma de empresa ni sean titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.
iv) Y ello está impuesto no sólo por las normas y exigencias constitucionales —reforma constitucional de 1994— , sino también por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales cabe atenerse, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debe respetarse bajo el principio de convencionalidad.

1. Introducción

En el año 1883, Farrer[2] advertía en Inglaterra que resultaba necesa-

[1] Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular Regular Ordinario de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA.
[2] T.H. Farrer fue un eminente jurista inglés y uno de los arquitectos de la Bankruptcy Act de 1883.

rio diseñar e implementar —más fuerte aún, aludía a la existencia de una "urgencia"— alguna suerte de procedimiento análogo al de la quiebra —o insolvencia— para aplicarlo a aquellos casos de crisis de trabajadores que poseían un mínimo y escaso patrimonio —o cuando carecían de él totalmente— con el objeto de que pudieran conseguir bajo un mecanismo simple y a costos razonables, una liberación —*discharge*— evitando que el *"... pobre hombre..."* pudiera sufrir un castigo de prisión por deudas por parte de los tribunales, cuando no pudiera hacer frente al conjunto de sus obligaciones. La respuesta a la inquietud de Farrer llegó por medio de una suerte de decreto —*administrative order*— introducido por Joseph Chamberlain en la *Bankcruptcy Act* de 1883, descripta como "*...la quiebra del hombre pobre...*" con la cual se admitía que el deudor —el hombre "pobre"— pudiera hacer frente a sólo una parte de la deuda en pagos por plazos y períodos muy extendidos, practicando un perdón y liberación de la deuda remanente —*write off*—.

Esta medida hizo camino en el curso del siglo XX hasta obtener una acogida parcial en la legislación relativa a la insolvencia en los Estados Unidos en la década del 30, en reformas de la legislación europea en la década de 1980, y aún con más fuerzas en el siglo XXI, con motivo de las recesiones y crisis de los años 2001, 2008 y 2012, las que afectaron en forma impactante a las denominadas "personas comunes", quienes configuraron y conformaron el núcleo central de los procedimientos de insolvencia llevados a los tribunales en el mundo entero en los primeros quince años del nuevo siglo.[3]

Muestras de la preocupación de los gobiernos y países pueden encontrarse en las reformas legislativas introducidas al régimen de insolvencia[4] en Austria en 1993; en Bélgica en 1997, 2005 y 2009; en Chipre en 2015; en la República Checa en 2006 y 2008; en Dinamarca en 1984, 2000, 2005 y 2010; en Inglaterra y Gales en 1986, 1990, 2002[5], 2007 y 2015; Estonia en 2003 y 2010; Finlandia en 1992 y 2015; Francia en 1989, 1995, 1998, 2003, 2010, y 2014; Alemania en 1994[6], 2001 y 2013; en Grecia en 2010, 2013 y 2015; Holanda en 1998, 2007 y 2008; Hungría en 2015; Irlanda en 1988, 2012 y 2015; Italia en 2012; Latvia en 2007, 2009, 2010 y 2013; Luxemburgo en 2010 y 2013; España en 2013 y 2015; Portugal en 2012 y 2014; Polonia en 2009 y 2014; y Esta-

[3] Véase Piketty, Thomas, El capital en el siglo XXI, Harvard University Press, Massachusetts, 2014.
[4] Con especial foco en la insolvencia del hombre común.
[5] Esta no entró en vigencia.
[6] Entró en vigencia en 1999.

dos Unidos en 1978, 1984, 1994 y 2005 —entre otros.[7]
En lo que hace a Latinoamérica puede señalarse, a simple título de ejemplificativo que, en Colombia, la ley 1564, del 12 de julio de 2012, tiene un capítulo dedicado a *"... la insolvencia de la persona natural no comerciante..."*[8]; por su parte, Chile sancionó la ley 20.720 llamada "Reorganización y liquidación de empresas y personas", en la cual se regula "El procedimiento concursal de la persona deudora".[9]

2. La cuestión en la República Argentina

En el año 1995 al sancionarse la ley 24.522, los pequeños comerciantes y quienes no lo fueran pero tuvieran un pequeño emprendimiento, y se vieran enfrentados a una situación de insolvencia, volvieron a tener una posibilidad cierta de recomponer su actividad acudiendo a remedios preventivos un poco más sencillos.[10]
Desde ya que, en una concepción mucho más moderna y teniendo

[7] Sobre el fenómeno global de las cuestiones de crisis económicas de personas humanas puede verse Mason, Paul, Postcapitalismo, hacia un nuevo futuro, Paidós, Buenos Aires, 2016; Akerlof, George A. y Shiller, Robert J., La economía de la manipulación, Paidós, Buenos Aires, 2016; Deaton, Angus, El gran escape, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2015; y Klein, Naomi, Esto lo cambia todo, Paidós, Buenos Aires, 2015.

[8] Este nuevo régimen puede conceptuarse dentro de la formulas administrativizadas, de las cuales resulta precursora la legislación francesa, aun cuando esta aparece como una característica prejudicial en todos los ordenamientos específicamente dedicados al tratamiento del consumidor. Su sujeto es la persona natural no comerciante y tiene por finalidad que se permita a etas personas negociar, con antelación a una intervención judicial esto es en un escenario extrajudicial y conciliatorio sus dificultades con los acreedores, por lo que es de naturaleza contractual, sin perjuicio de la intervención del juez en casos de conflictos, verificación del pasivo, examen de legalidad del acuerdo y acciones de reintegración, por todo lo cual a semejanza del Acuerdo Preventivo Extrajudicial que incorporó a la legislación argentina la precursora ley 24.522, el procedimiento se inicia con un carácter netamente extrajudicial pero tiene alternativas y definición concursal judicializada, lo que permite considerarlo como un proceso de naturaleza híbrida.

[9] Establece un procedimiento especial de que permite la renegociación de las obligaciones de la persona natural deudora, con sus acreedores, actuando el órgano administrativo como un facilitador y entregando las herramientas que permitan llegar a un acuerdo. Asimismo se regula como alternativa a la renegociación, un procedimiento de liquidación sumaria, de los bienes embargables de la persona deudora a favor de sus acreedores, también sobre la base del acuerdo de voluntades, como alternativa de pago de las obligaciones pendientes, sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia. Por último, se regula un procedimiento de liquidación simplificada judicial, especialmente diseñado para persona natural.

[10] Véase Vítolo, Daniel Roque, Concursos y Quiebras, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

en cuenta los criterios con que el mercado clasifica a los pequeños y medianos emprendimientos, la calificación de "pequeño concurso" o "pequeña quiebra" no quedó limitado al monto del pasivo sino que se conformó con la utilización de tres variables que suelen presentarse en estos casos en ideas y lineamientos que fueron seguidos —casi nueve (9) años después— por la elogiada legislación de Portugal, en su Decreto 53 del 18 de marzo de 2004[11], y más recientemente por la legislación italiana.

Sin embargo, debe reconocerse que los legisladores no nos adentramos —en aquel momento— en la problemática del deudor no comerciante sin organización, porque en aquel momento ello hubiera excedido nuestra misión. Adicionalmente, debemos señalar que, en ese tiempo, había resultado reciente la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, donde esta figura —la del consumidor — irrumpía en las normas positivas argentinas de un modo especial, pues constituía toda una verdadera novedad, y el foco estaba centrado en la denominada "relación de consumo", y en el establecimiento de un régimen protectorio de la parte considerada débil o desprotegida en una relación con el proveedor, que venía a revertir la supremacía legal que la figura del comerciante había generado respecto del hombre común —o *buen padre de familia*— a partir de la norma contenida en el art. 7 del Código de Comercio derogado —que sometía a este hombre común a la ley, la jurisdicción, y el sistema mercantil por el sólo hecho de establecer un vínculo jurídico con un comerciante— más que en la suerte que pudiera correr este sujeto en caso de tener que enfrentar una crisis económica o financiera e carácter personal.[12]

Pero hoy no puede ignorarse que existe una enorme cantidad de personas humanas, que carecen de actividad empresaria, tales como los trabajadores en relación de dependencia —tanto en el sector privado como los empleados públicos—, los desempleados, las amas de casa, los jubilados y o pensionados, y hasta profesionales que ejercen su profesión de un modo liberal y sin estructura empresarial que en razón de su deudas —generalmente de consumo— quedan colocados en situaciones de dificultades económicas y financieras de carácter general o en estado de cesación de pagos que los lleva a que les sea

[11] Véase Epifanio, María do Rosário, El nuevo Derecho concursal portugués, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 2, págs. 385–393, 2005.

[12] Vítolo, Daniel Roque, "Las personas físicas que no son comerciantes frente al fenómeno de la insolvencia —la mal denominada Insolvencia del Consumidor", en "Protección Jurídica de la Persona", Homenaje al Dr. Julio César Rivera, Ed. La Ley, 2011 —Graziábile, Coord.—.

pedida la quiebra por alguno de sus acreedores insatisfechos.[13]

Muchas de estas personas quedan sometidas al estado de falencia en procesos judiciales que llevan largos años, para una liquidación forzosa de bienes no significativos —si es que llegaran a existir algunos— sobrecargando de trabajo a los tribunales sin sentido.

Por otra parte, algunos de estos deudores que pueden acceder a cierta asistencia legal privada, convierten sus quiebras declaradas en concursos preventivos, con lo que transitan un complejísimo proceso judicial —más largo aún que el de la quiebra— para no poder ciertamente ofrecer ninguna alternativa de repago razonable, u obtener acuerdos forzados que nunca podrán cumplir, derivando los procesos de concurso preventivo en quiebras indirectas, también sin destino.[14]

Esta es una realidad que ha sido recogida por la doctrina en el mundo[15] y —entre nosotros— magníficamente explicada en una comunicación a la Academia Nacional de Derecho por parte de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien ha señalado que frente a tanta insatisfacción[16] , la mayoría de las voces reclaman la reforma del sistema;

[13] Véase Vítolo, Daniel Roque, Insolvencia del Consumidor, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

[14] Ver Vítolo, Daniel Roque, El sobreendeudamiento y la insolvencia de las personas humanas no comerciantes y los derechos humanos. Una primera aproximación, Doctrina Societaria y Concursal, Agosto de 2015, Ed. Errepar, Buenos Aires.

[15] Por ejemplo INSOL Internacional, organismo internacional dedicado al estudio de la insolvencia, ya en Mayo del año 2001, entendió que esta cuestión debía ser analizada a la luz de las siguientes reglas:

1. Justa y equitativa distribución de los riesgos de los créditos de consumo.
2. Previsión de alguna forma de liberación de deudas, rehabilitación o comienzo de cero para el deudor (fresh start).
3. Prioridad de los procedimientos extrajudiciales por sobre los judiciales para los casos en que las opciones disponibles prevean la misma efectividad.
4. Prevención para reducir la necesidad de intervención.

Conforme estas reglas, emitió recomendaciones a los legisladores, a las entidades públicas, semipúblicas o privadas, a los prestamistas, a las asociaciones de prestamistas y de consumidores.

[16] La insatisfacción no es sólo argentina; la doctrina de otros países también clama por mejores regulaciones. Para la situación en Uruguay ver Guerra Pérez, Walter, Pequeños concursos. Aspectos procesales de su regulación en el proyecto de ley concursal de reorganización empresarial a estudio del parlamento uruguayo, en Crisis de la economía mundial y concursalidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura univer-

sin embargo, las coincidencias no son tan claras cuando se visualizan los objetivos, o sea, qué se pretende con la modificación legal.[17]

Algunos —como indica la académica— persiguen, principalmente, descongestionar el trabajo judicial, aliviar la carga de trabajo que pesa sobre la jurisdicción y la sindicatura; evitar trámites complejos y económicamente dispendiosos; acelerar los procesos; realizar rápidamente los bienes para facilitar el cobro de las acreencias[18] ; en definitiva, terminar rápidamente un concurso que a nadie beneficia[19]

Por eso, las propuestas pasan por abreviar los plazos de publicación de edictos, o publicar menos edictos para abaratar los costos[20] ; simplificar la verificación, eliminar la verificación tardía y el recurso de revisión[21] ; eliminar la sindicatura[22] ; restringir aún más la apelabilidad, o que todas apelaciones procedentes sean resueltas en forma conjunta en no más de tres oportunidades que la ley debe determinar[23] ; prever que la clausura del procedimiento produzca la caducidad de todas las deudas anteriores cuyos titulares no se hubiesen presentado a verificar; que la clausura pueda disponerse aún cuando no se haga distribución alguna[24] ; entre otras.

---

sitaria, pág. 461 (cabe señalar que ese proyecto se sancionó y es ley en Uruguay desde Octubre del año 2008). Para un trabajo comparativo de la situación en argentina y en Uruguay, ver Tureco, Graciela, Ulnik, Juan y Heuer, Federico, Los pequeños concursos en la Argentina y en Uruguay, en Crisis de la economía mundial y concursalidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pág. 471.

[17] También puede verse Alegría, Héctor, Los llamados pequeños concursos. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LL T. 2005-E-1353.

[18] Véase Bergel, Salvador, De los pequeños concursos y quiebras, JA 1996-III-876.

[19] Favier-Dubois, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 400.

[20] Véase Graziábile, Darío, Derecho concursal, Bs. As., ed. Lexis Nexos, 2006, pág. 203.

[21] Véase Escuti (h), Ignacio A., Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso, JA 1991-III-907

[22] Véase Barreiro, Marcelo, Lorente, Javier y Truffat, Daniel, Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según en magnitud, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 104; FFavier Dubois,, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 408; esta posibilidad existe en la ley alemana (Ver Uhlenbruck, Wilhelm, Aspectos básicos del proyecto de ley de insolencia alemana, RDCO 1990-B-637).

[23] Véase Escuti (H), Ignacio A., Las cosas en su lugar..., cit.

[24] Véase Escuti (H), Ignacio A., Las cosas en su lugar..., cit.

3. El fenómeno de la "otra" insolvencia: la de las mujeres y hombres "comunes"

A diferencia de lo que ocurre con los empresarios quienes —por lo general— llegan al estado de cesación de pagos o a sufrir dificultades económicas y financieras de carácter general en razón del propio giro empresario, los deudores que son personas humanas que no desarrollan una actividad empresaria llegan a dicha situación por razones diversas de aquellas.

Conforme lo señalan las estadísticas a nivel mundial —y la Argentina, si bien no tiene un sistema estadístico confiable no escapa al fenómeno social generalizado— el origen de la quiebra del hombre común deviene de un desequilibrio patrimonial que tiene su causa en: a) Gastos ordinarios del diario vivir —ante el aumento generalizado de precios y de necesidades de consumo y el no acompañamiento del nivel de ingresos—; b) desempleo; c) gastos médicos; d) Sobreendeudamiento crediticio; e) Deudas por educación; f) Divorcio; g) otros conflictos familiares —enfermedad de padres o hijos—; h) Accidentes sufridos por sí o por otros miembros de la familia; i) adicciones —juego, alcohol, droga—; y f) crisis empresarias y de empleadores que importan para al asalariado, dependiente o profesional liberal independiente una disminución de salarios o beneficios sociales; entre otros.
En Argentina este fenómeno ha preocupado a la doctrina[25] y ha sido destacado hasta por la Corte Suprema.[26]
Entre nosotros, existieron —durante la última década— diversos proyectos legislativos promovidos por la Senadora por la Provincia de San Luis, Liliana Teresita Negre de Alonso, los que perdieron es-

[25] Ver un relevamiento general de las opiniones doctrinarias en Vítolo, Daniel Roque, La insolvencia del consumidor..., cit.
[26] El voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en la causa Rinaldi:
"La Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del sobreendeudamiento".....que es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles. En muchos países se han dictado leyes especiales destinadas a regular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, que contemplan aquellos supuestos en los que el deudor está afectado por alguna circunstancia inesperada, tal como un cambio desfavorable en su salud, en su trabajo o en su contexto familiar que incide en su capacidad de pago. Por ello, se autorizan medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia, estableciendo una suerte de concurso civil, o bien promoviendo refinanciación a través de terceros" CSN 15/03/07, LL 2007-B-413, ED 222-101, JA 2007-II-536.

tado parlamentario, y que se referían a este tema.
En el primero de ellos se proponía lograr que los consumidores pudieran tener la información adecuada para planificar sus gastos y su endeudamiento, así como que el demandante de un crédito o préstamo reflexionara sobre su situación real conociendo las verdaderas consecuencias de contraer deudas más allá de sus posibilidades.
Dentro de la iniciativa se preveía crear un "Registro Nacional de Créditos y Préstamos Adquiridos", dependiente del Banco Central de la República Argentina, a modo de un registro "positivo" en el sentido de que informara indistintamente que el demandante hubiera entrado en mora —estos son los registros negativos— o no, sino que perseguiría compilar los datos de todos los contratos de crédito en cabeza de una misma persona. Esto se consideraba —en la iniciativa— muy útil para prevenir el endeudamiento excesivo ya que, mediante su consulta, quienes otorgaran los créditos podrían tener una visión muy amplia del estado de deudas del solicitante, en búsqueda de impedir que se otorgaran préstamos que no fueran sustentables con otros anteriores que pudieran tener esas personas o familias. En síntesis, lo que se buscaba —con este primer proyecto— era prevenir el sobreendeudamiento de las personas y de las familias.
El segundo proyecto estaba destinado a la creación de Régimen de Sobreendeudamiento para Pequeños Deudores, pensado para toda persona física que tuviera domicilio en el territorio nacional. A los efectos del proyecto de ley, se entendería por pequeño deudor a aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superaran los tres salarios mínimos vitales y móviles, o sus pasivos superaran el 300 (trescientos) por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales. También podría ser solicitado por un comerciante cuyo pasivo denunciado no alcanzara la suma equivalente a los 20 (veinte) salarios mínimos, vitales y móviles.
Pero, como se señalara, estos proyectos de ley no pudieron ser sancionados como normas positivas.
Por nuestra parte, también generamos una propuesta en una obra particular.[27]
Ahora bien, la ausencia de una regulación específica en la materia, ha llevado a que la jurisprudencia haya avanzado en este campo, de un modo asistemático,[28] lo que afianza el convencimiento de que

[27] Véase Vítolo, Daniel Roque, La insolvencia del Consumidor..., cit.; ídem El sobreendeudamiento y la insolvencia de las personas humanas no comerciantes y los derechos humanos. Una primera aproximación..., cit.
[28] Véanse sentencias tales como las dictadas por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sentencia N° 368/07 del 27/8/2007 en "Mac Guire, Daniel s/pedido de quiebra"; Sentencia N° 156 del 12/6/2008 en "Calvo Sabina

debe legislarse en este ámbito.[29] Y, en tal sentido, recientemente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 22 de mayo, dictó la Resolución MDJDH 1163/2015 mediante la cual se constituyó una comisión redactora para la reforma de la ley 24.522 con el objetivo de incorporar a dicho texto legal normas específicas para brindar soluciones a los fenómenos de sobreendeudamiento y crisis de microempresas y consumidores.[30]
El Proyecto elevado por la Comisión al Poder Ejecutivo no fue remitido nunca al Congreso y parece no revestir ningún interés para las autoridades.

4. Ante la desesperación se buscan soluciones meramente procesales

Lo cierto es que, más allá de la indiferencia que —finalmente— las autoridades nacionales muestran frente a esta problemática, la realidad se impone y quienes sufren el flagelo que provoca la insolvencia de las personas comunes, se ven forzados a buscar soluciones imaginativas y propias —más allá que las mismas puedan resultar cuestionadas desde el punto de vista constitucional—.
Así, por ejemplo, en la Provincia de Mendoza, se incorporó en el nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario[31], se regula un

Noemí s/ quiebra"; Sentencia N° 383 del 7/9/2007 en "Gerlo Rolando Antonio s/ propia quiebra" donde se entiende que cabe rechazar los pedidos de quiebra "voluntarios" de "consumidores", atento a que implica un abuso del proceso y se hace gala de "la picardía criolla" bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 del CP). En esta línea, se afirma que el deudor no está haciendo un uso regular de su derecho de pedir la quiebra, en atención a que existe una asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado con los ingresos, incremento notable de dicho pasivo en los últimos meses antes de la petición de falencia, y, en muchos casos, adquisición de bienes suntuosos y sin relación con el nivel de vida del sujeto con el propósito exclusivo de lograr posteriormente "limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente", seguido por el fallo "Guzmán, Alicia del valle s/ Pedido de propia quiebra", de San Miguel de Tucumán; o los fallos "Torres, Juan Orlando s/ Acuerdo preventivo extrajudicial" y "Morán, Nancy Noemí s/ Concurso pequeño", ambos de la Ciudad de Mendoza que, contrariamente, reencaminaron de oficio una solicitud de concurso preventivo, transformándolo en un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial con trámite propio, incluyendo un régimen voluntario de mediación con intervención de mediadores del cuerpo del Poder Judicial; entre otros muchos casos con soluciones diversas, que han dependido —básicamente— del criterio particular del juez o del tribunal interviniente.

[29] Véase Vítolo, Daniel Roque, La insolvencia del Consumidor..., cit.

[30] Comisión de la cual participamos.

[31] Ley 9.001 del 30 de agosto de 2018 con vigencia a partir del 1º de febrero de

mecanismo y procedimiento específico para *"... La persona humana que no realiza actividad económica organizada que se encuentre en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras de carácter general, originadas con motivo de relaciones de consumo..."* a la que se habilita para solicitar judicialmente por ante los tribunales provinciales la apertura del trámite previsto en los arts. 360 y siguientes del mencionado Código, a fin de que le resulte aplicable el régimen sustancial previsto en la Ley 24.522, bajo el procedimiento especial previsto en el propio Código[32], que alude al carácter de *"... consumidor..."* del sujeto afectado.
Y no será de extrañar que otras provincias se sumen a esta iniciativa legislativa.

5. Los Derechos Humanos y la insolvencia

Como bien lo recuerda Pinto,[33] la noción de Derechos Humanos es algo nuevo e internacional; el mejor invento del Siglo XX, que responde a la decisión política de que el trato que el Estado dé a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción, es una cuestión que interesa a la comunidad internacional de Estados,[34] que no se trata, pues, de una internacionalización de nociones e institutos vigentes en los derechos constitucionales nacionales —que supone una traslación normativa sin más—, sino de una opción cualitativamente distinta que surge de un consenso mundial y que se apoya en las nociones de dignidad y libertad comunes a todas las culturas y civilizaciones.[35]
Si bien el corazón del sistema de protección de los derechos humanos lo constituye la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969 —sin minimizar los antecedentes de la Carta de la Organización de Estados Americanos,

2018.

[32] Toda una extravagancia.

[33] Véase Pinto, Mónica, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, Lecciones impartidas en el XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (IIDH, 18 al 29 de julio de 2004, San José de Costa Rica).

[34] Ver Nino, Carlos Santiago, Etica y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Ed Astrea, Buenos Aires, 1989.

[35] Véase Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997; BOBBIO, Norberto, Presente y futuro de los derechos humanos, en Problemas de la guerra y las vías de la paz, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982; ídem Vítolo, Daniel Roque, El sobreendeudamiento y la insolvencia de las personas humanas no comerciantes y los derechos humanos. Una primera aproximación...

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas ellas del año 194, como tampoco el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966— existen otros instrumentos específicos y complementarios en esta materia.

La noción de derechos humanos viene con un contenido dado que comprende, sin distinción, derechos susceptibles de ser caracterizados como (i) civiles, (ii) políticos, (iii) económicos, (iv) sociales y (v) culturales y, si bien originariamente estos derechos se vieron reflejados en pactos diferentes, el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador de 1988, redactado veintidós años después de los pactos Internacionales de 1966, volvió a unificar la técnica legislativa.

Bajo el régimen y el sistema de Derechos Humanos los Estados tienen obligaciones concretas de respetarlos, y garantizarlos; así como adoptar las medidas necesarias a tales fines, según la propia naturaleza de los derechos. Y en lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales deben adoptar medidas tanto de orden interno como de asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, por todos los medios, apropiados, inclusive en particular la adopción de legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos entre los cuales se destacan también los derechos a la igualdad y no discriminación no sólo desde las ópticas de su credo, origen étnico o religión, sino también de su situación social y económica.[36]

A partir del año 1994 en que se produjo la reforma de la Constitución nacional, por imperio de los arts. 31 y 75, inc. 22, se ha establecido una jerarquía normativa —o pirámide jurídica— que coloca a los Tratados Internacionales —y en especial a los Tratados sobre Derechos Humanos— con jerarquía superior a las leyes y, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y deben ser considerados complementarios de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna. De donde deben ser respetados en su plena vigencia jurídica y política.[37]

Y las regulaciones legales nacionales —en especial en Argentina—

[36] Véase Nikken, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

[37] Véase Vítolo, Daniel Roque, El sobreendeudamiento y la insolvencia de las personas humanas no comerciantes y los derechos humanos. Una primera aproximación… cit.

referidas a la insolvencia no necesariamente respetan ese mecanismo de igualdad a que aluden tanto las disposiciones constitucionales, como los Tratados sobre Derechos Humanos, pues el hecho de establecer una suerte de procedimiento común a todos los sujetos, si dicho procedimiento no posee la eficacia de otorgarles a algunos de ellos una posibilidad cierta y efectiva de permitirles arribar al objetivo planteado por la normativa legal, la igualdad no se respeta.
Y este es el caso de aquellos sujetos que, perteneciendo a la comunidad, por las particulares características de su inserción en ella, carecen de posibilidades ciertas:

i) o bien de recomponer sus flujos de ingresos con el objeto de poder acceder a una reestructuración de su deuda en un acuerdo privado o judicial a ser celebrado con una comunidad significativa de sus acreedores, por carecer de una organización empresaria o por no realizar una actividad económica organizada, dependiendo su subsistencia de ingresos fijos ya sean generados en el ámbito público o privado;

ii) o por no poseer bienes susceptibles de ser liquidados —o cuando dichos bienes no tienen significatividad alguna en relación con el pasivo a satisfacerse—; o —finalmente—

iii) porque afectar una parte significativa de sus ingresos a la satisfacción de deudas contraídas en un proceso de reestructuración o liquidación, compromete su propia subsistencia y la de su grupo familiar, o el mantenimiento de condiciones de vida dignas.
Y no caben dudas que cualquier segmento de la población que se encuentre en situación menos favorable resulta más afectado que otro por las políticas económicas, sociales y culturales, en la medida en que no tiene mecanismos de protección y de superación de la crisis —ni de defensa frente a estas situaciones—; lo que requiere que se les trate, legislativamente, desde una óptica diferente de la que se utiliza para el sector empresario —incluso en relación con la pequeña o mediana empresa— frente a las situaciones de crisis.
La pérdida de la posibilidad de subsistir dignamente, por carecer —en virtud del sobreendeudamiento registrado o del estado de cesación de pagos irreversible al que se ha arribado— de acceso a los elementales servicios de alimentación, salud, educación y vivienda —entre otros— sin poder recurrir a procedimientos eficaces de recomposición económica y financiera, y sin perspectiva alguna de poder reinsertarse en el medio social en el que se desarrolla su vida,

y la de su familia, coloca al hombre común en un callejón sin salida, y afecta su dignidad bloqueándole la puerta de ingreso al concepto de su "desarrollo progresivo integral", generando su exclusión del sistema comunitario.

La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en varias situaciones de vulnerabilidad, que es una obligación ineludible de los Estados salir a brindar protección a las personas por la vía de medidas legislativas o acciones gubernamentales concretas, para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales afectados, entre los cuales se han mencionado —como integrantes de la Convención— el derecho a las garantías judiciales —art. 8—; el derecho a igualdad ante la ley —art. 24—; y el derecho a la protección judicial —art. 25—.[38]

Así, en diversos pronunciamientos, como en caso "Awas Tingi" —de Nicaragüa— en el cual, sobre la base del art. 25 de la Convención, la Corte entendió que no era suficiente el reconocimiento de un derecho determinado o sustantivo por vía legislativa a determinados sujetos si no se proveía, a los titulares, de procedimientos adecuados para hacer efectivo ese derecho; así como la falta de provisión de tales procedimientos constituye una violación a los derechos económicos, sociales y culturales previstos en la Convención. Lo mismo ha ocurrido con el caso "Ximenes López" —de Brasil— donde también existe una referencia concreta a las situaciones de vulnerabilidad y de discriminación, donde se impone al Estado el deber de adoptar medidas de acción positiva en función de las personas y de las situaciones en que se encuentren. Y —de igual modo— se establecen deberes estatales en los casos "Instituto de Reeducación del Menor"; "Yakye Axa"; "Sawhoyamaxa"; y "Villagrán Morales" —más conocido como el caso de "chicos de la calle—, entre otros, en vinculación con los derechos económicos, sociales y culturales a la luz del Protocolo de San Salvador y las Observaciones Generales del Comité.

5. A modo de conclusión y ponencia

Como puede observarse, no son pocas las aristas que presenta abordar la problemática de los deudores comunes, los consumido-

[38] Véase Abramovich, V. y Curtis, C, Los derechos sociales como derechos exigibles, Ed. Trotta, Madrid, 2004; ídem, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales (Material utilizado en el Curso Básico Autoformativo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

res, y los sujetos que no tienen una actividad económica organizada bajo la forma de empresa, ni resultan titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Tampoco existe en el mundo un modo unívoco de acercarse a este problema; ni una visión común respecto de cuáles son los desafíos ni las soluciones.

Pero lo cierto es que hoy, frente a escenarios de crisis globales, donde el impacto de éstas golpean fuertemente a estos sujetos —que presentan un rasgo muy fuerte de vulnerabilidad— a quienes, más allá de que el Derecho *los denomine "... personas humanas que no realizan una actividad económica organizada en forma de empresa ni resultan titulares de un establecimiento comercial, industrial agropecuario o de servicios"*, podemos calificar —de un modo simple— como "hombres y mujeres comunes", resulta necesario que los sistemas legislativos presenten soluciones específicas para el tratamiento del sobreendeudamiento, las dificultades económicas y financieras de carácter general, y hasta respecto de la insolvencia de estas personas humanas; quienes no tienen posibilidad cierta de poder reorganizar sus pasivos a la luz de una reconversión de ingresos, ni de un cambio de situación económica, por no poseer una verdadera organización que esté destinada a la actividad en el mercado.

Los asalariados —tanto empleados públicos como privados—, los jubilados, los desempleados, y aún ciertos profesionales liberales, requieren que se contemple su eventual situación de crisis en normas específicas; y hasta el profesional liberal independiente que no está organizado como empresa.

Y ello, porque, como bien se ha dicho, los procedimientos concursales aplicables a las empresas tienen un fin *económico y social*, cual es mantener la actividad y la fuente de trabajo; mientras que los procedimientos relativos al sobreendeudamiento de los particulares tiene un *objetivo humanitario*.[39] De allí la diferencia.
Por ello es que nuestra ponencia puede resumirse —entonces— bajo a siguiente fórmula:
i) Resulta absolutamente necesario regular de un modo específico un régimen legal que contemple mecanismos de prevención y resolución de la insolvencia del hombre común.
ii) Estas normas deben sancionarse bajo una ley federal —evitando

[39] Véase Pétel, Philippe, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, en Liber amicorum Jean Calais Aulay, Études de droit de la consommation, Paris, Ed. Dalloz, 2004, pág. 837.

en lo posible que la desesperación de situaciones locales lleven a la búsqueda de soluciones meramente procesales, que puedan generar cuestionamientos de orden constitucional—.

iii) La República Argentina tiene la obligación de sancionar un régimen legal específico para regular procedimientos específicos tendientes a brindar soluciones a la situación de sobrendeudamiento, cesación de pagos, dificultades económicas y financieras de carácter general e insolvencia de personas humanas que no realicen una actividad económica organizada bajo la forma de empresa ni sean titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

iv) Y ello está impuesto no sólo por las normas y exigencias constitucionales —reforma constitucional de 1994— , sino también por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales cabe atenerse, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debe respetarse bajo el principio de convencionalidad.

La insolvencia de los emprendedores o emprendimientos con referencia de los regulados por la ley 27.349

Gabriela Weidmann

Sumario

Desde hace más de una década se viene debatiendo en torno a la insuficiencia del régimen concursal argentino para atender, en forma eficaz, el universo de situaciones de insolvencia. Especialmente la mirada estuvo puesta en la situación de los consu- midores o personas físicas sobreendeudadas con activo mínimo o inexistente.

Sin embargo, la inadecuación del régimen falencial argentino excede a mi criterio el supuesto mencionado. Analizar cada una de las situaciones que demandarían una adecuación del mismo excede el objetivo de esta ponencia. Mi pretensión es mucho mas humilde y se reduce a analizar el caso de la insolvencia de los "emprendedores" muchos de ellos actualmente regulados por la Ley 27,349.

1.Introducción

El interés por desarrollar el espíritu emprendedor y favorecer el nacimiento de micro, pequeñas y medianas empresas está presente en las políticas de casi todos los países del mundo y también ha pasado a ser de interés de los Organismos Multilaterales (CNUDMI, CE, CEPAL, BID entre otros).

Se reconoce a las PYMES como una herramienta útil en la concreción de los objetivos de sustentabilidad. Siendo el primero de aquellos la lucha contra la pobreza es evidente que resulta trascendente generar empleo como también oportunidades de desarrollo económico, para ello nada mejor que apoyar a las PYMES y a los emprendedores[1].

[1] Según los datos del Consejo Internacional para la pequeña empresa, este tipo

Por las razones apuntadas, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró el 27 de junio como el "Día de las Microempresas y las Pequeñas y Medianas Empresas" con la intención de generar conciencia acerca de su contribución al desarrollo sostenible. La idea surgió tras el 61º Congreso Internacional de PYMES, celebrado en el año 2016 en las Naciones Unidas, por iniciativa de Argentina y el Consejo Internacional de Pequeñas Empresas (ICSB) [2].

Para la ONU este tipo de empresas cumplen un rol relevante para el desarrollo de la innovación, la creatividad y el trabajo decente para todos. Son responsables de la generación de empleo e ingresos importantes en todo el mundo y un factor clave en la reducción de la pobreza y el fomento del desarrollo. Además, son las encargadas de emplear a una gran proporción de trabajadores pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, como mujeres, jóvenes y personas de hogares desfavorecidos. Dadas las posibilidades que generan, económicas y de otros tipos, se presentan como una potencial respuesta a las necesidades sociales de muchas personas como así también para la inclusión[3].

En Argentina parece haberse alcanzado idéntica convicción. El Estado ha reconocido expresamente la importancia que revisten este tipo de organizaciones empresarias, máxime en países emergentes como el nuestro en los que la economía, en gran medida, es traccionada por emprendedores que deciden innovar, crear o aportar valor agregado a los productos existentes en el mercado.

En tal inteligencia surgió, hace algún tiempo, la necesidad de fomentar el desarrollo de emprendimientos creando una red de normas y mecanismos que sirvan de alicientes a las iniciativas empresariales en general y en particular a los nuevos emprendimientos. Bajo estas premisas fue sancionada la Ley Nº 27.349 "Apoyo al capital emprendedor"[4]

---

de negocios "representan el 90% del total de empresas, generan entre el 60% y el 70% del empleo y son responsables del 50% del producto interior bruto (PIB) mundial".

[2] "La ONU celebra, por primera vez, el día de las pymes" https://news.un.org/es/story/2017/05/1378741

[3] https://www.efeempresas.com/noticia/onu-pymes-ods/ : "La ONU cree que las pymes "son clave" en la consecución de los ODS"

[4] Según explicó Roberto Basualto (Interbloque Federal, San Juan) miembro informante de la iniciativa, una vez que el nuevo régimen se encuentre en marcha "se van a generar 47.000 puestos de trabajo".

Y es que, como lo señala Vítolo "las ideas no bastan para progresar, resultando necesario contar -además- con un entorno institucional que brinde los incentivos necesarios para que las personas utilicen las ideas de un modo eficiente"[5].
Brindar un marco regulatorio más favorable a este tipo de organizaciones empresariales era una necesidad cuya atención, en nuestro país, venia siendo postergada.

2. La insolvencia de los "emprendedores" importancia del tema

Si bien el universo de las "micro, pequeñas y medianas empresas" nos propone una multiplicidad de matices que torna complejo identificar sus notas comunes, con la advertencia del caso, podría decirse que en general, crear, planificar, innovar, crecer y fracasar son verbos que acompañan el desafío que implica emprender o liderar una pyme.

Mas allá de la importancia que revisten cada una de estas acciones, me propongo indagar sólo lo relativo al fracaso.

Trátese de un tema que ha despertado preocupación en distintas partes del mundo. Prueba de lo dicho es que la Comisión de las Comunidades Europeas (CE) en junio de 2008 dictó la Comunicación (COM 380) relacionada con la competitividad de las Pymes. El instrumento se conoce como "Small Business Act". Bruselas 25.6.2008. Dentro de los diez principios que deben guiar la formulación y ejecución de políticas tanto a escala UE como estados miembros y que apuntan a la necesidad de crear condiciones de competencia equitativas para las PYME, se desarrolla y analiza el tema referido al reemprendedor. La recomendación número II dice: "Los Estados miembros deben garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad. Las quiebras suponen un 15 % del total de cierres de empresas. Cada año afectan en Europa a una media de 700.000 PYME y a 2,8 millones de trabajadores. El estigma del fracaso aún está presente en la UE, y la sociedad subestima el potencial empresarial del relanzamiento de empresas. Actualmente, un 47 % de europeos serían reticentes a hacer pedidos a una empresa que haya quebrado anteriormente. Al mismo tiempo, los largos procedimientos de quiebra dificultan

[5] VITOLO, Daniel Roque "El Nuevo Régimen del capital emprendedor y los emprendedores. Un verdadero desafío para su interpretación y reglamentación" La Ley 20/04/2017 B, 962 con cita de Bomer, Paul, "The Concise Encyclopedia of Economics", Liberty fund, 2007, segunda edición.

la posibilidad de relanzar la empresa... Para traducir este principio en la práctica, la Comisión: continuará promoviendo una «política de segunda oportunidad», facilitando intercambios de buenas prácticas entre los Estados miembros; se invita a los Estados miembros a: promover una actitud positiva en la sociedad hacia los empresarios que quieren volver a empezar, por ejemplo mediante campañas públicas de información; intentar limitar a un año la duración del conjunto de procedimientos jurídicos de liquidación de una empresa, en caso de quiebras no fraudulentas; garantizar que los empresarios que vuelven a empezar disfruten del mismo tratamiento que las nuevas empresas, incluso en lo relativo a los sistemas de apoyo"[6]

Y es que, como lo señala Raspall, "la importancia que los países le asignan a la figura del emprendedor... se trasluce en el estímulo que se le procura aportar a quien ha fracasado en una empresa, para que se anime a generar una nueva"[7].

3. La situación en nuestro país

La Ley Nº 27.349 vino a tratar de erradicar muchas de las dificultades que debían enfrentar los "emprendedores" en Argentina[8].

El nuevo ordenamiento funcionará como una norma marco[9] diseñada en torno a tres herramientas básicas: "a) Medidas de apoyo financiero, subsidios e incentivos fiscales para proyectos de "capital emprendedor" -Título I, arts. 1 a 21-; b) Mecanismos de financiamiento colectivo, como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor -Título II, arts 22 a 32, que trata del crowdfunding-; y 3) La creación de un nuevo tipo societario, la Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S), de simple y rápida constitución y funcionamiento, concebida como un tipo social ajeno a la Ley General de Sociedades 19.550, sin perjuicio de que se le aplique

[6] Introducción al Régimen de los Emprendedores" Por Miguel Angel Raspall ISSN 2346-0404 (Cita nº 21) en https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/download/17416/17196.

[7] RASPALL, Miguel Angel ob cit.

[8] Entre tantas se destacan: dificultades para acceder al crédito, ausencia de inversiones, inexistencia de capacitación adecuada, ausencia de demanda, escasa cultura empresarial innovadora y barreras legales y administrativas

[9] Que no deroga el conjunto de leyes, normas, reglamentaciones y resoluciones de los gobiernos nacional, provincial y municipal y de diversos entes dependientes de la administración pública, dictadas con el fin de incentivar, fomentar y atender tanto a los emprendedores como así también a las mipymes.

al mecanismo, en forma supletoria, este régimen legal, en cuanto se concilien con la ley 27.349 y la naturaleza propia de la S.A.S"..[10]
Sin embargo, más allá de reconocer las bondades del nuevo sistema, ninguna de sus normas está orientada a abordar el problema de la insolvencia de los emprendedores.

Por tal motivo, tanto para los emprendedores comprendidos en la Ley Nª 27.349 como aquellos que, voluntaria o forzosamente, han quedado fuera de dicho sistema, la única alternativa para superar la cesación de pagos será someterse a los mecanismos previstos en la Ley de Concursos y Quiebras Nº 24.522.

Frente a ello se impone interrogarnos sobre la eficacia del régimen concursal argentino para atender el fenómeno analizado.
En tal sentido, por el costo[11], y su duración en el tiempo[12] entiendo que aquel no se encuentra "a la altura de las circunstancias". Las deficiencias apuntadas probablemente se deban a la inexistencia de distingos idóneos para atender las disímiles problemáticas que los sujetos concursables presentan.

Las disposiciones concernientes a "pequeños concursos y quiebras"[13] son menores y lejos están de constituir un verdadero sistema diferenciado. Como con acierto señala el Dr. Daniel Alonso[14], la estructura procedimental y los órganos involucrados son -esencialmente- los mismos. Las etapas y tiempos del proceso son equivalentes, el rol de los sujetos intervinientes es similar y el modo de conclusión es análogo. En definitiva, el ordenamiento concursal obliga a todos a transitar por los mismos carriles lo cual, en muchos

[10] VÍTOLO, Daniel Roque "El Nuevo Régimen del capital emprendedor y los emprendedores. Un verdadero desafío para su interpretación y reglamentación" La Ley 20/04/2017,1. LA LEY 2017-B,962.
[11] Los costos legales de un proceso de insolvencia en Latinoamérica son mucho más altos que en casi todas partes del mundo.
[12] Un estudio del Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional, titulado "Haciendo Negocios 2015", revela que que el promedio que dura una bancarrota en algunos de los países más innovadores del mundo —como Estados Unidos, Japón, Alemania, Corea del Sur y Singapur— es de entre seis meses y un año y medio, en casi todos los países latinoamericanos el mismo proceso lleva entre tres años y 5.3 años.
[13] Título IV, Capítulo IV, artículos 288 y 289 de la Ley Nº 24.522.
[14] ALONSO, Daniel F. "El sobreendeudamiento de la persona física no comerciante frente a los procesos concursales. In: V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, oct.2009.

supuestos, supone un desequilibrio en la ecuación medios-fin.
Por otra parte, siendo la solución preventiva viable -salvo supuestos de excepción- sólo cuando se verifique el presupuesto objetivo, las posibilidades de poder implementar medidas correctoras resultan drásticamente disminuidas.

A lo dicho se suma que, tratándose de emprendedores comprendidos en la Ley Nº 27.349 que deciden acceder al trámite concursal, se han generado una serie de interrogantes[15] que si no son atendidos en una futura reglamentación podrían agravar la situación.

Si bien las cuestiones planteadas no son de incumbencia exclusiva del mundo de los emprendedores lo cierto es que facilitar e incentivar[16] el remedio preventivo, evitando así la liquidación[17], se presenta como una herramienta útil tendiente a disipar el miedo al fracaso y como un buen incentivo para que decidan "volver a intentar".
En definitiva, si bien el concurso preventivo es una alternativa superadora en relación al proceso liquidativo no atiende eficazmente la problemática de los emprendedores.

4. Colofón

Como se señaló anteriormente si el fracaso está ínsito en la idea de emprendimiento[18] resulta menester alentar un nuevo comienzo y para ello se debe establecer un marco regulatorio que funcione como incentivo.

---

[15] VÍTOLO, Daniel Roque, "Las SAS y las prestaciones accesorias, más preguntas que respuestas? p. 99/106 y MARTÍN, Lidia Roxana "Primera aproximación a la insolvencia de las SAS ¿es sujeto concursable? p. 183/186 en Revista de las Sociedades y Concursos. Edición Especial "Primera Jornada sobre Constitución y funcionamiento de las sociedad por acciones simplificada (SAS)".
[16] Deben implementarse medidas que fomenten la búsqueda de una solución consensuada de manera "temprana" y no cuando ya la cesación de pagos haya hecho estragos.
[17] Muchos potenciales emprendedores e innovadores dejan de crear nuevas empresas porque las consecuencias de índole social y económico que acarrean una quiebra constituyen un costo demasiado alto.
[18] En la segunda edición del encuentro "Pymes, el motor del desarrollo", que organizó LA NACIÓN en el Museo de Arte Latinoamericano de Buenos Aires (Malba) Matías Pons Lezica, gerente de Negocios y Pymes del Banco Galicia, Guibert Englebienne, cofundador de Globant y presidente de Endeavor Argentina y Ariel Arrieta, cocreador de la aceleradora NXTP Labs coincidieron en recalcar que los emprendedores no deben tener miedo al fracaso.

Es decir, la buena senda nos está indicando que es necesario también acompañar a los emprendedores cuando fracasan en sus proyectos. Sin embargo, en nuestro país el problema de la insolvencia de los emprendedores (micro, pequeñas y medianas empresas) no ha ocupado un lugar de preponderancia en los debates ni doctrinarios ni legislativos.

Entiendo necesario y así lo propongo pensar un nuevo sistema propicio para la prueba y el error en tanto proceso fundamental para la innovación. No podemos olvidarnos que casi todas las grandes invenciones son el producto de una cadena de fracasos previos.
En tal tarea el derecho concursal está llamado a cumplir un rol preponderante[19].

Sin embargo, voy a coincidir con Truffat en que hoy "no cumple ni adecuada ni acabadamente las finalidades para las que está concebido. Ni es demasiado eficaz para sanear empresas en cesación de pagos ni liquida y distribuye rápida y eficazmente fondos en caso de quiebra. El sistema tiene brillo formal, elevadísimo debate y análisis; pero pocos, poquísimos, éxitos concretos".[20]

Por ende el desafío es grande, en el diseño del nuevo sistema debe procurarse salvaguardar el interés en hacer que el fracaso deje de ser una limitante para los emprendedores[21] (ideando para ello proceso judicial más sencillo y menos costoso accesible en una instancia anterior a la cesación de pagos), sin con ello desalentar la llegada de los inversores y además procurando no generar una herramienta que termine siendo útil para quienes, sin ser genuinos emprendedores, sólo persigan eludir las consecuencias de su comportamiento irresponsable[22].
Mientras tanto se produzca la reforma legislativa esperada se propicia, como alternativa para favorecer la solución consensuada,

---

[19] Junto con los aportes que se hagan desde otras disciplinas.
[20] TRUFFAT, E. Daniel "El Derecho Concursal en el siglo XXI. LA LEY 18/12/2014,1- LA LEY 2015-A, 525-DCCYE 2015 (febrero), 24/02/2015,3. Cita On line: AR/DOC/4461/2014.
[21] Portadores de ideas innovadoras o potencialmente rentables.
[22] Entiendo, al respecto, que la probabilidad que una herramienta jurídica pueda ser "mal empleada" no puede convertirse en óbice para dejar de regular ciertas situaciones o personas que merecen protección jurídica. Deberán ser, en su caso, los operadores del derecho los encargados de poner en funcionamiento los mecanismos pertinentes tendientes a evitar que esto suceda o a sancionar específicamente a quienes así se conduzcan.

que sean los jueces concursales[23] quienes ayuden a moldear el proceso para que satisfaga la finalidad perseguida, dentro de las posibilidades que el ordenamiento confiere[24].

[23] El rol activo de la judicatura, acentuado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y los poderes-deberes inquisitivos del enjuiciador concursal lo habilitan a ello.

[24] Verbigracia, cuando las características del proceso lo permitan, luego de presentado el informe general del artículo 39 de la Ley 24.522 podrían convocar a una audiencia con el deudor, los acreedores verificados y declarados admisibles y el síndico a fin de disipar dudas que surjan respecto de aquel informe para que, efectivamente, constituya una herramienta útil en la toma de la decisión por parte de los acreedores. Muchas veces la falta de obtención de las conformidades se debe a que los acreedores poseen una idea equivocada respecto de sus posibilidades reales de cobro una futura quiebra.

5. Cuestiones procesales concursales. Cautelares y medidas urgentes en los concursos

Petición de medidas cautelares. Contracautela del síndico. Improcedencia

Norma Beatriz Alvarez y José Rodolfo Cardoso

Sumario

Cuando el síndico inicia acciones de recomposición patrimonial ejerce la legitimación activa de la que son privados los acreedores (art. 252 segunda parte, LCQ), su intervención es por cuenta propia pero en interés ajeno. Esta participación se realiza en interés de los acreedores que se verán beneficiados si el resultado del pleito es positivo. Dentro de esta intervención el síndico concursal puede requerir al tribunal civil medidas cautelares, tanto las concursales como las procesales del código de rito local. El juez civil deberá aplicar las disposiciones adjetivas sin descuidar que el síndico como parte (art. 275, inciso 8 LCQ) en las acciones de recomposición no deja de ser un funcionario que en su condición de gestor del patrimonio autónomo, es el único legitimado para entablar estas acciones. En consecuencia, si bien el síndico no esta comprendido dentro de los exceptuados en el art. 460 CPC debe considerarse, por el rol que tiene su intervención, como exceptuado de exigirle contracautela alguna. Partiendo de la base que de conformidad al art. 2 y 3 CCCN las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, siempre que exista necesidad de desentrañar el sentido de las mismas, debe recurrirse al significado normativo de las palabras y a la finalidad de la norma en el contexto de aplicación, considerando además los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

I. Introducción

En problema se suscita cuando en la práctica el síndico entabla en sede civil una acción de recomposición del patrimonio, vgr.:

una demanda de simulación fraudulenta en contra del fallido, y cuando solicita cautelares, vgr.: inhibición, el juez civil interviniente le pide al síndico ofrezca fiadores de la matrícula y se proveerá, de conformidad al art. 459 CPC. ([1]); es decir toma la intervención del síndico como si se tratase de una intervención de una parte con interés propio.

Más concretamente el problema se origina porque el art. 460 CPC ([2]) no menciona al síndico entre los que están exceptuados de prestar fianza. Ante ello cabe el siguiente interrogante: ***¿Cuándo el síndico solicita medidas cautelares, en sede civil, bajo que rol interviene? ¿puede o debe el juez civil exigirle al síndico que ofrezca contracautela? ¿rigen los principios estatuidos en la LCQ? ¿Cuándo el dispositivo concede la cautelar bajo la responsabilidad del concurso, la falencia debe contar con activo suficiente para responder por los perjuicios eventuales?***

II. Desarrollo

Cuando una parte planteada la pretensión y hasta que no se dicte la sentencia de merito, durante la sustanciación de la causa existe la posibilidad del riesgo de perdida del derecho, para evitar que eso suceda se instauran las acciones accesorias preventivas y cautelares.

Las medidas cautelares están destinadas a dar tiempo a la justicia de cumplir sus objetivos, es decir, dictar un pronunciamiento definitivo y eficaz, por eso se dice que las medidas cautelares son instrumentales.

Las medidas cautelares son instrumentadas para garantizar el cumplimiento de la sentencia que resuelve la pretensión articulada en demanda, en virtud de ello son medidas procesales que deben tomarse antes de sentencia definitiva por ello es articulada para evitar

[1] Contracautera. Responsabilidad. Art. 459 CPC: El solicitante deberá prestar fianza u otra caución, según el caso, por las costas y daños y perjuicios, si resultare que el derecho que se pretende asegurar no existe. El fiador deberá ser una persona de reconocida solvencia y la fianza se otorgará en acta levantada ante el tribunal. La determinación del monto de los daños y perjuicios se sustanciará por vía incidental.

[2] Exención. Art. 460 CPC: No se exigirá caución a la Nación, la Provincia, las Municipalidades, los entes oficiales autárquicos y a quien litigue asistido por asesor letrado con beneficio de litigar sin gastos.

la perdida de un derecho que tornaría irrito el derecho reconocido por sentencia.

Las cautelares giran en torno a los efectos procesales, son medidas accesorias y dependen de la existencia de un juicio principal y en pocas ocasiones pueden generar efecto personales a la parte demandada, siempre lo determinante es la pretensión articulada.

La ley concursal no estipula un régimen de medidas cautelares pero indirectamente se relaciona con ellas.

La sentencia de quiebra altera todas las relaciones jurídicas patrimoniales del concursado con el objeto de cancelar el pasivo, para ese fin es necesario tomar una serie de medidas que permitan afectar el patrimonio que aseguren la efectividad del derecho de crédito de los acreedores.

La finalidad de la implementación de las medidas cautelares es la defensa de la integridad del patrimonio, por ello es relevante su aplicación cuando se entablan las acciones reconstitutivas del patrimonio.

Para lograr ese objetivo el régimen normativo instrumenta una figura que sólo existe en el concurso, el desapoderamiento o seudo – desapoderamiento (en el concurso preventivo), que autoriza la separación inmediata del patrimonio de la esfera jurídica del fallido. Este desprendimiento lo genera la sentencia de quiebra con el cual hace efectivo la tutela del acreedor conformando uno de los principios sobre los que se sustenta el derecho concursal, que reza: ***"El patrimonio del deudor es garantía de los créditos"***, principio receptado del derecho italiano (art. 2740 Códice Civile ([3])) principio que, en el derecho nacional, surge de un conjuntos de normas establecidas en el Código Civil (arts. 505 inc. 3, 546, 951, 961, 1196, 3922, 3797 primera parte y 3474, Código Velezano ([4]), y en los arts. 242 y 743 CCCN).

Para garantizar el derecho de crédito se instrumentan una seria de medidas, algunas de ellas productos de la sentencia de concurso pre-

[3] Códice Civile, Edizioi Simone, Napoli, 1994, Art. 2740: Responsabilità Patrimoniale: Il debitore responde dell`ademplimento delle obligacione con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammese se non nei casi stabiliti dalla legge.

[4] Rivera Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, pág. 21.

ventivo o quiebra y otras, son consecuencias del desapoderamiento. Tales efectos -como se señalo- inciden sobre las relaciones jurídicas del concursado, pero con diferentes grados de afectación lo cual permiten considerarlas como medidas cautelares y otras no, porque alteran el ejercicio de la titularidad del derecho, bien u acción, situación ajena a las medidas de tutelas.

Cuando el síndico inicia acciones de integración del patrimonio del deudor fallido lo realiza en resguardo de la garantía colectiva constituida por el patrimonio del deudor que supone la realización de actos u omisiones que se estima disminuyen dicha garantía, por lo que puede accionar judicialmente para restablecer la primitiva composición del patrimonio alterado por los hechos del fallido o para incorporar bienes que la incuria de éste ha dejado de aprovechar. ([5]) Si estas medidas o acciones y deslinde del patrimonio del deudor la entablan los acreedores, ellos –los acreedores- son los que pueden solicitar medidas cautelares, que es materia propia del derecho procesal. En este supuesto, el juez al proveer cualquier de estas medidas, vgr: embargo preventivo, inhibición general, anotación de litis, prohibición de innovar, intervención de la persona jurídica, etc. puede requerir al solicitante de la medida que ofrezca fianza u otra caución, por las costas y daños y perjuicios, si resultare que el derecho que se pretende asegurar no existe. Pero si las acciones o medidas las inicia el síndico, el requerimiento de la contracautela al mismo, como si se tratase de una pretensión entablada por un acreedor del fallido es al menos cuestionable porque si bien es el solicitante de la cautelar su intervención como parte de proceso en particular lo es en su condición de funcionario del concurso.

Ante la ausencia normativa parte de la doctrina sostiene que cuando sea necesario incoar medidas cautelares, rigen los principios estatuidos en la LCQ, los que resultan de orden público, tornándose aplicable la previsión del art. 176 de la ley 24.522 por tratarse de una norma comprendida dentro de los principios generales del proceso concursal que permite darle sentido al ordenamiento jurídico y por ende aplicable a los arts. 119 y 120 (revocatoria ordinaria), bajo la responsabilidad del concurso. Si permitiéramos su aplicación sólo dentro del proceso concursal y aplicando una interpretación literal de la norma (art. 176 LCQ), conspira la concreción de las medidas de resguardo cuando el síndico, en pos de la recomposición patrimo-

[5] Rivera Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, pág. 23.

nial, las solicite en sede civil, máxime cuando las cautelares tenga como características específicas de ser bajo la responsabilidad del concurso.

II.- 1.- El Síndico como parte. El síndico actúa como funcionario del concurso que ejerce un mandato legal necesario que no surge de la voluntad de las partes sino de la ley, de modo que no actúa propiamente como parte ya que no le incumbe ser parcial, sino que debe ser imparcial velando por el interés general. ([6])

II.- 2.- Posición procesal del síndico: Cuando el síndico como funcionario actúa en interés de la ley (art. 251 y 252 LCQ) esta disposición es jerárquicamente superior al C.P.C. (art. 31 CN). El síndico representa al falimento e indirectamente al fallido y los acreedores -que son excluidos- para mantener, principalmente, el orden normal del proceso y tratar que el proceso se desenvuelva con celeridad, sin complicación, obstáculos o retardos. ([7])

El síndico de la quiebra esta legitimado en nombre propio activa y pasivamente respecto de las acciones competentes al fallido, salvo aquellas estrictamente personales y extrañas al falimento: pero él no es un representante del fallido, en cuanto es titular de las acciones que competen al fallido y que ejercita en nombre propio, ni es un representante de los acreedores, porque, no obra en el nombre de los acreedores. En sustancia el síndico es titular en nombre propio de acciones que tienen por objeto relaciones jurídicas de las cuales el titular es el fallido. Es un caso atípico en los cuales la voluntad de un sujeto (síndico) es autorizada por la ley para constituirse en órgano deliberativo de la voluntad de otro sujeto (fallido). Además, en el ejercicio de las acciones del fallido están interesados los acreedores, en cuanto el patrimonio del deudor es garantía general de los créditos, por ello el síndico es también órgano deliberativo de la voluntad de los acreedores insinuados. ([8])

II.- 3.- El interés del síndico en el proceso de quiebra. El síndico es el sujeto de la voluntad de los intereses legítimos de los acreedo-

[6] Rivera Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, pág. 155.
[7] Bonelli Gustavo, Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio), Vol. I, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1923, nª 290, pág.580.
[8] Rocco, Ugo, La legittimazione ad agire, Studio, Tipografia Ferraiolo, Roma, 1.929, pág. 127/128, citado por Alvarez Norma Beatriz, Legitimación del fallido, Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 393.

res y sujeto de la voluntad del fallido, en cuanto ejerce los derechos de los que este es titular pero representa los intereses del patrimonio de la quiebra, entidad distinta de los sujetos que la componen. Por lo tanto no tiene un interés personal e individual como sucede en la acción subrogatoria iniciada por el acreedor porque si bien es un tercero con legitimación en la causa no actúa por un derecho propio, como lo tiene el acreedor singular, es un tercero – funcionario y órgano privado y por su labor le regulan honorarios. Es un funcionario rentado con deberes y obligaciones impuestas por la ley, más cerca del juez, en cuanto lo asiste, investiga y colabora en todo lo que éste le juez le pide. Una vez declarado el estado de quiebra el síndico en su calidad de órgano de la quiebra, gestor del patrimonio autónomo intervine *ipso iure* en tutela de los múltiples intereses económicos particulares y los intereses públicos y privados comprometidos en el patrimonio en quiebra, así como órgano tiene una autonomía que le concede un interés propio. ([9])

Así el síndico es en la quiebra el único legitimado para iniciar las acciones de recomposición, ante la prohibición (art. 252 segunda parte LCQ) de tal ejercicio por parte de los acreedores insinuados – acreedor interesado-. Dicha intervención se enmarca dentro de una legitimación sustancial extraordinaria derivada de la legitimación sustancial de la que es privado el fallido (art. 110 LCQ), que lo faculta gestionar el patrimonio desapoderado e intervenir en defensa de los intereses comprometidos, en todo lo relacionados a los bienes desapoderados o susceptibles de desapoderamiento. Por esta razón es que le cabe al síndico iniciar o continuar estas acciones, por lo que resulta viable eximirlo de ofrecer contracautela.

II.- 4.- <u>Petición de contracautela al síndico</u>. <u>Ingerencia de las normas y principios concursales en las disposiciones del rito local</u>. El abordaje respecto a la exención de la contracautela al síndico no debe realizarse aisladamente de los principios rectores del derecho concursal porque la litis esta integrada por un funcionario del concurso, que procura la recomposición del patrimonio insolvente, para lo cual sus funciones están imbuidas de facultades oficiosas e inquisitivas que no disminuyen o cesan cuando interviene en otras competencias, si esta en defensa de los intereses del concurso; por este motivo las disposiciones concursales no deben ser consideradas ajenas a las acciones donde tiene intervención el funcionario concursal.

[9] Alvarez Norma Beatriz, Legitimación del fallido, Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 393.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia ubica la actuación del síndico en el mismo lugar que tiene el asesor letrado; en este sentido se ha sostenido que si bien la doctrina considera que la exención prevista en el art. 460 CPC es taxativa y no esta incluida la sindicatura, obsérvese que la norma incluye en su excepción al asesor letrado, es decir, que se contempla la participación de un funcionario designado por el Estado, con funciones dispuestas por la ley que procura los intereses comprendidos en la ley de derecho fondal como así también en la Ley de Asistencia Gratuita, Ley 7982, la inclusión del asesor permite por aplicación análoga (arts. 16 CC y 1, 2 y 1142 CCCN y art.887CPC) ubicar la intervención del síndico en una situación similar, en atención a su condición de funcionario público ([10]) por lo que bien puede ubicarse en este rango la actuación del síndico. Recuérdese que el resultado negativo del litigio, como por ejemplo los gastos de justicia y costas, no pesan sobre el síndico, porque éste no asume responsabilidad patrimonial por el pleito, siempre el resultado se aplica al concurso; por este motivo es incorrecto solicitarle al síndico que ofrezca fianza u otra caución para dar curso a una medida cautelar. Si el Iudex civil pide el síndico contracautela por no estar comprendido entre los sujetos exceptuados de la caución (art. 460 CPC) trata el síndico como si fuese un acreedor cuando éste es sólo un funcionario. A este punto es bueno señalar a propósito del Código Civil y Comercial de la Nación, que "*la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*" (art. 2). En consecuencia, no vasta despachar el pedido de contracautela al síndico sobre la base que no esta comprendido en el art. 460 CPC, el juez debe aplicar con buen criterio, las normas y los principios comprometidos en el caso judicial (art. 3 CCCN), y como los principios son indeterminados porque no tienen un supuesto de hecho específico, no se aplica la deducción (subsumir el hecho en el derecho). Son guías para el razonamiento legal, y ordenan que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio con el cual se contraponen. Pero la colisión entre principios no es una opción, sino una ponderación, puesto que en cada caso hay que ver cómo se mide la importancia de cada uno de ellos. ([11]) En conclusión debe primar una aplicación

[10] CSJN, Fallos Corte: 326:4445, Amiano Marcelo E. y otro c. Ministerio de Justicia y otro, 4/11/2003, cita On Line AR/JUR/4099/2003.

[11] Ricardo Luis Lorenzetti, Director, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado: Miguel Federico De Lorenzo, Pablo Lorenzetti, Coordinadores, Tomo I. Arts. 2 a 256, Rubinzal – Culzoni, Editores. Talcahuano 442 — Buenos

de los dispositivos (concursal y procesal) en forma integradora. ([12])

II.- 5.- <u>Bajo la responsabilidad el concurso</u>. La interposición de las acciones de responsabilidad tienen lugar cuando el activo de la falencia es insuficiente para pagar los créditos insinuados, por tanto, cuando se otorgan las cautelares bajo la responsabilidad del concurso, la insuficiente de activo no forma parte del presupuesto de viabilidad del otorgamiento de la cautelar; pretender sujetar la concesión de la cautelar a la suficiente de activo no sólo sería un error sino que tornaría a la norma de cumplimiento imposible.

El síndico cuando inicia estas acciones, como por ejemplo la acción de simulación la entabla sin necesidad de autorización previa del juez, y procura que el acto de disposición por el cual el bien salió de la esfera jurídica del fallido, sea declarado inoponible a los acreedores insinuados, de esta manera el bien comprometido en el negocio jurídico queda sometido al desapoderamiento (art. 124 LCQ), todo ello habilita la exención de la contracautela. Claro esta que deberá acreditarse el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, y procederá otorgarla bajo la responsabilidad del concurso. En atención a la insuficiencia de activo para hacer frente a las erogaciones por costas, el juez debe igualmente despacharlas bajo la responsabilidad del concurso, sin exigirse la contracautela, siempre y cuando se encuentren debidamente acreditados prima facie el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. ([13])

En este sentido la Cámara Séptima CC. de Córdoba sostuvo que cuando las medidas precautorias las solicita el síndico –supuesto contemplado en el art. 176, LCQ- no ha menester una contracautela específica, pues la ley establece que, en ese supuesto, se compromete la responsabilidad del concurso. Esto significa que si en el futuro hay que reparar daños y perjuicios causados a terceros por las medidas precautorias, el monto indemnizatorio respectivo así como los honorarios y gastos que pudieren corresponder, tendrán rango de gasto de justicia (art. 240, LCQ). ([14]) Sin lugar a dudas la inter-

Aires, pág. 38.

[12] C. 7ma. CC de Córdoba, Auto Nª218, 3/8/2017, autos: Sindicatura en autos: Faur Carlos Alberto – Quiebra Pedida Simple (Expte, 2432486/36) c/Faur Carlos Alberto y otro – Ordinario – Simulación –Fraude – Nulidad.

[13] Zalazar Claudia E, Derecho Procesal Civil y Comercial, Aspectos Prácticos I, Medidas Cautelares, Alveroni, Córdoba, pág. 372).

[14] C 7ma. CC Cba., 7/2/11. Auto Nª2, autos: Sindicatura de la quiebra Martínez Carlos Alberto c/ García Armando Guillermo –Ordinario – Cumplimiento/

vención del síndico encuadra en una representación especial puesto que el ordenamiento adjetivo cordobés luego de contemplar la intervención del Asesor Letrado (art. 99 CPC) recepta la intervención del síndico del concurso, otorgándole capacidad procesal para actuar en juicio (art.100 CPC) por lo que no es irrazonable equiparar la intervención del funcionario concursal con la del asesor.

III.- Conclusión

Con el objetivo de superar la cesación de pagos el proceso falencial se articula sobre normas que pretenden resguardar el patrimonio afectado a la superación la insolvencia. Se puede decir que todo el proceso concursal se sustenta sobre una red de medidas cautelares, algunas pueden ser dictadas de oficio y otras a petición del acreedor insinuado o de terceros interesados, con el objeto de hacer efectiva la garantía.

Cuando el síndico inicia acciones de composición patrimonial ejerce la legitimación activa de la que son privados los acreedores (art. 252 segunda parte, LCQ), su intervención es por cuenta propia pero en interés ajeno. Esta participación se realiza en interés de los acreedores que se verán beneficiados si el resultado del pleito es positivo. Dentro de esta intervención el síndico concursal puede requerir al tribunal civil medidas cautelares, tanto las concursales como las procesales del código de rito local. El juez civil deberá implementar las disposiciones adjetivas sin descuidar que el rol del síndico como parte (art. 275, inciso 8 LCQ) puesto que en las acciones de recomposición el síndico no deja de ser un funcionario que en su condición de gestor del patrimonio autónomo –patrimonio desapoderado- es el único legitimado para entablar estas acciones. En consecuencia, si bien el síndico no esta comprendido dentro de los exceptuados en el art. 460 CPC debe considerarse, por el rol que tiene su intervención, como exceptuado de exigirle contracautela alguna.

De conformidad al Art. 2 CCCN las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, siempre que exista necesidad de desentrañar el sentido, debe recurrirse al significado normativo de las palabras, a la finalidad de la norma en el contexto de aplicación, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

Resolución de Contrato – Cuerpo de Copias, Expte. Nº 1949047/36).

La precautoria anticautelar en la demanda de concurso preventivo

José David Botteri

Sumario

La ley 24.522 no pudo prever la bancarización masiva impuesta legalmente, la universalización del sistema de pagos a través de tarjetas de crédito o débito, ni las atribuciones que tienen hoy los organismos de recaudación fiscal para bloquear las operaciones bancarias de un sujeto. Por ello es que se precisa que el juez concursal autorice medidas anticautelares para tutelar la administración del concursado que se encuentra expuesto a vulnerabilidad cautelar por créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso, ya que el camino impuesto por el art. 21 LCQ impide el ejercicio de la administración de la empresa por el concursado conforme lo establece el art. 15 LCQ.

Desarrollo

I. El auge cautelar en las demandas de concurso preventivo

No se encontró previsto en la ley 24.522 (LCQ), ni en su antecesora 19.551, que la demanda de concurso preventivo vaya acompañada de medidas cautelares. En cuanto a obras de doctrina, la de Héctor Cámara[1] no las mencionaba, como tampoco lo hacía Osvaldo J. Maffia[2], Pablo Heredia[3] o más recientemente, la dirigida por Héctor Chomer[4]. Las únicas cautelares previstas en la ley -en la etapa ini-

[1] Cámara Héctor "*El Concurso Preventivo y la Quiebra*" Vol. I, edit. Depalma, Bs. As., 2da. reimp., 1982.
[2] Maffía Osvaldo J. "*Derecho Concursal*" Tomo I, edit. Depalma, Bs. As., 1993.
[3] Heredia Pablo D. "*Tratado Exegético de Derecho Concursal*", Tomo I, edit. Abaco, Bs. As., 2000.
[4] Chomer Héctor O. "*Concursos y Quiebras*", tª I, edit. Astrea, Bs. As. 2016.

cial del procedimiento que consideraremos-[5], son la interdicción de salida del país (art. 25 LCQ), la intervención en los libros de comercio (inc. 5to. art. 14 LCQ) y la inhibición general de bienes que se desprende de la sentencia de apertura del concurso (inc. 7mo. del art. 14 LCQ); todas estas medidas oficiosas destinadas a proteger los bienes del concursado, evitar fraudes, asegurar su colaboración en el proceso y hacer efectivo el desapoderamiento atenuado que supone el régimen de administración del art. 15 LCQ. [6]

El primer trabajo de doctrina en considerar de modo sistemático el tema cautelar fue el del Dr. Eduardo Favier Dubois (h)[7], aparecido en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones de 1991. Ese artículo describió el objeto de las medidas cautelares concursales, estableciendo que su fin era el *de preservar la integridad del patrimonio del concursado*, mas no ingresaba en esa época –anterior a la ley 24.522- a considerar el problema de la subsistencia de la actividad de la empresa en tránsito de concurso y si resultaba necesario, en algunos casos, dictar medidas precautorias en tal sentido.

Dividía la consideración de medidas cautelares concursales tipificadas (las indicadas en el párrafo anterior, para la etapa del proceso que estamos considerando) y las atípicas, entre las que mencionaba la suspensión de remates, intromisiones bancarias (en la época, la difícil prevención de rechazo de cheques posdatados, pues no existían los de pago diferido), las de no innovar respecto de servicios públicos (que tuvieron recepción posterior en el art. 20 último párr. ley 24.522), las vinculadas a contratos continuados (en función del actual art. 20 LCQ), en los supuestos de ineficacia (art. 17, 118, 119 y ccdtes. LCQ) y respecto de la sindicatura como funcionario concursal, en varios supuestos de actuación.

El trabajo, excelente y premonitorio para la época, sostenía que las medidas podían ser tomadas por el juez *de oficio* y que nociones tales como la accesoriedad cautelar, los caracteres de precautorio o ejecutorio de las medidas, la contracautela, la no afectación a ter-

[5] También se encuentran en la ley 24.522 otras tantas: la propia vigilancia del sindico sobre la administración (arts. 15,16 LCQ), la intervención sobre la administración del art. 17 LCQ y en la quiebra muchas otras más desde la interceptación de la correspondencia (art. 114 LCQ), la incautación de bienes ((art. , la entrega de los lirbos y documentos, medidas urgentes de seguridad, etc.

[6] Expresión de Renzo Provinciali en "*Tratatto di diritto fallimentare*", vol. IV, edit. Giuffré, Milano, 1974, pág. 2248.

[7] Favier Dubois (h), Eduardo "*Las medidas cautelares concursales*", en RDCO de edit. Depalma, año 24, vol 1991-A, pág. 117 y ssgtes.

ceros y el típico criterio restrictivo cautelar, se desdibujaban en la hipótesis concursal; tanto sea por las facultades conferidas al juez (art. 280 LCQ) como director del proceso, como por los principios de concursalidad y universalidad establecidos conforme un criterio de competencia prevalente (arts. 75 inc. 12 y 31 Constitución Nacional) respecto de las normas procesales locales.

Eduardo Favier Dubois (h) formulaba propuestas, ya en 1991. Decía que, desde el punto de vista interpretativo, que las medidas cautelares concursales debían ser vistas de un modo diferente, más afín a su naturaleza concursal, prevaleciendo siempre frente a las derivadas de normas locales. Decía que debía considerarse el desplazamiento de competencias a favor del juez concursal, con facultades de éste de interferir de manera directa sobre las medidas dictadas por otros jueces. Destacaba Favier, por último, que las medidas atípicas debían ser resueltas según criterios de prudencia, atendiendo la integridad del patrimonio del concursal, pero también para asegurar la buena marcha del proceso hasta su finalización.

Si bien en 1995 la ley 24.522 innovó poco en la cuestión (apenas la mención a los servicios públicos del art. 20 último párr. LCQ y la morigeración del rigor de las autorizaciones de viajes al exterior del concursado del art. 25 LCQ), una rica jurisprudencia comenzó a gestarse. Nuestro más alto tribunal -la CSJN-, trató un tema cautelar sobre unos certificación de exportación de azúcar en el año 2000[8]. En 2003 la Corte consideró una cautelar consistente en mantener una moratoria fiscal (confirmando un fallo de la CNCom sala B del 30/06/1999)[9] y revocó una prohibición de innovar sobre un permiso de radiofonía en 2005[10] y otra, en materia aduanera, en un sonado caso.[11]

[8] *Compañía Azucarera Concepción S.A. s/ incidente de reposición pedido por Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.* Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Bossert, Vázquez. - Disidencia: - Abstención: Nazareno, Fayt, Boggiano, López. - Fecha: 10/10/2000 - Tomo: 323 - Folio: 2790 - Nro. Exp. : C. 652.XXXVI. -

[9] *Agro Industria Inca S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por la concursada al crédito de D.G.I..* Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Vázquez, Maqueda. - Disidencia: - Abstención: Fayt, Petracchi, Boggiano, López. - Fecha: 13/05/2003 - Tomo: 326 - Folio: 1549 - Nro. Exp. : A. 279. XXXVI. -

[10] *Radio Emisora Cultural S.A. s/ concurso preventivo* s/ incidente de apelación de medida cautelar. - Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti. - Disidencia: - Abstención: Fayt, Argibay. - Fecha: 06/12/2005 - Tomo: 328 - Nro. Exp. : R. 2324. XXXVIII. -

11 *Southern Winds S.A. s/concurso preventivo s/ inc. de apelación*

La Sala D de la Cámara Nacional de Comercio consideró aceptable una prohibición de innovar sobre suministros farmacéuticos a un grupo de farmacias que administraba la concursada en el 2001[12] y luego respecto de una licencia de radio[13]. Luego de varios fallos en el mismo sentido, esa Sala –en cuanto al tema que nos ocupa- sostuvo que el mantenimiento o dictado de medidas cautelares respecto de un sujeto en concurso preventivo, como principio general, carecía de utilidad y que ello es así, porque la preferencia o prioridad *prior tempore potior in iure* pierde eficacia cuando el sujeto embargado se concursa preventivamente.[14] Este último criterio también fue seguido por la Sala "A", en otro fallo, en función de las reformas por ley 26.086.[15]

En el conocido caso "Comercial del Plata SA" la Sala "D" recogió definitivamente la doctrina cautelar favorable que comentamos, cuando sostuvo: "*....el magistrado del proceso universal puede disponer "... medidas cautelares concursales no tipificadas, sin la existencia de un proceso principal autónomo ni contracautela, desde que la medida se vincula con el concurso... y no es previa ni garantista de una sentencia posterior, sino por el contrario, posterior a la sentencia de apertura..." (cfr. Cciv. Com. Mend., 18.4.01, "Precargo SA", LL gran cuyo 2001-666, citando a Favier Dubois (h), "Las medidas cautelares concursales", RDCO, 1991-a-117); y, en lo concreto, se verifican en la práctica un sinnúmero de casos en los cuales, con esa misma finalidad y a solicitud del concursado, se mantuvieron, por ejemplo, un permiso de pesca; la autorización para exportar; una licencia de radiodifusión; o inscripción en un registro aduanero; en cualquier caso, despachada esa medida en interés del concurso, la responsabilidad queda a cargo del patrimonio sujeto a reestructuración....*"

Yendo al tema específico que nos ocupa la CNCom sala E (Ramírez,

por Dirección General de Aduanas.14/08/2007, *Fallos* T. 330, P. 358

[12] "*Medic World Mandatary SA s/ Concurso Preventivo s/ Inc. de apelación*." CNCom Sala D, del 11/10/2001, publ en JA 2002-II, 7.

[13] *Radiodifusora Pampeana SA s/ Conc. Prev. s/ Inc. de apelación*, CNCom sala D, del 11/03/2004

[14] Con cita del trabajo de Pablo D. Heredia, "*Ley 26086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*", publ en JA 2006-II-994, autos "*Camisur SA s/ Concurso Preventivo*", CNCom Sala D (Vasallo – Heredia - Dieuzeide) del 12/09/2007.

[15] "*Institutos Médicos SA s/ Concurso Preventivo*", CNCom Sala A (Uzal - Miguez - Kölliker Frers), del 15/07/2008.

Arecha y Guerrero) insinuó la medida anticautelar en el año 2000: "*...Si bien la apertura de concurso preventivo tiene por efecto el mantenimiento de las medidas precautorias trabadas contra el deudor, procede hacer lugar al levantamiento de los embargos trabados sobre fondos de la concursada, cuando la indisponibilidad de ellos puede afectar el normal funcionamiento de la actividad empresaria.*"[16]

Y en 2006 la Sala "A" de la Cámara, sostuvo que: "*....cabe levantar los embargos trabados en ciertos expedientes en los que se procuraba ejecutar créditos -de causa anterior a la presentación concursal del demandado-, toda vez que el crédito del acreedor embargante -fisco nacional- fue verificado en el concurso con privilegio general, es decir que el privilegio se ejerce sobre la masa de dinero que queda en la quiebra luego de satisfechos los créditos con privilegio especial y los créditos contra el concurso, de lo que se infiere que su crédito no tiene privilegio sobre las sumas objeto del embargo; y por ende, no se advierte óbice para que el deudor disponga regularmente de los fondos embargados (Cncom, sala d, 6.6.00, "Obra Social del Personal de Jaboneros s/ conc. Prev. s/ inc. de apel."); además, no se verifica la transferencia de esa suma a la cuenta del acreedor*".[17]

Las razones de estas modalidades cautelares en las demandas de concurso, son dos: por un lado, el moroso trámite de levantamiento de precautorias del art. 21 LCQ que no es parejo a las necesidades de una empresa concursada en la actualidad; y por otro, la necesidad de preservar activos determinados del patrimonio del concursado.

II. La precautoria anticautelar

La ley 24.522 es de 1995 y evidentemente el legislador no pudo prever cómo se desarrollarían las actividades comerciales en el S. XXI; en particular, no existía en la época del dictado de la ley las atribuciones de bloqueo cautelar sobre fondos alojados en cuentas bancarias que tienen actualmente los organismos de recaudación fiscal merced a la digitalización de la actividad bancaria, ni existía

[16] "*Vialbaires SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de apelación*", CNCom Sala E, del 09/11/2000.

[17] *Trans Dan SRL s/ Concurso Preventivo (Inc. de apelación art. 250)*, CNCom Sala A (Kölliker Frers – Miguez) del 30/05/2006

la posibilidad monitoreo electrónico sobre cuentas, como acontece ahora; o la difusión de la bancarización masiva y la universalización del sistema de pagos a través de tarjetas de crédito o débito.

Como se concluyó en el punto anterior, el mecanismo del art. 21 LCQ (fuero de atracción-vista al interesado-levantamiento) es, en los supuestos de embargo de fondos, un ejercicio moroso, lerdo e ineficiente que conspira contra la administración razonable del patrimonio concursado.

Para que una empresa concursada pueda seguir operando resulta ya imprescindible ordenar a los organismos de recaudación que, respecto de créditos de causa o título anterior al concurso, no empleen sus prerrogativas sobre las cuentas bancarias; así como debe exigirse a los Bancos y otras entidades financieras (como las administradoras de tarjetas de crédito) que respeten ese mismo principio y dejen disponibles para los concursados los fondos que son producto de sus operaciones regulares.

De otra manera es imposible que el objetivo de la ley se cumpla, pues estamos en presencia de un tipo de Poder (así con mayúsculas) que excede las facultades judiciales y que como sistema (pues no es atribuible siquiera a una persona) opera de hecho, pues el bloqueo de fondos opera por barrido informático y la mayoría de las veces, ni siquiera puede identificarse a qué crédito o expediente judcial concreto corresponde. Ni la justicia, ni los concursados pueden correr detrás de los hechos y sufrir la consecuencia inevitable de indisponibilidad de fondos cuando está en juego la propia supervivencia de la empresa, que puede quebrar si no cumple con sus compromisos regulares asumidos por créditos y operaciones posconcurso.

Para remediar situaciones de este tipo, la mejor doctrina procesal nacional sostuvo la necesidad del dictado de un tipo especial de precautoria, que la bautizó como **"medida anticautelar**".

Jorge Walter Peyrano[18] sostiene que el "*...avance del activismo pro-*

[18] "*Lo anticautelar*", publicado en: La Ley 21/11/2013 , 1 • La Ley 21/11/2013 , 1 • La Ley 2013-F , 1180. También puede verse: Peyrano, Jorge W., "Las medidas anticautelares", La Ley, 2012-B, 670 y ss; "*Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar*", JA, 2012-I, 1251 y ss.; "*Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en Medidas autosatisfactivas*", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Rubinzal Culzoni, p. 27.

cesal ha proporcionado y proporciona innumerables herramientas para combatir exitosamente el abuso procesal en general y el abuso cautelar en particular. En lo que atañe a este último, hoy se cuenta con las llamadas medidas anticautelares que procuran prevenir —y así evitar de cuajo— las maniobras abusivas, gozando del aval de normas como el artículo 34, inciso 5, del C.P.C.N que pone en cabeza de los jueces las atribuciones necesarias para impedir que se concreten abusos cautelares en ciernes…"

Se trata del empleo de una medida cautelar genérica (art. 232 del CPCP) autosatisfactiva pero con orientación definida que tiende, precisamente, a obturar la conducta abusiva que se vislumbra puede ocurrir. Es una orden judicial, materializada mediante el despacho de una autosatisfactiva, que viene a morigerar la libre elección cautelar con que cuenta su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica generaría graves perjuicios al requirente y que admite ser reemplazada idóneamente por otra medida. También es válido describirla como una autosatisfactiva que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultar particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y que puede ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria.

En la hipótesis concursal ese tipo de medidas –no previstas en la ley 24.522- sin embargo encajan perfectamente en los principios de la ley, sostenidos sobre la base de la concursalidad y la *par condicio creditorum*, que es la idea de los arts. 15 a 32 de la ley concursal argentina.

Dice Peyrano: "*…Lo que denominamos medida anticautelar no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar —lo que sería claramente inconstitucional— sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría de una suerte de sustitución cautelar anticipada.…"*

En el caso concursal la situación es más sencilla porque se cuenta con atribuciones judiciales amplias (art. 280 LCQ)[19], la prohibición de pagos de créditos por causa o título anterior del art. 16 y con la suspensión de los juicios del art. 21 de la LCQ y atribución de competencias al juez concursal[20] y se trata –sencillamente- de asegurar de manera razonable la administración de bienes que prescribe el art. 15 LCQ. La sanción de ineficacia (que es la solución legal del art. 17 LCQ), no puede ser empleada sin al menos algún trámite burocrático y no asegura la disponibilidad inmediata de fondos, que es lo que en el caso se precisa. Todo esto es así, porque como dije, los tiempos de la digitalización y la bancarización, no son los del año 1995. Los requisitos para el despacho favorable de la medida son los siguientes:

i) **Vulnerabilidad cautelar**:

Generalmente, todo concursado se encuentra en este estado, porque todas sus cuentas bancarias se encuentran afectadas por una maraña de medidas cautelares fiscales, laborales e incluso establecidas en procesos administrativos. Los concursados están en una situación de *mora debitoris* y ocupan el lugar de la "urgencia" propia de toda autosatisfactiva, porque la situación de vulnerabilidad cautelar apremia y no admite demoras. Debe sumariamente acreditarse, de algún modo, que son víctimas de un abuso cautelar como es tan habitual en la actualidad por parte de los organismos fiscales y eso se logra acompañando los antecedentes de todas las medidas trabadas: resúmenes de cuenta, informes del banco, copias de las medidas adoptadas en los procesos en trámite, etc.

ii) **Verosimilitud en el derecho**:

La traba de múltiples medidas cautelares judiciales y administrativas sobre fondos cuentas o fondos del concursado suele

[19] En el derecho norteamericano, esas atribuciones son aún mayores y comprende cualquier orden, instrucción, proceso o sentencia necesaria o apropiada para llevar adelante el concurso. Dasso, Ariel G. "*Código de Quiebras de los Estados Unidos de América – U.S. Code*", cap. 11 art. 104, pág. 51.

[20] Un muy severo déficit del régimen actual, es el de no considerar las atribuciones del juez del concurso sobre los procesos individuales que pueden continuarse ante su juez natural. En nuestra opinión, rige la competencia prevalerte concursal cuando esos juicios individuales pueden afectar la administración del patrimonio concursado, por el modo en que está redactado el art. 21 inc. 3ero. LCQ que permite que el juez concursal levante las medidas cautelares, aún cuando prosiga el trámite ante su juez originario.

ser tan gravosa, que impiden operar comercialmente aún después de presentarse en concurso. Todo ello, por ser insólito, no deja de ser la situación que la ley 24.522 pretende de algún modo remediar en cuanto a la tutela de la administración del patrimonio del concursado a través de los mecanismos anticuados de los arts. 16 a 24 LCQ. En el caso de empresas que prestan un servicio público existe además el sostén de la norma del art. 243 del Código Civil y Comercial, que especialmente veda –con poco éxito en la realidad de los hechos actuales- el dictado de medidas cautelares cuando éstas puedan afectar la prestación de un servicio público, lo cual sucede si se priva de la disponibilidad de fondos a la concursada por la miríada de medidas cautelares trabadas, como suele suceder.
Los concursados ponen a disposición de la judicatura y de sus acreedores el futuro de la empresa y todos sus bienes como garantía del pago de sus créditos, resguardándolos de las ejecuciones individuales. Todo el patrimonio de la empresa concursada resulta ser idóneo como asiento de una medida precautoria de recambio y, en el caso, su administración bajo vigilancia del síndico, la inhibición general de bienes y el resto de las medidas típicamente concursales, sustituyen sin dudas las cautelares individuales.

iii) **Contracautela**.

En cuanto a la necesaria contracautela para responder por eventuales perjuicios derivados de los efectos de una anticautelar, no se notan diferencias respecto del régimen general de las autosatisfactivas concursales (como la del art. 20 último párrafo LCQ, ya ordenada por V.S.); siendo además inexigible este recaudo como recordaba Favier Dubois (h)[21], para quien ha puesto todo su patrimonio en juego con su presentación en concurso preventivo.

iv) **La medida judicial concreta.**

En definitiva lo que se requiere de una medida de este tipo es una orden judicial que en la especie garantice la vigencia de los arts. 15 a 32 de la ley 24.522 dirigida a los organismos de recaudación, los bancos y las empresas que prestan servicios de tarjetas de crédito o de débito, a fin que estos no priven por sus acciones a la empresa concursada de la disponibilidad de sus fondos, en razón de embargos o medidas administrativas que respondan a créditos por causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo

[21] Ver nota 7).

v) **Precedentes de medidas similares**.

El leading case en la materia, siempre según Jorge W. Peyrano- se trata del caso ***"Centro de Chapas Rosario S.A. c. Administración Provincial de Impuestos A.P.I. s/medida cautelar",*** Expte. Nº 674/13, que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de Rosario (5).

En dicha causa, prosperó una anticautelar (motorizada mediante una autosatisfactiva) contra la Administración Provincial de Impuestos, ordenándose en su seno que ésta "*no trabe inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada del expediente administrativo Nº 13302-0635876-2 si el crédito no excediere el monto de $ 580.000, atento al grave perjuicio que la misma importaría para la destinataria de la medida y a la existencia de los bienes puestos a disposición a los fines de efectivizar una eventual cautelar en su contra en virtud a tales actuaciones*".

La Cámara de Mar del Plata (Sala 1a.) resolvió en un caso[22] que: "*El juez concursal es competente para dictar medidas cautelares no tipificadas por la LCQ, las cuales deben disponerse de conformidad con las atribuciones genéricas que confiere el art. 278 de la LCQ y en sintonía con los arts. 195, 232 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, por lo que se encuentra habilitado a pronunciarse disponiendo la suspensión del trámite de una ejecución hipotecaria en supuestos distintos y por otro plazo que el señalado en los arts. 21 y 24 de la LCQ....*" El supuesto no es idéntico, pero resulta similar –en cuanto a sus fines- que el caso de autos.

En el mismo sentido de amplitud de criterio cautelar en materia concursal, "**Medidas Cautelares en el Proceso Concursal**", de Liliana Teresita Negre de Alonso, publicado en LA LEY 03/06/2015 (LA LEY 2015-C , 958), así como también Francisco Junyent Bas y Musso denominan este tipo de medidas como cautelares atípicas, ello por

22 Cám Civ.y Com. Mar del Plata, Sala I, "*Supermercado Toledo S.A. c. Banco Credicoop Coop. Ltdo.*", 18/12/2008, en LL BA2009 (febrero), 107, AR/JUR/17418/2008.

cuanto no están especialmente regladas ni en la ley concursal, ni en los códigos de rito; sosteniendo que el deudor, entre la presentación en concurso y su apertura, muchas veces se encuentra en la necesidad de requerir medidas cautelares a los efectos de evitar un daño irreparable para la continuidad de la actividad de la empresa. (Junyent Bas, Francisco; Musso, Carolina, **"Las Medidas Cautelares en los Procesos Concursales"**, Ed. Lexis Nexis, p. 112.). Puede también consultarse la obra de Baracat, Edgar J., **"Medidas Cautelares en los Concursos"**. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe, 2009. También, el trabajo de Amalia Fernández Balbis, (publ La Ley 30/12/2014 , 1 • La Ley 2015-A , 591), titulado "**El despuntar de las medidas anticautelares**", sigue la misma línea que pensamiento y últimamente de Jorge. W. y Federico J. Peyrano, "**La tutela anticautelar. Su aceptación en Alemania",** publ. en: La Ley 07/05/2018 (La Ley 2018-B , 1247), menciona incluso la hipótesis de la anticautelar en los concursos preventivos, que no fue –por razones particulares que no pudo conocer el autor- despachada de modo favorable por la CNCom Sala "D" en "Oil Combustibles SA" (sentencia del 20/03/2018, expte. 19981/2016).

III. Conclusiones

La ley 24.522 no pudo prever la bancarización masiva legalmente impuesta (ley 25.345 y ccdtes.), la universalización del sistema de pagos a través de tarjetas de crédito o débito, ni las atribuciones que tienen hoy los organismos de recaudación fiscal para bloquear las operaciones bancarias de un sujeto. Por ello es que se precisa que el juez concursal autorice medidas como la comentada en esta ponencia para tutelar la administración del concursado que se encuentra expuesto a vulnerabilidad cautelar por créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso, ya que el camino impuesto por el art. 21 LCQ impide el ejercicio razonable de la administración de la empresa por el concursado conforme lo establece el art. 15 LCQ, conforme las circunstancias narradas.

La insoportable levedad de la inapelabilidad concursal II

Adalberto Luis Busetto

Sumario

La Ley de CyQ establece la inapelabilidad de las resoluciones (art. 273 inc.3º). Dicha regla de clausura es excepcionada constantemente por la jurisprudencia corriente sin seguir un patrón único desvirtuando la télesis que la originara y sembrando inseguridad juridica. Se propone de lege lata la aplicación rigurosa del principio general anteponiendo las normas procesales concursales a las rituales locales.De lege ferenda se propone la reforma del inc.3º art. 273 LCyQ: "Las resoluciones son de apelabilidad restringida. Por incidente separado que tramitará de puro derecho la Alzada concederá excepcionalmente el recurso cuando la decisión fuere arbitraria, o no respetare los derechos constitucionales de la parte interesada."

Introducción

Mucho antes que el checoeslovaco Milan Kundera popularizara el titulo de esta ponencia refiriéndose nada menos que al ser y sus mutaciones o contradicciones, la doctrina nacional venía sosteniendo que esta nota o carácter del lado procesal de nuestra disciplina concursal, pertenecía a la naturaleza de la misma.[1]

He puesto II al título llamativo, porque en similares términos encabecé la ponencia que presenté en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia realizado en Tucuman en 2012.

Rescato, dije antes, de la biblioteca notarial de mi padre a Francis-

[1] No soy original en el título, en nuestra materia quién lo es, en honor a la verdad lo tomo de J.Bisbal Mendez "La insoportable levedad del Derecho Concursal" Revista de Derecho Mercantil nº 214 pag. 845 ss.citado en la magnífica obra de mi amiga española Juana Pulgar Ezquerra "La Declaracion del Concurso de Acreedores" Colección Ramon&Cajal La Ley Madrid 2006.

co Orione, profesor de Quiebras de mi Facultad de Ciencias Juridicas UNLP hacia 1934, quien al fundamentar la introducción de la máxima que hoy reproduce a pié juntillas nuestra tan reformada ley 24.522 *"Las resoluciones son inapelables",* en el articulo 12 de la Ley 11.719 prescribía al otorgar recurso al rechazo de la petición de convocatoria de acreedores "*En los demás casos,las resoluciones que se dicten en este juicio o en el de quiebra, serán inapelables, salvo disposición expresa en contrario.*

El fundamento del magistrado platense, junto al de otros de aquella época fincaba en la celeridad y agilidad que debía imprimirse al proceso concursal dado la declaración de cesación de pagos del patrimonio afectado, cuyo estado de crisis normalmente se transfiere a otros in bonis, y no puede detenerse en la revisión de las decisiones del Juez de Primera Instancia ante cuestiones no esenciales. Para ellas la ley prevee expresamente la apelabilidad marcando las excepciones legales al principio general.

La insalubre vida profesional y una mirada atenta a la variopinta jurisprudencia de nuestros tribunales nos muestra que el principio general aludido no es ni tan general ni tan principio, pues aparecen a menudo apelaciones concedidas que hacen interminables los procesos concursales impidiendo la celeridad y agilidad de los trámites del proceso universal dilatando el desarrollo normal de la causa".[2]

La sola concesión del recurso por el magistrado que dirige el proceso produce una dilación, pues será la alzada la que deberá devolver la causa al advertir el error estableciendo que el fallo es inapelable. Ni siquiera la aplicación del art.250 inc. CPCC de la Pcia. de Buenos Aires salva la situación descripta, pues el Superior pedirá el principal –deteniendo así su trámite--, para escudriñar la letra chica del proceso y no quedar preso de las fojas que le pudo acompañar el apelante.

Decimos en teoría que el sistema concursal que en cuanto a recursos rige desde 1932 (Ley11719) es completo o perfecto, cierra lógicamente como sistema, a saber: una inapelabilidad general y excepciones taxativas. Tanto ello es así que, con defectuosa técnica normativa y para recordarle a los jueces lo que deben hacer (lo que demuestra una desconfianza del legislador en los jueces, pues ellos deben saber lo que tienen que hacer[3]) le repetía en la ley 11719 y hoy lo vemos en

[2] CNCom sala A autos caratulados **"E P S A Electrical Products SAIC s/ concurso preventivo s/ queja"**,

[3] y si no un Jurado de Enjuiciamiento,el partido oficialista,los sindicatos,los

la actual en varias normas que su resolución es irrecurrible o irrevisable (art.48 punto 7) B infine, art187, art 218 de la ley 24.522)

Leyes anteriores eran más desconfiadas aún al repetir machaconamente-para usar un argentinismo-- la inapelabilidad en cada caso, lo que generó lógicas críticas doctrinarias[4], que diríamos siguen guardando vigencia.

Veremos en la práctica de la realidad tribunalicia que numerosas excepciones se suman a las establecidas produciendo un dilatorio efecto "sube y baja" del expediente[5]— de donde, siendo subsidiaria la aplicación de los codigos procesales que instauran los recursos de queja por apelación no concedida, es la Alzada quien termina decidiendo en cada caso si corresponde o no acceder al planteo revisionista .

Constitucionalidad

De todos modos no debemos olvidar que no es una exigencia constitucional la doble instancia en el proceso civil, aunque la debida atención que debemos prestar a la Convencionalidad [6]nos marque que el *debido proceso legal* requiere la instancia *decisora* seguida de una instancia *revisora.*

Principio que adquiere un esencial predicamento en el proceso penal o cuando se afecten derechos de los niños, pero que en el proceso civil o comercial [7] no implica una constante revisión de todos los actos procesales, pues es posible que de adoptar tal sistema quede desvirtuada la *tutela efectiva o en tiempo útil* convirtiendo en ilusorio el ejercicio del derecho.

---

piqueteros y hasta la Patria y tambien Dios se lo demandarán, situación que todos sabemos difícilmente ocurra.

[4] Orione Francisco "Exposición y crítica de la Ley de Quiebras" Ed."El Ateneo" Bs.As. 1934 pag.99;Argeri Saul,"La Quiebra y demás procesos Concursales" Ed.Platense Bs.As. 1974 pag.366

[5] Ello depediendo de si el Superior funciona arriba o en el subsuelo del edificio,ni hablar del efecto desvastador de si funciona en otro edificio donde deban trasladarse los cuerpos del proceso concursal,pues el efecto traslativo interurbano los diseminará.

[6] Convencion Americana de Derechos Humanos(Pato de San Jose de Costa Rica) art.8 aprt.2 inc.h y Pacto Internacional de Derechos civiles y Politicos.

[7] Prono Ricardo S. El regimen recursivo Concursal en RDC del C.y la E.año 5 nº5 LL.Bs.As. 2014 pag.5

Recomiendo el meduloso trabajo del Dr. Emilio Ibarlucía ¿Es una exigencia constitucional la doble instancia en el proceso civil? L.L.2010 D pag.870

Carácter excepcional y de aplicación restrictiva

La Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto el carácter excepcional de la revisiòn por el Superior en los concursos y las quiebras (SCBA, C. 99.770, sent. del 6/10/2010, "González, Sebastián s/Quiebra"),[8] y que es de interpretación restrictiva (SCBA, C. 90.377, 11/02/2009, "Distribuidora Tres Arroyos S.R.L. s/Concurso preventivo").

Dicha aplicación restrictiva de la excepción a la inapelabilidad, establecido por la Suprema Corte Provincial citada en un intento de afianzar el principio de la inapelabilidad , veremos adelante cuenta con tantas excepciones jurisprudenciales que temo no sean aquellas que como se dice, confirman la regla.

Me refiero a aquellas que crean los Tribunales, más allá de las consignadas expresamente en la ley concursal.

La Jurisprudencia de nuestros tribunales.

Para horadar el principio general los tribunales a lo ancho y largo del pais han consagrado todo tipo de términos excepcionantes, a saber: "agravio irreparable", "imposible o difícil reparación ulterior", " cuando se afecta el derecho de defensa","cuando no constituyen una consecuencia de la tramitación ordinaria y normal del proceso", "cuando no medien situaciones atípicas· "ante derechos o puntos ajenos a lo que se puede llamar la prevista ruta " normal"que se deben seguir en este juicio universal ", "la propia regulación en materia concursal", "cuando sea necesario realizar una interpretación definitiva de los alcances de los textos", "a alternativas que no son corrientes dentro de un proceso concebible como ordinario", "la cuestion debatida no puede ser entendida como propia del tramite normal" o "la sustracción de parte del sentenciante precedente de las

[8] En igual sentido: SCBA, Rc. 121.101, 15/11/2016; Rc. 120.202, 4/5/2016; C. 119.188, 2/3/2016; C. 96.353, 11/03/2013; C. 112.905, 14/9/2011; Rc. 106.609, 9/12/2010; Rc. 105.838, 26/10/2010; Rc. 110.821, 26/10/2010; Rc. 98.638, 28/5/2010; C. 101.872, 14/4/2010; C. 96.636, 12/8/2009; C. 101.423, 16/9/2009; C. 96.636, 12/8/2009; Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 28/8/2012, RSI. 152/2012, "Cosoli, Hugo Carlos s/Concurso preventivo (R. de H.)".

cuestiones llevadas a su conocimiento, con sustento en una aplicación mecánica del art. 273 inc. 3, ley 24522 , que hacían inaplicable de modo irreflexivo la regla de inapelabilidad .[9]

La Suprema Corte de Buenos Aires nos advierte con palabras del Ministro Pettigiani en el reciente fallo "Logui SA s/.Concurso Preventivo"[10] "la ley 24.522 instaura un régimen propio en materia recursiva, estableciendo como regla general la inapelabilidad de las resoluciones dictadas en el proceso concursal. Este principio sentado en el art. 273 inc. 3° de la ley 24.522 apunta a impedir que la celeridad y agilidad de los trámites del concurso se vean perturbadas a través de la articulación de recursos que sólo persiguen una impropia demora en el desarrollo normal de la causa. De ahí que la posibilidad de revisión de las decisiones recaídas en el marco de un concurso o quiebra revista carácter excepcional. Si bien en algunos precedentes, por sus particulares circunstancias, esta Suprema Corte justificó el excepcional apartamiento del citado principio cuando su alcance no se limitase a aquellos actos regulares del proceso, que son consecuencia de su tramitación ordinaria y normal, o cuando se encontrare afectada la defensa en juicio, la propia regulación en materia concursal o, de modo más amplio, cuando la resolución impugnada causare un gravamen de insusceptible reparación ulterior [11]

La Sala I de la CC Cde Bahia Blanca venía diciendo que "la limitación recursiva del art. 296 inc. 3° de la ley 19.551 no puede ser considerada con criterio absoluto, pues la norma apunta a impedir que la celeridad y la agilidad de los trámites concursales puedan ser perturbados por apelaciones dilatorias, señalando que cuando la revisión de decisiones se muestra necesaria para evitar un daño grave a los intereses en juego, el recurso de apelación debe ser abierto, aunque con cauteloso criterio excepcional (CCC Bahía Blanca, sala I, 6/4/81, ED, 95-575; CCC San Isidro, sala II, causas n° 44.745, reg. N° 191/87; 48.624, reg. 750/88, entre otras).

Es en Mar del Plata donde se acuña lo de "ruta principal y normal" [12]

---

[9] Cito solamente este ultimo fallo de la SCBA con voto del Dr.De Lazzari en Gianni, Elsa s/concurso pre camarista platense ventivo" 2008, pues en todos los tratados concursales (exegéticos o no) figura la nomina de los tribunales , con la más diversa y variada terminología que somos capaces de sugerir los letrados y adoptar los jueces actuantes.

[10] SCBA 4 de abril de 2010,Acuerdo 2078.

[11] Ac. 80.146, sent. del 3-XII-2003; C. 89.635, sent. del 21-XI-2007; C. 92.499, sent. del 5-VIII-2009; C. 96.636, sent. del 12- VIII-2009; entre otras; en el mismo sentido, C.S.J.N., **in re**, A.1159.XXXII, "Recurso de hecho Algodonera Flandria S.A. s/Concurso Preventivo -hoy su Quiebra-", sent. del 21-X- 1997;

[12] C 1ª Civ y Com.MDP 31-8-65 ED -644

y las de La Plata no le han ido en saga.[13]

La jurisprudencia cordobesa y sus autores pueden consultarse con acierto en el prolijo trabajo " El recurso de apelación en el marco del sistema recursivo concursal" de *María Alejandra Garay Moyano*[14]* publicado en El Dial.com el 6/6/12.-

La jurisprudencia nacional cuenta con numerosos antecedentes desde la CS en 1963[15] a numerosos fallos de la Camara Ncional en lo Comercial [16] entre los que citan Rivera-Roitman- Vitolo CNCom sala E 288-87 JA 1988-II-211

Casos paradigmáticos

Atento la apertura a la apelabilidad, resulta imposible en un trabajo acotado de ponencia,referirse a todos los que pudieran presentarse.Tomaremos dos que nos parecen interesantes:

1. Resolución que rechaza el pedido de quiebra por acreedor

Ricardo Prono en su detallado trabajo citado en nota 7) cita el Pleno de la CCC de Rosario-Sante Fe que establece "el pedido de quiebra de un acreedor resulta apelable,pues tal decision le provoca un perjuicio grave y definitivo,en tanto no le estará habilitada una nueva presentaciòn sobre la misma base fàctica,maxime considerando que una soluciòn contraria importarìa violar el derecho de defensa en juicio.

El Magistrado Ricardo Sosa Aubone camarista platense, en su informada ponencia "Analisis de la Inapelabilidad que emerge del art.273 inc.3 LCQ" presentada en las Jornadas del Institutos de Derecho comercial de Lomas de Zamora 2018,al tomar igual posición a favor de la revisión citaba el cambio de fundamento de la Suprema Corte Provincial,que en hoy pareciera sólo niega el recurso extraordinario local.[17]

[13] CACC La Plata, sala I, causa 231094 RSI-26-2 I, 19/2/02; ídem, causa 239324, RSI-556-2 I, 12/11/02.anterior jurisprudencia en Morello,Passi Lanza,Sosa,Berinzonce Codigos Procesales...Editoria Platense,La Plata 1978 T.VIII pag.505 a 507

[14] SCJ, septiembre 24-1963, ED, 12-411

[15] CNCom., sala E, 22/2/88, JA, 1988-II-211; ídem, íd., octubre 29-1990, ED, 141-142; íd., sala B, septiembre 10-71, ED, 69-218; ídem, íd., 15/10/76, ED, 72-280;

[16] En sus términos:" No comparto tal criterio por tratarse de un supuesto de rechazo "in limine" que no corresponde, ya que no se trata de una demanda que se ajuste a las reglas legales (art. 336, C.P.C.C./337, C.P.C.CN.). Además los fundamentos que hacen a la regla de la inapelabilidad (celeridad del trámite)

2. Revisión de una sentencia de Quiebra Indirecta.

La Suprema Corte de la Pcia.de Buenos Aires ha sido proclive a la concesiòn de la apelabilidad en este caso,con fundamento en cuidar que no se cause con la aplcaciòn mecànica del principio un daño mayor a acreedores y concursado,cuando èstos presaron su acuerdo,màxime si no se vislumbra intenciòn dilatoria en la especie.[18]Pero lo ha negado reiteradamente cuando no se alcanzaron las mayorias o no se presen tara la propuesta, en 2009 al 2017 que cita Sosa Aubone en su trabajo citado,cedido generosamente para esta ponencia.[19]

De sus contradicciones

Vemos tambien contadicciones en los fallos de mismos Trbunales por ejemplo: La resolución que ha tenido por desistido al deudor del concurso preventivo es inapelable, pues L.C.Q. no prevé específicamente el recurso de apelación para tal supuesto, cayendo en consecuencia, dentro del principio de inapelabilidad del art. 296 inc.3° de la ley de concursos (actual art. 273)(CCC Mar del Plata, sala 1, causa 62464 Reg.-267-85 S 20/8/85; ídem, causa 126067, RSI-1422-3 I, 4/11/03)

---

no se ven desvirtuados si el proceso no está abierto, y se está realizando una interpretación que desnaturaliza la legislación concursal, al requerir un recaudo que la ley no exige (la prueba de la cesación de pagos). Ampliar en el comentario al art. 80.
Cabe destacar que la SCBA, bajo el régimen del dec. ley 19.551/72, había dicho que la resolución es inapelable (Ac. 41.123, 30/8/80 y Ac. 52.301, 10/12/92), luego cambio de criterio y consideró que la resolución que rechaza el pedido de quiebra no es sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario local (SCBA, Ac. 70.867, I, 12/05/98, "Delmar, Héctor Atilio s/Pedido de quiebra. Recurso de queja")".

[17] SCBA, C. 89.635, 21/11/2007, "Gianni, Elsa s/Concurso preventivo [art. 288]. Recurso de queja".

[18] SCBA, Rc. 120.736, 5/7/2017, por mayoría, "Ballesi, Juan Atilio. Concurso preventivo [pequeño]; Rc. 119.874, 23/5/2017, por mayoría, "Maggi, César Tulio. Concurso preventivo"; Rc. 120.146, 4/5/2016; "Rabasa, Luis Francisco s/Concurso preventivo"; Rc. 119.540, 17/6/2015, "Vaccaro, Francisco Roberto y ot. Concurso preventivo pequeño"; C. 105.799, 14/9/2011, "Turri, Gerardo Guillermo s/Quiebra"; C. 97.716, 16/3/2011, "César, Ángel Luis y Rinaldi, Silvia Mabel s/Concurso preventivo"; Rc. 105.838, 26/10/2010, "Iotti, Atilio Carlos s/Quiebra. Recurso de queja"; C. 95.392, 14/4/2010, "Logui S.A. s/Concurso preventivo"; C. 97.765, 16/12/2009, "Farjat, José Miguel y Uribarri de Farjat, Amelia s/Pequeña quiebra"; C. 83.508, 22/04/2009, por mayoría, "Empresa Constructora Santa María S.R.L. s/Quiebra"); C. 89.635, 21/11/2007, "Gianni, Elsa s/Concurso preventivo [art. 288]. Recurso de queja"),

Contrariamente el mismo Tribunal ha decidido que es formalmente admisible el recurso deducido contra la decisión que ordena el desistimiento del proceso concursal como sanción, pues debe considerársela ajena al principio general de inapelabilidad imperante en la materia de acuerdo a una interpretación finalista y funcional de los preceptos de la ley concursal (CCC Mar del Plata, sala II, causa 46857, RSI-297-99, I 30/9/99).

La forma en que deben disponerse los bienes de la fallida, además del principio de inapelabilidad prescripto en el citado art. 273 inc. 3°, cae en la órbita de actuación discrecional del juez de primera instancia, por ello resulta irrevisable por la Alzada (CACC1Mar del Plata, Sala 2, causa 97308, RSI-377-96, I 9/5/96).

También respecto a la decisión judicial relativa al pronto pago algunos tribunales han dicho que es apelable [20], mientras que otros sostienen lo contrario [21].

Hemos visto también en nuestra modesta práctica profesional, admitir la queja del fallido en una quiebra donde éste consideraba baja la base aconsejada por la Sindicatura (que superaba la valuación fiscal) y requería una retasación con peritos, que el Juez negó por cuanto la ley ni siquiera requiere base y tasación en la venta singular (art. 207 LCQ).

A contrario hemos visto no sin cierto estupor que la Cámara I de Apelación Sala II de La Plata haciendo aplicación del art. 273 inc.3º LCQ rechaza la apelación concedida contra el fallo que declarando la inconstitucionalidad del art.224 LCQ ordena distribuir los dividendos caducos entre los restantes acreedores impagos, y no enviándolos al patrimonio estatal para la educación común como reza la norma.[1] Compartimos la solución del Juez de Primera Instancia pero no podemos dejar de asombrarnos que la misma no merezca la revisión de la alzada,máxime cuando se declara una inconstitucionalidad.

[19] CNCom., sala B, LA LEY, 1997-C, 1009 caso 11.685.

[20] CNCom., sala A, LA LEY, 1996-E, 33; CACC 1ª Mar del Plata, sala II, causa 101104, RSI-129-97, I 18/3/97, ídem, causa 123920, RSD-314-3, S 2/9/03; CACC San Nicolás, sala I, causa 5530 RSI-293-3, I 6/5/03.

Nuestra doctrina

HAJDENBER, Isidoro sostiene que es admisible la vía recursiva en todo aquello que tenga relación con el objeto principal del concurso y es susceptible de llegar a conocimiento de la segunda instancia, excepto que se encuentre expresamente excluido, o que la ley haya establecido un medio de impugnación de otra naturaleza,-dando vuelta completamente la regla general.

El principio desde hace mucho tiempo ha sido interpretado restrictivamente,se limita a los actos regulares del proceso pero no alcanza a cuestiones ajenas al tramite. Además se admite la apelación cuando cuando se cause un gravamen que no puede ser reparado con posterioridad,[2] dice en general la doctrina sin tomar posición salvo casos aislados.

Parecieran que siguen al maestro tempranamente desaparecido Antonio Tonón quien en su obra[3] señalaba al principio de la inapelabilidad como "meramente orientador".

El autor, también tempranamente fallecido, camarista platense, que más claramente expone el tema es el Profesor (UNLP) Jorge Edgardo Crespi, cuyo trabajo puede verse en la obra del Dr.A.M.Morello[4].

Sostiene Crespi que el sistema concursal es una sistema lógico y cerrado, que sienta un principio general y lo excepciona taxativamente, estableciendo la primacía de la ley concursal sin que en sana hermenéutica esté abierta la posibilidad de ir en sentido contrario, aceptando donde no se halla la apelabilidad.

La ponencia intenta encontrar una respuesta a las siguientes preguntas:
Es importante tratar este tema en aras a mejorar el proceso concursal,en su eficiencia? o en definitiva es mejor la solución jurisprudencial cuantos más tribunales y jueces la hayan tratado?
Es adecuado establecer normativamente una inapelabilidad general cuando no la respetamos?
Las leyes concursales están para dar consejos o para establecer reglas que deben cumplirse en homenaje a la seguridad juridica?
No es mejor reconocer la realidad y cumplir las normas , cuando hace 80 años estamos dando vuelta sobre lo mismo?

Conclusión

He de tomar posición entre las dos tesis, la que propugna pese a la norma de la inapelabilidad general una amplia apelabilidad excepcional (¿?) fijando pretorianamente una multiplicidad de casos en los cuales abrir la vía recursiva (curiosos y a veces contradictorios) por un lado y la que por otro hace aplicación estricta de la regla contenida en el articulo 273 inc.3º LCQ y sus excepciones taxativamente establecidas, la de éste segundo en honor a la seguridad jurídica y la celeridad.

Prefiero un proceso concursal agil y rápido a una rémora que a partir de alterar el derecho común con reglas excepcionales como las que contiene el Derecho Concursal, demore largamente saber qué es lo que correponde a cada uno en el desquicio falimentario..

O acaso el Derecho Concursal no se hace aplicable a partir de la crisis económica. De esa cesación de pagos que nos afanamos por preveer, adelantancdo sus efectos.,como señala el Profesor Dr.Omar R.Berstein en su flamante obra "Inminente Cesación de pagos" [22]

Acaso no es corrosiva la crisis empresarial? O hemos descubierto ahora que no se traslada, a los acreedores, a los trabajadores, al Estado que no cobra sus impuestos?

Si es corrosiva, por eso hablamos de "reacción ácida" a la que debemos someter al patrimonio en su conjunto para saber si podrá subsistir, debemos atacar sus causas rápidamente.

La dilación no es más que un seguro a favor de la desaparición del patrimonio como unidad útil económica y jurídicamente sustentable.

Cuando hablamos de "gravamen o perjuicio irreparable" en la instancia, pensamos en los acreedores, en los trabajadores,en los depositantes de los Bancos, en los impuestos a percibir por el Estado?

¿Cual perjuicio es más irreparable que el paso del tiempo?

Ni siquiera en los paises económica y políticamente estables (a los cuales si los hay,ni soñemos en pertenecer) puede el tiempo repararse, es más la vida, que es tiempo se va para todos.

[21] Berstein Omar Ricardo, Inminente cesacióbn de Pagos" ed.Astrea Buenos Aires año 2018.

Si sabido es que el perjuicio de la mora puede repararse por intereses moratorios, en sede concursal sabemos que no hay daños por incumplimiento y que en teoria (desmentida por la realidad) pueden percibirse esos intereses, sólo a veces, por acreedores privilegiados.

De donde, respondiendo a las preguntas de la ponencia propongo el cumplimiento de lo escrito en la ley, para ello está y es completo, previsor y coherente por las excepciones que marca y se viene repitiendo desde 1933 cuando en las diferentes reformas estructurales que tuvo nuestra ley concursal pudo ser modificado.
El sin fin de argumentos que se utilizan para abrir la segunda instancia, todos sabemos que son más urdidos por la inventiva letrada que reales.

El famoso argumento de la defensa en juicio, apuntaba Jorge Crespi, tantas veces no es tal. Recordemos que la segunda instancia no es exigencia constitucional como lo ha establecido la Corte Federal, pues el legislador puede preterirla por razones superiores sin afectar por ello el debido proceso.

Ahora bien, si se cambia el principio de la inapelabilidad y queremos acercar la ley a la práctica de nuestros tribunales, o sea que la ley diga lo que los jueces están dispuestos a hacer, podríamos mantener un principio orientador de la apelabilidad restringida sin violar la norma general.

Como en definitiva será el Superior quien decida si es excepcionable el principio de la apelabilidad restringida, permitamos cuando parte interesada lo requiera,la formación de un incidente de apelación separado que no detenga el proceso principal, que como incidente permita opinar a la contraparte (no la tradicional queja) y con un tratamiento de puro derecho, lleguemos a desentrañar si corresponde por su gravedad conceder la revisión.

Cautelares y medidas urgentes en los concursos

Viviana Graciela Rodríguez y Gladys Irene Causarano

Sumario

Los institutos del concurso preventivo y de la quiebra, prevén la necesidad de disponer de medidas cautelares de diversa naturaleza.

En el caso del concurso preventivo, dado que la finalidad del mismo es la preservación de la empresa, las cautelares están dirigidas a conservar no solo el patrimonio, sino también el capital, el crédito, los fondos en cuentas corrientes, entre otros, es decir, lo necesario para mantener la fuente de trabajo, las oportunidades de negocios, los clientes, los proveedores y el pago de impuestos y contribuciones sociales.

Si bien la ley prevee una serie de medidas cautelares, existe un sin número de ellas que no están tipificadas en la misma y que sin embargo los jueces deben dictarlas en aras a la tutela de derechos.
Consideramos útil realizar una clasificación, meramente enunciativa, según sean utilizadas en el Concurso o en la Quiebra.
En el presente trabajo se citó una serie de jurisprudencia y Doctrina con el fin de ilustrar cuáles son los criterios seguidos ante determinadas situaciones.

I. Introducción

Alguna doctrina considera al Concurso en sí mismo como una gran medida cautelar.

El proceso concursal, como proceso cautelar, ha disparado un deba-

te entre juristas italianos relativos a la naturaleza de la sentencia de Quiebra en el que se afirma que es una decisión prevalentemente cautelar, aseguradora de la igualdad de trato entre los acreedores, y que sus efectos ejecutivos y declarativos no ponen obstáculos definitivos a su naturaleza cautelar.[1].

La ley no puede, sin pecar de inconstitucional, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar estimen necesaria, para cumplir con su deber constitucional de, deparar según las circunstancias en cada caso, lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso. [2]

Las medidas cautelares que los jueces pueden disponer durante un proceso concursal, presentan algunas particularidades respecto a las dictadas en otro fuero. Bidart Campos opina que con ley; sin ley o contra ley, los jueces tienen la obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y pretensión del caso. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando dispone en el Preámbulo afianzar la Justicia. La falta de previsión legislativa específica no impide que puedan disponerse medidas cautelares acudiendo a : a) Principio de Leyes análogas; b) Principios generales del derecho y específicos en materia procesal; c) Debido proceso constitucional y al que surge en materia de Derechos humanos como pronto remedio de la jurisdicción.[3]

Algunos autores [4]consideran que las notas distintivas serían:
. Posibilidad de dictado de oficio
. Ausencia de contracautela : Respecto a este punto consideramos

[1] Citado por Prono Ricardo S. CAUTELARES Y OTRAS MEDIDAS URGENTES EN LOS CONCURSOS PAG 598- OPINIONES DE CANDIAN y CALAMANDREI; VEASE KELMALMAGER DE CARLUCCI AÍDA CUESTIONES DE COMPETENCIA, CUESTIONES DE COMPETENCIA EN LAS MEDIDAS URGENTES EN EL CONCURSO

[2] Bidart CAMPOS , LA PROHIBICION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ES INCONSTITUCIONAL, LA LEY, 2001- E, PAG. 1276 (SECC.: COLUMNA DE OPINIONES).

[3] CARBONE CARLOS A.: LOS DESPACHOS INTERINOS DE FONDO, ANALISIS DE SUS PRESUPUESTO: LA NOCION DE CERTEZA SUFICIENTE, LA EXIGENCIA DE LA URGENCIA Y LA IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO EN SENTENCIA ANTICIPADA, ED. RUBINZAL, COLZONI, SANTA FE, 2000 PÁG.89.

[4] Favier Dubois Eduardo (h) y Spagnolo Lucía – "Las medidas cautelares en el concurso preventivo para asegurar la continuidad de la empresa. Septiembre 2014.

que, excepto en aquéllas dispuestas por la ley (interdicción de salida del país del deudor, presentación de los libros para su intervención, inhibición general de bienes, etc), la contracautela siempre sería necesaria, puesto que es una exigencia de la ley de Rito.

. Posibilidad de afectar a terceros

. La posibilidad de perjudicar la competencia de otros jueces.

Respecto a la finalidad de las medidas cautelares, si bien parte de la doctrina afirma que existe una unitaria finalidad directa o indirecta que es la defensa de la integridad del patrimonio del deudor, sea ésta en interés del propio deudor, de los acreedores, de los trabajadores o de la comunidad en general, la realidad es que tales medidas a veces no están enlazadas con la integridad del patrimonio del deudor como por ejemplo: la solicitud de levantamiento de embargos trabados por diferentes acreedores sobre sueldos en caso de un concurso de persona humana que sólo tiene ingresos en relación de dependencia.

Por ello, opinamos que salvo en las cautelares establecidas por la ley, los presupuestos establecidos por la ley de Rito: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la contracautela, deben reunirse siempre.

El análisis de la contracautela, a nuestro entender, podría desalentar ciertos comportamientos desleales, y evitar que, quien pida una medida, tenga incapacidad para responder.

Un sujeto conocedor de su situación, estratégicamente podría efectuar reclamaciones con prescindencia del daño que ellas puedan provocar.

Podemos citar como ejemplo que un acreedor al solicitar la quiebra de una sociedad, también peticione la Inhibición General de Bienes, ofreciendo la caución personal como contracautela.[5] En el caso citado, se hizo lugar a la medida cautelar, sin embargo el actor no diligenció los oficios respectivos y desistió del proceso, peticionando el archivo de las actuaciones. El juzgado, valoró la conducta procesal del profesional, como irresponsable y negligente aplicando un severo llamado de atención. Consideramos que una verdadera sanción hubiera consistido en la aplicación de una multa procesal para disuadir a los potenciales peticionantes en el futuro, dado que el ac-

[5] Juzgado Concurso Quiebras y Sociedades . 1º Nom. Salta. "IKBA S.A. S/QUIEBRA DIRECTA" – EXPTE. Nº 5948754/17.

tor insumió varios meses de dispendio jurisdiccional, habilitando incluso el expediente en feria judicial, para luego desistir, habiendo obtenido tan sólo un llamado de atención, sin sufrir una agresión a su patrimonio.

Contrariamente, de las evidencias podría concluirse que ha utilizado esta medida para lograr un beneficio personal, como fue el de obtener el cobro de la deuda líquida y exigible denunciada.

II. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE ACUERDO AL MOMENTO DE SU DESPACHO

II. a. CAUTELARES ANTERIORES DE CONCURSO

El artículo 21 (penúltimo párrafo) de la ley 24522 establece que "en los procesos indicados en los incisos 2 y 3, no procederá el dictado de medidas cautelares.[6] Las que se hubieran ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados".
La prioridad que deriva del sistema cautelar ordinario, pierde efectividad pues el régimen de privilegios vigente en los concursos es el establecido por la propia ley concursal, que ninguna preferencia otorga a quienes hubieran cautelado bienes del concursado. [7]
En este sentido:" Cabe confirmar la resolución del Juez a quo que levantó el embargo sobre una propiedad decretado en otra sede, puesto que de acuerdo a la actual redacción del Art. 21 inc. 3 LCQ (T.O. Ley 260869), ante el simple pedido del concursado, el juez debe disponer el levantamiento de la medida, solo debiendo oír previamente al embargante. Por otro lado, no se causa perjuicio alguno a los acreedores laborales con el levantamiento del embargo, pues en el auto de apertura se debe haber dispuesto la traba de la inhibición general de bienes de la concursada (CFR. LC 14-7°) con lo cual no existe posibilidad de que el bien en cuestión pueda salir del patrimonio de la concursada.

La Cámara Nacional de Apelaciones, tras remarcar que el mantenimiento o dictado de medidas cautelares respecto de un sujeto en concurso preventivo carece de objeto, resolvió que abierto el concurso preventivo no se mantienen las medidas precautorias tra-

[6] La Sala D señaló al analizar el presente caso que el artículo 21 de la Ley de Concursos y Quiebras establece que "en los procesos indicados en los incs. 2 y 3 no procederá el dictado de medidas cautelares", a lo que agrega que "las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados".

[7] Prono Ricardo S. Obra citada. Pág. 593

badas con anterioridad, salvo las de los acreedores privilegiados a quienes no se les dirige la propuesta de acuerdo.[8]

Las únicas excepciones que existen al impedimento del dictado de medidas cautelares son las ejecuciones de garantías reales, donde el titular del derecho puede solicitar una medida cautelar sobre el bien gravado y los otros procesos del inciso 1 del artículo 21 (expropiación y los fundados en relaciones de familia). A modo de ejemplos citamos:

1. La afectación cautelar del Fideicomiso de garantía: implica la posibilidad cautelar de suspender la ejecución de un fideicomiso de garantía frente al concurso del deudor fiduciante y hasta tanto se verifique la obligación principal. [9]Por nuestra parte compartimos la opinión de la doctrina y jurisprudencia, dado que si los acreedores titulares de garantías reales se encuentran imposibilitados de disponer de los bienes objeto de tal garantía, hasta tanto obtengan la verificación de su crédito, por analogía, menos aún podría disponer el fiduciario de los bienes fideicomitidos.

2. Las medidas cautelares sobre cheques de pago diferidos emitidos con anterioridad a la solicitud de apertura del concurso preventivo y para el pago de obligaciones con causa anterior a tal pedido.

II. b. POSTERIORES A LA APERTURA DE CONCURSO:
Dentro de esta clasificación podemos citar: Anotación registral del concurso (Art. 14); Auditorias y Dictámenes del sindico para conocer los créditos laborales que tendrían derecho al pronto pago, sin pedido expreso de los Acreedores (Art. 16); El informe mensual que debe emitir la sindicatura sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales. La cautelar se fundamenta en la necesidad del síndico de contar con la información para elaborarlo. (Art. 14); La sanción de inoponibilidad a los acreedores de los actos realizados en violación a los Art. 15 y 16 y la eventual separación del deudor de la administración o la designación de un coadministrador, veedor o interventor controlador (Art. 17); la interdicción de salida del país del deudor y de los socios ilimitadamente responsables (Art. 14).

[8] ELEMCO SA S/CONCURSO PREVENTIVO (INC. DE LEVANTAMIENTO DE EMBARGO INM. ALSINA 815).
CAVIGLIONE FRAGA- OJEA QUINTANA
CAMARA COMERCIAL: C., 20070518

[9] Favier Dubois E. (h) y Spagnolo Lucía. "Las medidas cautelares en el concurso preventivo para asegurar la continuidad de la empresa". Septiembre de 2014.

II. c. CAUTELARES EN LA QUIEBRA:
Comprendería a la Orden de entrega de bienes, libros y documentos (Art.88 inc. 3 y 4); Prohibición de pago (Art. 88 inc. 5); Interceptación de correspondencia (Art. 88 inc.6); Interdicción de salida del país del deudor y sus Administradores (Art. 88 inc.8); Incautación (Art. 106 y 177); Clausura e Inventario (Art. 180); Medidas urgentes de seguridad, cuando los bienes existentes no ofrezcan seguridad para su conservación; Enajenación de Bienes perecederos (Art. 184); Administración de bienes por el síndico (Art. 185,186 y 187); La continuación de la empresa en la quiebra es, en sí misma, una medida cautelar (Art. 189 a 195) que a su vez engloba a otras cautelares como la designación eventual de un coadministrador (Art. 195 inc. 5) [10]; Acciones de responsabilidad extensión de quiebra (Art. 174 y 176) y Acciones de recomposición patrimonial.(Art. 118, 119 y 120).

II. d. CAUTELARES COMUNES AL CONCURSO Y A LA QUIEBRA:
1) La inhibición general de bienes del deudor y de los socios ilimitadamente responsables. Tanto en el concurso preventivo (artículo 14 inc. 7) como en la quiebra (art. 88 inc. 2)
2) Los juicios contra el concursado (Art. 21, 23,24 y 129). Algunas normas lucen como parcialmente complementarias (Art. 25 y 103).
3) Casos de necesaria aplicación analógica por vacío legal. Ej. muerte o incapacidad del concursado (Art. 105); vencimiento anticipado de las obligaciones a cargo del concursado (Art 128) que se ha juzgado aplicable en caso de Concurso preventivo; compensación de créditos y deudas anteriores a la presentación concursal (Art. 130) y obligados solidarios y coobligados en concursos plurales (Art. 135 a 137).

[10] Fabier Dubois E. (h) y Spagnolo Lucia. Las medidas cautelares en el concurso preventivo para asegurar la continuidad de la Empresa, Septiembre, 30 2014.

El descuento de cheques y el pedido de restitución de fondos. La protección del patrimonio de terceros y la seguridad jurídica

Ignacio Vicente Cenoz

Sumario

El presente trabajo trata una problemática que vincula al proceso concursal, particularmente lo referido a las medidas cautelares, y la operación financiera de descuento de chuques.

En tal sentido, se plantea la situación en la que el concursado solicita la restitución de los fondos percibidos por un acreedor por el cobro de los documentos descontados con fundamento en que se estaría tolerando que un acreedor de título o causa anterior perciba su crédito en violación al precepto del art. 16 de la ley 24.522.
Dicha situación reviste importancia practica y jurídica, puesto que se encuentran en pugna principios y derechos de suma trascendencia como la igualdad entre los acreedores y el Derecho a Propiedad del descontente, y operaciones comerciales habituales como el descuento de cheques. Al respecto, este trabajo busca volver a poner de manifiesto una situación que puede generar abusos por parte de los comerciantes concursados, afectando los intereses de su co-contratante.

En primer lugar, se plantea la cuestión, mencionando argumentos favorables a una y otra postura, luego se hará una breve caracterización del contrato de descuento de cheques, haciéndose referencia a contratos con características similares, para finalmente arribar a la conclusión de que resulta improcedente la restitución de los fondos percibidos por el descontante, puesto en hay transmisión de la propiedad de los chuques y el descontatario que ligado a la operación de manera subsidiaria.

1. Las medidas cautelares en el concurso preventivo

Las cautelares concursales presentan diferencias con las previstas para procesos ordinarios. Se dictan de oficio, no requieren de

contra cautela, pueden afectar a terceros, e inciden sobre la competencia de otros jueces.

Asimismo, su finalidad es la de mantener la integridad del patrimonio del deudor, no solo en su interés sino en el de los acreedores, trabajadores, y comunidad en general. Ello, a los efectos de que no salgan bienes del patrimonio del deudor, que mantengan su valor, procurar el cobro de créditos de titularidad del deudor, lograr el reingreso de bienes, o bien asegurar medios de prueba.

Existen las medidas cautelares *típicas*, que se dictan en el auto de apertura concursal, y las *no tipificadas o atípicas*, que son las que dictamina el juez en uso de las facultades que le otorga la ley concursal, como consecuencia del principio inquisitivo. Sin embargo, no deben dictarse indiscriminadamente sino valorando cada situación particular, teniendo en cuenta los derechos de terceros, la integridad patrimonial y la buena marcha del proceso concursal[1].

2. Descuento de cheques. Planteo de la cuestión

2.1. Solicitud de resitución de fondos y planteo de ineficacia. cuestiones debatidas

En un proceso concursal, se ha solicitado la restitución de los fondos percibidos por el descontante luego de abierto el concurso preventivo, con fundamento en que se estaría tolerando que un acreedor de título o causa anterior perciba su crédito en violación al precepto del art. 16 de la ley 24.522, volviendo al acto ineficaz de pleno derecho conforme el art. 17 de la misma ley.
A favor, se ha sostenido que el concursado queda ligado a una operación caracterizada por llevar implícita la garantía de los títulos, y responde por el efectivo pago de los documentos descontados, los que son entregados en custodia al acreedor tratándose, en efecto, de una operación de crédito con acumulación de deudores donde no hay transferencia de la propiedad de los créditos.
Se agrega que no debe confundirse con una compra de créditos, y que la entrega de los documentos se realiza *pro solvendo* y no *pro soluto*, debiendo el acreedor gestionar su cobranza para que una vez percibidos los importes, sean imputados en la cuenta del concursado o a la cancelación de un eventual saldo deudor.
Contrariamente, se ha planteado que la obligación del descontado de pagar la suma adelantada es subsidiaria.

[1] FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO Lucía; *"LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO PREVENTIVO PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA"*; Disponible en: http://www.favierduboisspagnolo.com.

Inclusive, se ha agregado que lo anterior es independiente de la forma en que se haya instrumentado la operatoria cambiaria, y que la circunstancia de que la cesión sea *pro solvendo* no quita autonomía a la transferencia de los créditos, los que quedan marginados del posterior proceso concursal[2].

También se ha sostenido que al pasar los títulos a formar parte del patrimonio del acreedor no podrá haber violación a la *pars conditio creditorum*.

2.2. Caracterización del contrato

El descuento implica negociar un cheque ante la necesidad del comerciante de vender el crédito incorporado al mismo a un tercero interesado en la inversión y, de esta manera, hacerse anticipadamente de dinero líquido a fin de emprender otras actividades.
De esta manera, el descontente le entregará los fondos descontando previamente la comisión, los gastos y los intereses. En forma correlativa, el descontado transmitirá los créditos y entregará los documentos, a fin de que se perciba directamente de los terceros deudores los importes que surgen de los documentos transmitidos a la fecha de su vencimiento, respondiendo ante su incumplimiento siendo una prestación el presupuesto de la otra. Por ello, se ha dicho que se trata de una operación auto-liquidable, puesto que se asegura el cobro del crédito.

La transmisión de los derechos crediticios será *pro solvendo*, es decir, el descontado no se liberará de su obligación de reembolso hasta tanto no llegue a "buen fin". El descontado transmite el crédito como medio de pago de la deuda por efecto del descuento y no como pago (*pro soluto*) de la misma, por lo que no existe novación de las obligaciones.

La transmisión del crédito en el descuento cambiario se efectuará a través del endoso y la entrega material del título a favor del descontante. Resulta importante destacar qué implica adquirir un derecho autónomo, es decir, con carácter originario *(iure proprio*), que impedirá invocar al tercero deudor las excepciones personales que pudiera tener contra su acreedor (descontado), a diferencia de lo que ocurre en el descuento simple, donde el descontante adquirirá los derechos del descontado con carácter derivado (*iure cessio*), por lo que el deudor cedido podrá oponerle las excepciones personales que tuviera contra el cedente.

En caso de falta de pago del documento, se podrá reclamar en forma extrajudicial o judicialmente, tanto al tercero deudor, sus garantes o

[2] "Servicios Integrados Bahía Blanca S.A. s/Concurso preventivo (grande) Legajo Art. 250 CPC" (Expte. 146.539); Cám Civ.yCom. B. Bca., Sala II, 05/05/2016.

avalistas como al descontado. En caso de iniciar el reclamo judicial el descontante tendrá la opción de ejercer acciones cambiarias (directa o de regreso, o ambas a la vez) o la acción causal, que se funda en el contrato de descuento.

El Código Civil y Comercial lo define en el art. 1.409 de la siguiente manera: *"Descuento bancario. El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título".*

2.3. Cheques diferidos y anticipo. Diferencias con el descuento

Se ha admitido la suspensión del pago de cheques de pago diferido librados con anterioridad a la presentación concursal y presentados al cobro entre aquella y el primer despacho. Nuevamente el fundamento se encuentra en conservar la *pars conditio creditorum* y preservar la continuidad de la empresa.
De lo anterior también se deriva que los pagos que se realicen serían ineficaces y obligarían a la concursada a promover las acciones pertinentes. En tal sentido, la admisión de una medida cautelar generaría economía de tiempos y esfuerzos.
Sin embargo, a pesar de que la infracción la estarían cometiendo los Bancos sin el consentimiento del acreedor, razones de buena fe y lealtad hacia el resto de los acreedores aportan un justificativo más a la procedencia de una medida cautelar.
En cuanto al anticipo, es una operación donde el banco pone a disposición una suma de dinero a favor de su cliente contra la entrega en caución o prenda de títulos de crédito por un importe mayor. Aquí la diferencia con el descuento radica en que mientras que en el anticipo los títulos son transmitidos en prenda, es decir, transmisión provisoria, en el descuento se transmiten en propiedad[3].

2.4. El fideicomiso en garantía

En los fideicomisos en garantía se presenta la situación en la cual, como consecuencia de la yuxtaposición de relaciones jurídicas, los beneficiarios son también acreedores de la relación jurídica principal garantizada. De manera que tanto el deudor como el acreedor tendrán un doble rol ante el concurso de aquel[4].

[3] FARINATI,Eduardo N.;"Descuento de documentos";La Ley On Line, 0003/014937; pg. 5.
4 CAPUTO, Leandro; "Fideicomisos en garantía y concursos: De las soluciones pre-

Frente a este supuesto se ha planteado la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecución de un fideicomiso en garantía frente al concurso del fiduciante – deudor. Ello, con fundamento en que la garantía es accesoria de una obligación principal debiendo el acreedor presentarse a verificar su crédito y se suspenda la realización del bien fideicomitido, en resguardo del principio *pars conditio creditorum*[5]. Es que el Juez del concurso debe constatar la existencia de la obligación principal y su incumplimiento.

Asimismo, en diversas oportunidades se ha admitido la suspensión de la ejecución ante la posibilidad de afectar seriamente el desenvolvimiento de la empresa.

En el mismo sentido, parte de la Doctrina especializada sostiene la procedencia de una medida de no innovar con fundamento en la protección de la empresa y la igualdad de los acreedores[6].
Contrariamente, se ha rechazado la procedencia de una medida cautelar atento a que no existe un obligación legal de verificar, y que resulta improcedente la suspensión de la realización de un bien que ya ha salido del patrimonio del concursado, pasando a constituir un patrimonio de titularidad de un tercero separado del patrimonio del fiduciante[7].

4. Conclusión

En el contrato de descuento de cheques hay una cesión de créditos por un precio donde se recibe por endoso y en propiedad el crédito transferido.

Dicho crédito es autónomo y originario, ya sea que se haya cedido por endoso o por cesión, y se sustituye en todos los derechos al acreedor originario.

El título no se entrega en procuración o con mandato de cobro, sino que hay un intercambio de activos financieros –anticipo monetario por un crédito-, donde el título se integra al patrimonio del nuevo acreedor

torianas a la necesidad de una reforma legislativa"; Ed. Legis, Bs. As., 2001; pg. 219.
[5] ISASMENDI, Armando J.; "El fideicomiso de garantía en el derecho nacional", La Ley, 28/05/2003, pág. 7 y sgtes.
[6] FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO Lucía; "LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO PREVENTIVO PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA"; Disponible en: http://www.favierduboisspagnolo.com.
[7] ARAYA Tomas M y TERAN Mario B.; "El fideicomiso de garantía y la cesión de créditos en garantía como garantías auto liquidables ante la insolvencia"; publicado en "El Fideicomiso en las sociedades y los concursos"; Ed. Legis, Bs. A.S., 2011; pg. 191.

y sale del patrimonio del descontado por el activo monetario.

Esto último lo diferencia del Fideicomiso en Garantía, cuya finalidad haya sido probablemente desde su origen justamente garantizar a un grupo de acreedores, además de que en el caso del descuento la percepción del cheque descontado de parte del tercero no afectaría en forma alguna el desenvolvimiento de la actividad económica del concursado quien percibió de manera adelantada una suma de dinero incluso obteniendo liquidez.

Además, la transmisión de los cheques realizada de conformidad con los preceptos de la Ley Cambiaria, independientemente de la manera en que se instrumente el contrato, implica que ingresen al patrimonio del nuevo acreedor. Ello lo diferencia de lo que ocurre con los cheques diferidos, que no salen del patrimonio del concursado.

Por su parte, la posición favorable a la restitución de los fondos confunde el descuento con el anticipo.

Por lo tanto, admitir la restitución de los fondos afectaría el Derecho de Propiedad del descontante con la posibilidad generar un enriquecimiento sin causa para el descontado duplicando la operación inicial.

Cabe señalar que si se admitiera la restitución, no estrían reingresando bienes al patrimonio del concursado puesto que si bien salieron, ello ocurrió cuando se encontraba *in bonis* y a cambio de otro activo a los que se sumaría lo cobrado por el descontante. Incluso no habría razones de lealtad o buena fe que admitan la restitución puesto que el cobro por parte del descontante a un tercero no menoscaba en patrimonio del concursado, quien ya había sido compensado con anterioridad ya que, perfeccionado el contrato de descuento, se sustituyó un activo por otro con el cobro del precio e intereses correspondiente cuando se encontraba *in bonis*. Por el mismo motivo, no se afecta la igualdad entre los acreedores.

Si bien la circunstancia de que la cesión sea *pro solvendo* implica que el cliente sólo se liberará cuando dicho crédito sea satisfecho, no deja de haber autonomía en la transferencia de los créditos[8].

Asimismo, la obligación del descontado de pagar la suma adelantada por el descontante es subsidiaria, es decir que opera cuando el obligado no satisface el crédito, o incluso puede no ejercerla nunca. Podría ser admisible solo si, configurado el incumplimiento por el tercer cedido, el descontante se cobrara del concursado.

8 "Servicios Integrados Bahía Blanca S.A. s/ Concurso Preventivo (grande)", Cám.Ap.CyC, Sala II, Bahía Blanca, 05/05/2016.

Como se dijo al principio, el rol de juez concursal –legalmente inquisitivo- debe ser ejercido responsablemente resguardando los derechos de terceros y atendiendo a las circunstancias del caso, por lo que admitir la restitución de fondos en casos como el que se plantea aquí –incluso cuando no se soliciten bajo el título de medidas cautelares atípicas- resultaría contrario a ello e incluso al principio de Buena Fe.

El juez debe utilizar un criterio restrictivo ante este tipo de pedidos ante el riesgo de afectar a terceros como el descontante quién podría ver menoscabado su derecho de propiedad frente a la mala fe de su co-contratante.

Bibliografía

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO Lucía; *"LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO PREVENTIVO PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA"*; Disponible en: http://www.favierduboisspagnolo.com.

FARINATI, Eduardo N.; *"Descuento de documentos"*; La Ley On Line, 0003/014937.

CAPUTO, Leandro; *"Fideicomisos en garantía y concursos: De las soluciones pretorianas a la necesidad de una reforma legislativa"*; Ed. Legis, Bs. As., 2001.

ISASMENDI, Armando J.; *"El fideicomiso de garantía en el derecho nacional",* La Ley, 28/05/2003.

ARAYA Tomas M y TERAN Mario B.; *"El fideicomiso de garantía y la cesión de créditos en garantía como garantías auto liquidables ante la insolvencia"*; publicado en "El Fideicomiso en las sociedades y los concursos"; Ed. Legis, Bs. A.S., 2011.

RIVERA Julio C. y MEDINA Graciela, *"Código Civil y Comercial Comentado"*, Tomo IV, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2014.

ZALAZAR Claudia E., *"Las medidas cautelares y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"*, La Ley On Line, AR/DOC/2979/2015.

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., *"Medidas cautelares en el proceso concursal"*, La Ley On Line, AR/DOC/1564/2015.

VAN THIENEN Augusto, *"Descuento de chueques de pago diferido con endoso "a buen fin". Concurso del endosante (descontatario). Obligación de la restitución de los títulos valores. Verificación de crédito "eventual". El caso BBVA – Banco Frances"*; Working Paper N°82/2012, CEDEF.

El concurso especial. Adecuación del procedimiento (un capullo que mutó en mariposa)

Alfredo Alesio Eguiazu

Sumario

Al dictarse la sentencia de quiebra indirecta, habiendo promovido un acreedor al que le asistiera un derecho real de garantía, antes o durante del concurso preventivo la respectiva ejecución y no habiéndose subastado el bien, a pedido de aquel, podrá el Juez concursal, adecuar el procedimiento de dicha ejecución al previsto por el art. 209 LCQ, recaratulándose como Concurso Especial, sin necesidad de inciar un nuevo proceso, en razón del principio de economía procesal.

Ponencia

El juez de la quiebra indirecta, a pedido del acreedor ejecutante al que le asista un derecho real de garantía, puede disponer que el respectivo proceso de ejecución suspendido por la sentencia de quiebra, se adecue y que siga tramitando como concurso especial, en razón del principio de economía procesal en virtud de las facultades que le otorga el art. 274 LCQ y leyes procesales locales.

El acreedor al que le asista un derecho real de garantía, durante el concurso preventivo tiene la posibilidad prevista en el art. 21 LCQ de ejecutar su privilegio a través del respectivo procedimiento ejecutivo que su título le permite, previa acreditación de la solicitud verificatoria.

En el supuesto que fuera declarada la quiebra indirecta, si pretendiese ejecutar su privilegio a través del concurso especial previsto por el art. 201 LCQ, se vería forzado a iniciar un nuevo proceso.

En las jurisdicciones que no existen juzgados con competencia con-

cursal y de ejecuciones, ocurre a menudo que las ejecuciones hipotecarias o prendarias tramitan por ante el mismo juez concursal.

Presentada la situación señalada, promover un nuevo procedimiento para tramitar el concurso especial devendría en dilatar aun más la satisfacción del crédito con garantía real, y así adjuntar nuevamente el título y volver a producir actos procesales ya realizados en la ejecución hipotecaria suspendida por el dictado de la sentencia de quiebra en razón del art. 132 LCQ.

A fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, puede el juez falencial en ejercicio de sus facultades ordenatorias, ya que la ley no lo prohibe, a instancia del acreedor privilegiado, adecuar dicho proceso de ejecución en el procedimiento del concurso especial.

En éste último. no es parte deudor, razón por la cual debe cesar su intervención y seguir con el acreedor y la Sindicatura, continuando el proceso hasta llegar a la sentencia en que se haga lugar o no al concurso especial y mandar llevar adelante la ejecución interesada.

El juez de la quiebra cuenta con suficientes facultades ordenatorias e instructorias otorgadas por el art. 274 y por las leyes procesales locales.

No existe ninguna limitación o prohibición expresa en la ley falencial que disponga lo contrario, así como tampoco con tal adecuación se vulnera derecho alguno de las partes en particular ni de la masa en general.

Esta mutación procesal no implica alteración de la independiencia procesal de los actuados, ya que antes era un proceso ejecutivo autónomo y ahora ha devenido en un incidente concursal, que se adecua en su trámite de acuerdo a las etapas cumplidas anteriormente, finalizando con la sentencia que acepta o no dicho concurso especial y que culminará con la orden de llevar adelante la venta en pública subasta del bien asiento del privilegio especial.

Dicha sentencia no altera su valor de cosa juzgada formal ya que la cosa juzgada material emerge de la sentencia verificatoria, en la que el deudor es parte, manteniendo su legitimación procesal al efecto.

En consecuencia, la adecuación del proceso mencionada resulta una manera de evitar dilaciones en el derrotero del acreedor que previ-

sor, acordó garantizar con un bien en particular la percepción de su crédito y que no habiendo logrado la ejecución durante el concurso preventivo en razón de la declaración de quiebra, ve acortado su camino, no debiendo comenzar un concurso especial, sino adecuando ese proceso a las normas del art. 209 para llegar a la satisfacción del sinalagma obligacional tenido en miras cuando su co contratante estaba in bonis.

Facultades judiciales para la protección de la caja de la empresa concursada frente a acreedores post concursales

Eduardo Mario Favier Dubois[1] *y Lucía Spagnolo*[2]

I. Síntesis

Conforme doctrina en expansión el juez del concurso posee amplias facultades para el dictado de las denominadas "medidas cautelares concursales", tipificadas o no tipificadas, sujetas a reglas distintas a las otras cautelares y cuyo objeto no es otro que la continuaciación de la empresa y la protección del patrimonio de la deudora en tutela de los acreedores.

-Dichas facultades cautelares tuitivas se extienden también con relación a agresiones de los acreedores postconcursales pudiendo dictarse medidas de protección de la caja y del "flujo de fondos" como un presupuesto para lograr la solución preventiva, mientras se encuentre en trámite el concurso y hasta la homologación.

-Entre las medidas que deben ser admitidas se encuentran: a) la autorización para la apertura de nuevas cuentas corrientes a nombre de la concursada, con protección de embargos; b) el dictado de medidas "anticautelares" previas a las que pudieran dictar otros jueces; y c) la autorización de fideicomisos de administración de la caja de la concursada.

[1] Libertad 567, piso 9º, CABA, CP 1012AAJ tel 011-4382-0973, mail: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com; web: www.favierduboisspagnolo.com
[2] Libertad 567, piso 9º, CABA, CP 1012AAJ tel 011-4382-0973; mail: lspagnolo@favierduboisspagnolo.com; web: www.favierduboisspagnolo.com

II. Fundamentos

1.-Las facultades del juez concursal para dictar medidas cautelares concursales tipificadas y "no tipificadas".

Son numerosos los antecedentes jurisprudenciales de medidas cautelares destinadas a procurar la continuación de la empresa concursada.
En tal sentido, cabe recordar algunas de las características de las medidas cautelares concursales[3] a saber:
En primer lugar, presentan particularidades respecto de las medidas cautelares comunes en materia de:
a) su posibilidad de dictado "de oficio";
b) la ausencia de contracautela;
c) la posibilidad de afectar a terceros; y
d) la posibilidad de perjudicar la competencia de otros jueces.
Si bien en el marco del proceso concursal no deben obviarse los presupuestos genéricos de toda medida cautelar, lo cierto es que éstos se ven modificados o atenuados en algunos casos como consecuencia de su vinculación al juicio universal.
Tales medidas pueden ser tipificadas por la ley o "no tipificadas"[4].
En ciertos supuestos y siempre que no se encuentre afectada la regla que preside el proceso que reza que "el patrimonio es la prenda común de los acreedores", algunas de las características generales de las cautelares son dejadas legítimamente de lado[5]
En segundo término, tienen, no obstante su aparente disparidad, una inequívoca y unitaria finalidad, directa o indirecta: la defensa de la integridad del patrimonio del deudor que, en caso de concurso preventivo, se manifiesta con la continuación de la empresa, sea ésta en interés del propio deudor, de los acreedores, de los trabajadores, o de la comunidad en general.
Esta defensa puede significar tanto evitar que los bienes salgan del patrimonio del deudor por acción del propio cesante o de terceros, como tratar de que mantengan su valor, procurar el cobro de créditos, el reingreso de bienes indebidamente sustraídos antes de la

[3] FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., "Las medidas cautelares concursales", publicado en R.D.C.O., año 1991, pág. 117 y sgtes.
[4] Favier Dubois, Eduardo M. "Medidas cautelares no tipificadas en los actuales procesos concursales: 'Cuota Hilton', A.P.E. y Fideicomiso", en la obra colectiva "Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos, ", Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial, Bs.As., 2008, pag.127.
[5] KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso", Revista de Derecho Privado y Comunitario; Concursos; 2002 N° 3, Ed. Rubinzal Culzoni.

falencia, la exigencia de las responsabilidades debidas, o bien asegurar bienes o medios de prueba.
La doctrina se va expandiendo para autorizar estas medidas[6].
Entre otros muchos casos de aplicación de esta doctrina puede mencionarse algunos pronunciamientos: C.N.Com, Sala E, "Cincuenta y uno cero ocho S.A. s/concurso preventivo, 17-3-089; CNCom., Sala F, "Trainmet Seguros SA s/ Liquidación Ley 20.091 s/ Incidente de continuación de actuaciones", 03.09.13.

2.-La competencia del juez concursal para intervenir en asuntos posteriores a la presentación en concurso.
En tal sentido cabe destacar:
2.1.-El juez del concurso es quien tiene el control de la administración durante el trámite del concurso
De conformidad con el art. 15 de la LCQ el concursado conserva la administración de sus bienes bajo la vigilancia del síndico.
Y si el concursado realiza alguno de los actos prohibidos o sin la autoización correspondiente (art. 16 LCQ), el juez del concurso tiene la facultad de disponer medidas sobre la administración, las que van desde una veeduría hasta la intervención con desplazamiento de la administración (art. 17 LCQ).
Las facultades legales propiciadas se encuentran estrechamente relacionada con la correcta administración durante el concurso, para poder permitir la continuidad de la empresa.
2.2.-Los actos sujetos a autorización
El art. 16 de la LCQ obliga al concursado a requerir autorización al juez del concurso para una serie de actos, entre los que se encuentran aquellos que excedan la administración ordinaria y los relacionados con bienes registrables.
Esta es una cuestión típicamente post concursal ya que estos actos necesariamente se presentan durante el trámite del concurso, y muchas veces para evaluar la conveniencia de la autorización el juez debe inmiscuirse en valoraciones sobre la administración post concursal.
2.3.-Medidas cautelares en créditos post concursales.
En los pedidos de quiebra por obligación preconcursal el propio juez concursal puede dictar medidas cautelares a pedido del acreedor (art. 85 ley 24.522) y el mismo juez concursal puede reducir la

[6] Hequera, Elena "Medidas Cautelares en los Procesos Concursales, DSC nro. 192, pag. 1141, Errepar; Dasso, Ariel "Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos", pag. 112 vta. Ed. Legis, Bs.As., 2008; ver de los autores "Las medidas cautelares en el concurso preventivo para asegurar la continuidad de la empresa", Errepar, DSE, nro. 324, tomo XXVI, Noviembre 2014, pag.1117

entidad del daño mediante su modificación o sustitución (conf. arts. 203 y 204 del CPCC), lo que abona su competencia en la materia.

3.-La necesidad de tutelar el "flujo de fondos" en el concurso preventivo[7]

El principio de protección del flujo de fondos se basa en que la preservación, continuación o mantenimiento en funcionamiento de la empresa concursada constituye un valor a tutelar por el régimen concursal en tanto giran a su alrededor una pluralidad de intereses: de los trabajadores, acreedores, fisco, accionistas y directores, la comunidad en general, en conjunto denominados modernamente como "stake holders"

El mantenimiento de ese principio de conservación empresaria en la ley vigente, es reconocido pacíficamente por la doctrina nacional[8]

Derivadas del señalado principio de conservación de la empresa, que está por encima de todos los derechos individuales que a través de aquel optimizan su propia realización, existen numerosas normas legales de protección del patrimonio del concursado, con especial tutela de los flujos de fondos necesarios para el mantenimiento de la actividad, durante el trámite del proceso preventivo[9].

Como bien enseña el mismo Alegría de las normas reseñadas puede extraerse un principio general aplicable a los flujos de fondos producidos durante la administración en el concurso preventivo, a saber: los flujos de fondos que ingresen o que se generen con posterioridad a la presentación del concurso por la administración de los bienes del deudor, deben utilizarse para mantener y facilitar el desarrollo de la actividad ordinaria del concursado. El mantenimiento de ese principio de conservación empresaria en la ley vigente, es reconocido pacíficamente por la doctrina nacional tal como se señaló.

---

[7] Favier Dubois, Eduardo M. "La tutela legal de los fondos "necesarios" para el ciclo operativo de la empresa ("cash flow indisponible"), Errepar, DSE, nro.280, tomo XXIII, marzo 2011, pag.277 en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (p); ver también FAVIER DUBOIS (h), E.M., "Fideicomiso financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso 'Bonesi': conclusiones provisorias y temas abiertos", LL 2009-F-735 y sgtes.

[8] HEREDIA Pablo D., "Tratado exegético de derecho concursal", T. I, pp. 321 y sgtes., Ed. Abaco, Bs. As., 2000; RIVERA Julio C. - ROITMAN Horacio - VÍTOLO Daniel R., "Ley de Concursos y Quiebras", T. 3, pág. 151 y sgtes., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; GRISPO Jorge, "Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras", T. I, p. 99 y ss., Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997.

[9] ALEGRÍA Héctor, "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", Suplemento La Ley, 28-08-03, pp. 1/14.

4.-Apertura de cuentas bancarias protegidas.

De lo señalado precedentemente resulta que los embargos no pueden afectar el flujo de fondos de una empresa en una medida tal que el impidan continuar con sus actividades, y que los derechos del acreedor deben ser resguardados mediante el embargo y ejecución de otros bienes de propiedad de la deudora.

Es por eso que el embargo de caja por un acreedor posconcursal que puede embargar otros bienes sería abusivo.

Al respecto, cabe señalar que el art. 10 del CCCN establece: "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos" cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico o se exceden los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sentado ello, y si uno de los fines del ordenamiento jurídico es posibilitar la continuación de empresas socialmente útiles, el derecho de los acreedores post concursales a cobrar sus deudas debe ejercerse sobre bienes que no impidan tal continuación, y no sobre la totalidad de las cobranzas de una empresa paralizando su flujo de fondos como en el caso.

En consecuencia, es procedente que el juez concursal autorice la apertura de una nueva cuenta bancaria a favor de la concursada con la órden de que no se podrá anotar en ella ningún embargo que no sea previamente autorizado por el juez concursal.

5.-El dictado de medidas "anti cautelares".

Una posibilidad que tiene el juez concursal es acudir al novedoso instituto de las denominadas "medidas anticautelares", a través de las cuales, quien puede resultar pasible de una medida precautoria perjudicial o abusiva puede presentarse ante la justicia para prevenirla o para solicitar que la medida sea dispuesta en la forma que le resulte menos lesiva.

Así, se ha definido que "la medida anticautelar es una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria"[10]La medida anticautelar no apunta de ningún modo a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar, sino a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cau-

[10] Peyrano, Jorge W., "Las medidas anticautelares", LL 2012-B-670.

telar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una empresa, comercio o entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar[11] Ahora bien: ¿dónde reside en la especie la verosimilitud acerca de que le asistiría razón al requirente de una anticautelar? Pues en la demostración de que la traba de una medida cautelar en particular le resultaría especialmente gravosa o la de que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial[12]

En suma, no se trata de vedar la traba de una medida sino de reemplazarla por otra menos gravosa siempre que el derecho del acreedor se encuentre razonablemente garantizado.

6.-El fideicomiso de administración sobre la caja de la empresa concursada.

Finalmente, otra posibilidad de protección de la caja es que el juez concursal autorice la constitución de un fideicomiso de administración de la caja[13] bajo el siguiente esquema:

1.-La empresa cede al fideicomiso sus cuentas a cobrar y le encomienda el pago de sus cuentas ordinarias.

2.-La empresa emite sus facturas con la leyenda de que deberán ser abonadas al fideicomiso

3.- El fideicomiso recibe los fondos de las cuentas a cobrar y paga las cuentas a pagar, gastos, salarios e impuestos.

4.- La empresa emite mensualmente (o con la periodicidad que corresponda) las instrucciones de pagos netos que debe hacer el fideicomiso, liquida las retenciones y emite los comprobantes.

5.-Finalmente, el fideicomiso emite un "Estado de Cuenta y Líquido Producto", donde rinde cuentas, determina un saldo, descuenta la comisión acordada y transfiere el eventual saldo a la empresa.

De esta forma, como las cuentas bancarias están a nombre del fiduciario, no las podría afectar ningún embargo, que solo podría alcanzar a las sumas que el fideicomiso pase a la empresa luego de pagados todos los gastos.

[11] Fernández Balbis, Amalia, "El despuntar de las medidas anticautelares", LL 2015-A-591.

[12] Peyrano, Jorge W., op.cit.

[13] Ver de los autores:-"Herramientas legales para el empresario frente a la insolvencia", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, pag. 226.

Al respecto, la pretensión de algún acreedor post concursal, pretendiendo que cualquier cobro que hiciera la concursada fuera de sus cuentas embargadas implicaría "elusión" o "evasión" de una medida cautelar es absolutamente contraria a derecho.

En primer lugar, porque los embargos siempre tienen un objeto limitado: las cuentas corrientes bancarias a nombre de la concursada y no otras cuentas.

En segundo término, porque no puede impedirse que la concursada perciba el producido de la venta de sus productos o servicios por otros mecanismos cuando no hay una medida cautelar expresa que lo prohiba.

Adviértase que para que se entienda que una medida cautelar sobre caja se estuviera violando debería haberse dictado una intervención recaudadora, establecerse el porcentaje de retención sobre ingresos brutos y pretenderse burlarla cobrando por otra cuenta, fuera de la vista del recaudador.

Por otro lado, prohibir a una sociedad cobrar sus créditos implicaría aplicarle el estado de "desapoderamiento" propio de la quiebra, cuando se trata de un concurso preventivo donde la deudora conserva la plena administración de sus bienes bajo vigilancia y control judicial.

"El futuro ya llegó! llegó como vos no lo esperabas", al derecho concursal

Carolina Ferro

Sumario

Existe una imperiosa necedidad de modernización de los procesos concursales a través del uso de la tecnología. Muchas de las normas contenidas en la ley de concursos y quiebras deben ser actualizadas, incorporando a la normativa la existencia y el uso de la tecnología – la era digital -.

En la actualidad podemos hablar de la ocurrencia de la tercera y cuarta revolución "industrial".

La tercera se vincula a las nuevas formas de usar la informacion. De ella, surgieron las actuales tecnologías de información y comunicaciones, las que facilitaron y a su vez volvieron irreversible la transformación digital y con ello la forma en la que las personas y empresas (en cualquiera de sus formatos) se relacionan.

La cuarta revolución industrial está basada en el mundo transformado por la reciente y no finalizada revolución digital (reciente, aunque lleva por lo menos 70 años, pero sus efectos no comenzaron a ser notorios hasta la adopción masiva del teléfono celular y su posterior versión inteligente en los últimos 15 años)

En el ámbito que nos ocupa podemos encontrar hoy concretamente la inclusión de las nuevas tecnologías, por ejemplo en la normativa para las SAS acerca de Libros Digitales, que dispone la utilización de Libro de Actas; Libro de Registro de Acciones; Libro Diario; y Libro de Inventario y Balances en forma digital.

También en el análisis del Decreto 27/2018 que entre sus aspectos relevantes prevé la posibilidad de prescindir de las formalidades esta-

blecidas en los arts. 73, 162, 213 236, 290 LGS y 320 y sgtes del CCCN, pudiendo llevar las sociedades registros digitales como los previstos para las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Lo cierto es que el derecho ya se encuentra imbuido de tecnología y revolución digital. Hoy los tribunales se encuentran obligados a resolver cuestiones relativas a la validez de una notificación vía e-mail (por ejemplo conteniendo con una comunicación de voluntad para la formación de un contrato), a las formas de las constancias en un proceso relativas a los correos electrónicos recibidos por las partes y el valor de convicción de dichos elementos, según la forma en que pueda demostrarse su autenticidad, si constituyen elementos que formen convicción, son indiciarios, o completamente inconsistentes dependiendo los fines pretendidos. Asimismo deben resolver sobre contratos digitales, su jurisdicción, alcance, contenido y cumplimiento[1].

Sin embargo no concluye en tales materias la invasión de la teconología y digitalización.

En efecto, existe una imperiosa necedidad de modernización de los procesos concursales a través del uso de la tecnología.
Muchas de las normas contenidas en la ley de concursos y quiebras deben ser actualizadas, incorporando a la normativa la existencia y el uso de la tecnología – la era digital -.
Lo contrario obligará en algún momento – más temprano que tarde – a los jueces a adoptar medidas de forma pretoriana para resolver los conflictos que puedan suscitarse en relación a situaciones no previstas vinculadas a la tecnología, a servicios y bienes existentes en la órbita ya no solamente física.

---

[1] PEREZ MORALES, GONZALO MARTIN c/ BOOKING.COM ARGENTINA S.R.L. Y OTROS s/ORDINARIO Expediente N° 23900/2016/CA1 Juzgado N° 28 Secretaría N° 55 16 de febrero de 2017.

"KOSTEN, ESTEBAN C/ MERCADO LIBRE S.R.L. S/ ORDINARIO", registro n° 34503/2014, procedente del JUZGADO N° 21 del fuero (SECRETARIA N° 41) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, SALA D, 22 de marzo de 2018

A continuación solamente trataré – a modo de ejemplo – algunas circunstancias que hay que comenzar rápidamente a ver desde la óptica de la nueva era (digital).

La correspondencia

Entre los efectos de la quiebra, reza el artículo 114 que *"La correspondencia y las comunicaciones dirigidas al fallido deben ser entregadas al síndico. Este debe abrirlas en presencia del concursado o en la del juez en su defecto, entregándose al interesado la que fuere estrictamente personal".*

Respecto de este tema hay muchos interrogantes para plantear. El más importante sería determinar si en un mundo en el cual, como referí al inicio, en el que se produjo una tercera revolución "industrial" vinculada a las nuevas formas de usar la informacion, es necesaria la intercepción de la correspondencia.

Es innegable que a través de ese mecanismo (más allá de ser una forma de hacer efectivo el desapoderamiento) éste representaba un medio idóneo de colección de información, que hoy ha devenido abstracto, ya que existen otros muchos medios para reunir información. Más allá de las respuestas de fondo que en relación a este punto puedan ensayarse, sobre la pertinencia de mantener el desapoderamiento sobre el correo, también corresponde analizar, si ello es posible en la era digital.

Conocemos que la constitucion de un domicilio legal fisico ya es complementado y en algunos casos reemplazado por la constitucion de un domicilio digital (dirección de email), aunque no existen exigencias respecto a las características que tiene que tener estas direcciones, y para los supuestos en que ello está previsto, por ejemplo a través de la consulta de un portal o se presume informado en forma inmediata al envío de comunicaciones a dichas casillas de correo. (PJN/AFIP/ARBA/GCABA).

En la actualidad la comunicacion además de ser instantánea, ya no requiere de direcciones físicas o estáticas. Incluso se pueden realizar comunicaciones punta a punta (entre dos individuos) sin tener que hacer intervenir un servidor intermedio.

Se observa una tendencia irreversible a la comunicacion digital y si

se trata de una empresa de consumo masivo con o sin intermediarios, se utilizan plataformas de comunicación interactiva (portales, con acceso personalizado). Esto ocurre desde empresas alimentarias hasta las automotrices, incluyendo los comercios, el transporte, la salud e incluso la industria (esta ultima interesada en interconectar sistemas más que personas, pero igualmente digitalizadas) .

De esta forma, la comunicacion a través de servicios regulados (el correo oficial) pasa de ser obligatorio a ser accesorio y eventualmente desaparecer (por ejemplo la comunicacion de los bancos hacia sus clientes, ya no es obligatoriamente en papel, pudiendo ser digital, no siendo necesario el envío de resúmenes, sino únicamente informando la disponibilidad de los mismos, para que sea el cliente quien efectivamente acceda a travez de un portal de usuario para su consulta)

A su vez los servidores de correo pueden ser públicos o privados. Por ejemplo, google disponibiliza gmail que es un servidor de correo público, de esta forma, no es necesario ser empleado de google, ni siquiera tener un servicio pago, para contar con una casilla de correo en sus servidores (igualmente se establece una relación contractual entre las partes). Google es quien administra esos servidores y hace una promesa de no ver el contenido que hay en las casillas.

Luego cualquier sujeto puede implementar sus propios servidores de correo electrónico y determinar quienes pueden tener una cuenta allí.

En este último caso, para que un cliente de correo pueda enviar un mensaje, debe poder reconocer como valida una dirección de internet que tenga asociado un servidor de correo. Eso lleva vulgarmente el nombre de dominio de internet.

Así, gmail.com es un dominio de internet, pero también ferrolegar.com.ar es un dominio de internet. La principal diferencia entre estos dos dominios es que uno esta siendo administrado por una organización norteamericana, mientras el segundo es administrado por una organización argentina. Luego, los servidores de correo electrónico, podrán estar ubicados en cualquier lugar del mundo y serán contactados para la entrega del mensaje luego de haberse producido la traducción correspondiente.

Nada obliga a las empresas o empresarios a tener una dirección mail o dominio de internet que deba ser administrado por el Centro de

Información de la Red para Argentina, que es una oficina dependiente de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación bajo la órbita de la Dirección Nacional de Registro de Dominios de Internet (nacional).

Lo interesante de esto, es que nic.ar (administradora del estado local) sí es una organización regulada y podría por ejemplo, modificar la asociación entre alias y dirección de internet de un servicio de correo, si quisiera redirigir todo el correo que tiene como destino una dirección a su cargo. (interceptar la correspondencia).

De suceder esto, el receptor de ese correo deberá montar una infraestructura de correo capaz de recibir el correo enviado a dicha organización, pero solo es posible para el caso de dominios bajo la tutela de nicar (nacional).

Aquellos sujetos que decidan utilizar servicios públicos (como Gmail) o privados pero con dominios creados fuera del territorio nacional NO podrían ser interceptados compulsivamente de ninguna forma.

Ello desata interrogantes como: ¿hay que obligar a los incluidos en el art. 320 CCCN a que sus dominios sean locales? Pues no sería justo disponer la interceptación de la correspondencia sólo respecto de aquellos sujetos cuyo dominio sea nacional, y que soslayen tal cautela los que alojaron sus dominios en el exterior. ¿Estarían obligadas empresas no radicadas en el territorio nacional, a informar de la existencia de relaciones con empresas o personas, relacionadas al correo contenido del electrónico?

Una vez más, ¿sigue siendo necesario interceptar la correspondencia? ¿Bajo que principio del derecho concursal?

La publicidad en los procesos concursales

La publicidad en los procesos concursales está prevista a través de la orden de publicar edictos de la resolución de apertura, de la conclusión del concurso, además la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos, el decreto de quiebra, la enajenación de la empresa como unidad, la venta de bienes por subasta, el informe final y

proyecto de distribución.
Muchísimo se ha discutido sobre la efectividad de la publicación de edictos, sobre todo en relación a la caducidad del dividendo concursal, sin embargo esta cuestión ante el avance de la tecnología puede ser una vez más revisada.

En primer término cabe señalar que sería atinado dentro de los requisitos del concurso preventivo (art. 11) requerir al deudor el domicilio electrónico de los acreedores que denuncia. Obviamente esto conlleva la necesidad de una reforma legislativa en tal sentido, pues mi postura es contraria a la extensión de facultades judiciales que habiliten la exigencia de recaudos no previstos por la ley, salvo en casos excepcionales.

Ahora bien, en punto a la eficacia actual de la publicidad edictal corresponden al menos dos análisis. El primero relativo a que éste es el único medio que permite presumir el conocimiento por los terceros de aquello que se hace conocer por dicho medio. Se trata de una ficción legal hasta la fecha irremplazable, más allá de las críticas que ha recibido.

Por otra parte, en la actualidad es posible disponer de formas más eficientes de información cuando esta tiene el carácter de pública, facilitando el desarrollo de sistemas que automaticen el proceso de consulta.

El ejemplo concreto es el boletín oficial y las publicaciones relacionadas con sociedades https://www.boletinoficial.gob.ar/, la utilización del boletín oficial como instrumento de comunicación puede habilitar que la misma información quede disponible en un lenguaje de maquina, que permita que otras aplicaciones puedan consultar en forma remota, inmediata y masiva el estatus actualizado de todos los registros históricos y actuales.

Una mejor técnica – digital y legal - simplificaría los procesos, la toma de conocimiento del estado de deudores (concurso o quiebra) volviendo mas eficientes los procesos concursales

No puedo soslayar que el acceso a la información digital no es posible en todo nuestro país con igualdad, pero tampoco es así el acceso a la publicación física. De hecho, si consideramos que en la Argentina existe 1,1 teléfono celular por habitante con acceso a datos, es

más posible el acceso a la información en la actualidad a través de publicaciones que pueden encontrar su replicación en la web, que cuando se adoptó la publicación de edictos como medio de comunicación en el mundo del formato físico.

De este modo la tecnología, y la publicidad edictal en medios que tengan un correlativo soporte digital facilita este efecto de publicidad que la ley hace presumir.

Continuación de la explotación

Es importante revisar también que pasa en los supuestos de continuación en el funcionamiento de la actividad empresaria, sea en el marco del art. 48 o del art. 189 y siguientes de la ley concursal. Ello se plantea ante la inexorable existencia de dominios y servidores por parte de la mayoría de las actividades empresarias y la posible necesidad de interceptar ya no la correspondencia sino las comunicaciones, que en muchos casos pueden conformar el activo social (redes de distribución). Ante tal circunstancia se plantea la necesidad de tomar control de activos digitales, las credenciales necesarias para administrar o redirigir el trafico de dichos servidores o agentes intermediarios (servicio de resolución de nombres - direcciones de internet). En la actualidad esto demandara del conocimiento de la existencia de esos dominios y de la colaboración de las partes para acceder voluntariamente a los sistemas de gestión de los mismos.

Otros activos

Es necesario empezar a pensar en la información y en los sistemas como parte integrante de los activos de la actividad empresaria.

Este trabajo es sólo una aproximación a un terreno inexplorado, respecto del cual hay muchísimo por hacer y contra reloj.

Argentina presenta un atraso generalizado respecto de estas cuestiones, y ello sin pensar en otros activos como pueden surgir ante la existencia de monedas digitales (Criptomonedas) o mercados de activos digitales no regulados, que dificultaría aun mas el seguimiento de activos financieros. Bitcoin y otras criptomonedas han y continuan siendo asociadas a lavado de activos y financiación ilegal, pero también como atesoramiento de difícil trazabilidad.

Cualquier reforma de la ley concursal que no abarque esta temática será vetusta al momento de ser sancionada, porque la velocidad de la revolución digital y de la información conlleva una vorágine que está siendo desatendida por todos los operadores del derecho.

Conclusión

Mantener mecanismos pensados en base a las restricciones (limitaciones) de la lógica del mundo físico en la lógica del mundo digital es ineficiente.

Digitalizar no es lo mismo que modernizar, digitalizar es hacer el Boletín oficial en formato digital, mientras que modernizar es convertir por ejemplo la accesibilidad a una base de datos pensada para manejo de grandes volúmenes. E importa crear la infraestructura y adaptar los procesos para crear, colectar y dar uso a esos grandes volúmenes de datos en favor de aumentar la eficiencia. Por ejemplo en relación al registro de juicios universales, cuya constitución las nuevas tecnologías volvieron posibles y más económicos que los sistemas tradicionales.

Para empezar se propone apoyar la idea de bases de datos centrales, sin poner en peligro las autonomías provinciales, considerando que dicha infraestructura no necesita tener copia de los datos, solo permitir su acceso unificado y simultáneo, normalizado (en formato simple), accesible desde Internet e integrable (consumible) desde otros sistemas informáticos.

Sobre oralidad y celeridad en el proceso Civil y Comercial -La experiencia concursal-

Dario J. Graziabile

Sumario

La oralidad en el proceso civil y comercial solamente otorga inmediación, pero de ninguna manera privilegia la celeridad sin ningún otro elemento procesal que lo constituya, como recursos humanos e infraestructura.

La oficiosidad –con la correlacionada disminución del principio dispositivo- buscada para facilitar la oralidad conspira contra la economía procesal.

La celeridad y oralidad necesitan una necesaria modernización del proceso civil y comercial.

La experiencia concursal es una de las mejores maneras, comenzándose con la limitación de las notificaciones y las apelaciones. Una buena experiencia, desde el ámbito concursal que puede extenderse a otros fueros judiciales.

I. Introducción

En una impronta renovadora y una firme decisión política de acelerar a través de la oralidad los procesos civiles y comerciales el Ministerio de Justicia de la Nación ha lanzado el sistema Justicia 2020 que en lo que aquí importa promueve la reforma de los Códigos de Procedimiento Civil y Comercial a los fines de reducir el tiempo de trámite de los procesos contenciosos de estas materias del derecho promoviendo la inmediación judicial a través de la incorporación de la oralidad.

Por un lado el Ministerio de Justicia pretende transformar la gestión judicial impulsando la oralidad para poner la justicia de cara a la sociedad y mejorar la percepción ciudadana de la labor judicial. La oralidad se alinea de modo preciso con esta visión

Por otro, y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, pero con pretendida extensión a todas las jurisdicciones se viene impulsando un anteproyecto de reforma de Código de rito civil y comercial. En el mismo se pretende reducir los plazos procesales, controlar la duración del período de prueba, aumentar la calidad de las decisiones judiciales a través de la inmediación y concentración de la prueba en audiencias orales.

II. ¿Oralidad es sinónimo de celeridad o sólo de inmediación judicial?

La pregunta sería si existe realmente en el derecho procesal civil y comercial un principio de oralidad. Más allá de la oralidad o la escritura lo que se busca es la aplicación del principio de concentración y de inmediación, aunque realmente lo que se requiere es una perfecta aplicación del principio de preclusión que garantice la celeridad procesal.

La concentración de la prueba a partir de la celebración de la preliminar que sirve de auto de apertura a prueba y la vista de causa que concentraría en ella todas las audiencias de absolución de posiciones y testimoniales, no se constituyen en supuestos únicos de cumplimiento de tal principio de concentración sino que con ellas lo que se logra es la aplicación concreta lisa y llana del principio de inmediación judicial.

En realidad con la oralidad, no se soluciona los problemas de retraso de la justicia dándole celeridad al proceso si no que con ello se busca que el justiciable tenga contacto con el juez y viceversa, lo que seguramente, nadie se atrevería a negar sus bondades, sin embargo, eso se da de bruces con la pretendida actividad procesal oficiosa del juez dentro de un proceso de neto tinte privatista, donde se desdibuja y se desmerece la labor del abogado, ya que pareciera que el justiciable necesita la contención del juez en el pleito. Entonces, en un ambiente estrictamente patrimonial, no pueden soslayarse los principios dispositivos y de contradicción, por lo que en esta impronta de oralidad, no debe dejarse de lado la labor del letrado y la

relación con su cliente. En otras palabras que a través de la oralidad se contacten juez y parte, que a través de las audiencias se logre la concentración, pero que no se deje de lado que estos procesos civiles y comerciales son lo que sean en el pleito el interés de las partes, y por más que se quiera ellas son las que deben llevar adelante, con la asistencia técnica correspondiente al juicio adelante. Claro si, tomando los recaudos necesarios para darle celeridad y reducir los tiempos de la justicia, que la audiencia preliminar fije las pruebas, que ellas se hagan en vista de causa pero que las partes sean las que deban comprometerse, en pos del principio dispositivo a proveerlas al proceso, claro está con el auxilio necesario de la administración de justicia.

Salvo claro, en aquellos casos donde esté involucrado el interés general o el orden público, donde tal disposición procesal debe ceder frente a la actividad oficiosa del juez.

La oralidad solo hace a la inmediación y los resultados prácticos en otras sedes judiciales (vg: tribunales laborales o de familia) se advierten ostensiblemente contrarios a la celeridad procesal. Y la inmediación debe ser vista desde el ámbito procesal, es decir la cercanía del juez a los elementos de prueba, pero no en relación a la mentirosa idea de que el justiciable debe tener contacto con el juez o que tiene derecho a conocerlo.

III. Propuestas de reforma. ¿Qué se busca?

Hay una impronta reformista que busca lograr celeridad modificando los principios procesales involucrados.

Se pretende que la gestión judicial y la dirección del proceso por parte del juez deje de lado el interés de las partes en la activación del proceso y la producción de la prueba. Se busca por un lado, la convivencia entre el principio dispositivo y el impulso oficio de los juicios, sin embargo, aquella regla que rige la actividad de las partes queda borrada de un plumazo. Se sostiene que la dirección del proceso a través del principio dispositivo la tienen las partes y no el juez quien se ha convertido en un autorizador o denegador de los peticionado por las partes.

Sin embargo ello resulta falaz, ya que una cosa es la disposición del proceso que tiene las partes y otra por el contrario las herramientas

procesales con que cuenta el juez para dirigir el proceso. Es claro que a partir de ello, las partes disponen de la pretensión, los hechos alegados y la prueba a producirse, y será el juez quien dirija el proceso haciendo cumplir las etapas procesales y respetando los tiempos judiciales. Y tal impulso procesal que permite dirigir el proceso mal puede ir en desmedro del principio dispositivo, suplantando la actividad de las partes, sino que ello debe servir para evitar la paralización del juicio y lograr la celeridad procesal, aplicando las reglas de decaimiento de derechos y paso de una etapa procesal a la otra, por aplicación del principio de preclusión. Ello implica que el juez no debe llevar adelante las acciones procesales de las partes sino que debe darles por pérdidas las que ellas no hayan realizado en tiempo oportuno.

La oralidad para que imponga celeridad procesal es necesaria que vaya acompañada con un cambio total del sistema judicial, desde el punto de vista procesal, pero mucho más necesario es que se haga desde el punto de vista infraestructural.

IV. La oralidad: un cambio de paradigma

Es más que claro que la oralidad como sistema procesal tendiente a la celeridad tiene sentido en un sistema judicial distinto al de raigambre continental de nuestro país. Lo mismo ocurre con la dirección judicial procesal inalterable y la eliminación del principio dispositivo.

Ahora bien, las premisas sentada por el *National Center for State Courts* de los Estados Unidos, que tienden a la supervisión judicial del proceso, tiene que ver con la celeridad y no con la oralidad, cuya aplicación en el ámbito local es un neto cambio de paradigma Tales principios son: desde la interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva el juez dirige el proceso, tiene a la alcanzar la resolución justa y eficiente de los casos sin importar la actividad procesal de las partes y sus abogados y el compromisos judicial para reducir las demoras procesales.

Pero ello es muy distinto a la inmediación que se pretende a través de la oralidad. La visión de la prueba que tiene el juez a través de la oralidad nada tiene que ver con la celeridad, en todo caso eso hace a la inmediación y también a la concentración de la prueba. En todo

caso si esta concentración, que es lo único que puede ser relacionado con la celeridad procesal, tiene a acortar o hacer cumplir los plazos del período probatoria, sencillamente eso se soluciona, dándole herramientas certeras al juez para ello, tanto posibilitándole dar por perdida la prueba no producida temporáneamente sin necesaria petición de la otra parte, y más drásticamente la posibilidad de declarar la caducidad de instancia en forma oficiosa sin necesidad de intimación previa.

Por otro lado la oralidad puede tender también a la conciliación aunque ello tampoco hace a la celeridad procesal pero favorece a la conclusión anticipada del proceso. En la mayoría de las jurisdicciones existe la mediación extrajudicial previa, la cual, con las herramientas y la capacitación correcta de los mediadores evitarían el dispendio judicial que importa iniciar un proceso para luego conciliarlo si pudo fácilmente eso ser solucionado con anterioridad sin necesidad de la intervención estatal.

Entonces la oralidad y la exclusión del principio dispositivo no hace a la celeridad procesal y en todo caso, en un futuro no muy lejano, a partir de que este sistema se ponga en marcha, se avizora una ostensible debacle porque mal puede el estado proveer de la infraestructura y el capital de trabajo para que el sistema judicial supla la actividad, que ahora, realizan los abogados, auxiliares de la justicia, a través de la disposición del proceso, que por otra parte, se hace en interés de las partes tratándose en este tipo de procesos civiles –y comerciales- de neto contenido patrimonial.

Bienvenida la audiencia preliminar a los fines de proveer una posible conciliación y recortar la prueba ofrecida para producir solo la que sea útil al proceso. También en su caso será válida la vista de causa para que el juez tenga la inmediación necesaria para resolver el conflicto. Pero está destinado al fracaso que el sistema judicial pueda hacerse cargo de medidas probatorias que en la mayoría de los supuestos se desarrollan extrajudicialmente, aunque siempre dándole al juez las herramientas necesarias para evitar la paralización del proceso y tender a su agilización, llegándose a la vista de causa teniéndose por desistida la prueba no producida por las partes.

V. Celeridad en el proceso concursal

La celeridad es un típico principio procesal resaltado para el proce-

so concursal. La rapidez en la solución de los conflictos sometidos al concurso es una de las principales causales del éxito de una ley concursal. La ley 24.522, enfatizó éste principio a través de la reducción, en general, de los plazos para llevar a cabo las diversas etapas del proceso (vgs. verificación, liquidación). Se establece además que será responsabilidad del juez la prolongación injustificada del trámite, lo que podrá ser considerado mal desempeño (art. 273 *in fine* LCQ). La verdad es que varias normas concursales llevan a la celeridad del trámite, ya sea por imposición a los sujetos que intervienen en el proceso a través de la perentoriedad de los plazos 273 inc. 1º LCQ, u otorgando facultades a los órganos concursales para que procuren la celeridad concursal, a través del impulso de la causa por parte del juez (*proemio* del art. 274 LCQ) o efectuando las peticiones necesarias por parte del síndico para la rápida tramitación de la causa (art. 275 LCQ). También la aplicación de las normas concursales de los códigos procesales locales será de aplicación en el concurso cuando sean compatibles con la rapidez y economía del proceso (art. 278 LCQ). La celeridad procesal viene de la mano de la referida economía, la cual se trasluce en la concreta economía temporal en los plazos del proceso, es decir que no estamos ante el verdadero principio de economía procesal sino "a la economía de la ley, es decir su integridad como sistema. La economía concursal busca la integridad de normas para lograr la reducción temporal en el logro de los fines del proceso.

Consecuencia del sistema concursal nace la oficiosidad e inquisitoriedad del proceso concursal, lo que importa el impulso y disposición procesal que se encuentra a cargo del oficio del concurso, esto es el juez como director del proceso y la sindicatura como funcionario técnico económico-contable impulsor de la causa. Igualmente los principios si bien similares no son idénticos, la oficiosidad la relacionamos con deberes del oficio del concurso para llevar adelante el proceso tomando las medidas que crea necesarias, para instarlo; y la inquisitoriedad, disposición del proceso por el oficio concursal, se relaciona con facultades dentro del proceso para la investigación procesal sin necesidad de que las circunstancias sean introducidas por las partes, es decir existe un impulso procesal oficioso y un conocimiento inquisitivo. Sin embargo ambos principios coinciden en que los poderes del juez –o del oficio de la quiebra así queda incluido el síndico- son acrecidos no sólo cuantitativamente sino respecto a las decisiones a tomar. La oficiosidad es la sustitución del impulso privado por el de oficio, creemos que no está dada por la iniciativa

del proceso, a instancia pública o privada, sino respecto a su desarrollo luego de la apertura. No se trata solamente de aplicar de oficio la ley respecto que todos los jueces hacen en todos los casos, sino de actuar la ley por el tribunal, sino que declarado el concurso, pues no se puede instaurar de oficio, no solo se aplica la norma correspondiente, sino que el juez impulsa el proceso (aspecto procesal) y recurre a las instituciones y remedios más aptos, aun sin petición de parte de otro órgano (aspecto sustancial). Esto se ve claramente en la imposibilidad procesal concursal de autocomposición de la litis. Y hay oficiosidad cuando el juez dispone la extensión de la quiebra de la sociedad a los socios ilimitadamente responsables o cuando declara la ineficacia de pleno derecho de un acto sin pedido de parte interesada; él insta el proceso y no las partes. También en este caso existe inquisitoriedad, porque no obligaría al juez la opinión del deudor y hasta de todos los acreedores que se pusieran de acuerdo en contrario. Lo cierto es que en el concurso el juez actúa las más de las veces de forma inquisitiva, pero rara vez en forma oficiosa. Debemos dejar en claro que esto no afecta los derechos de los deudores y acreedores sino que el oficio de la quiebra insta el proceso en forma oficiosa y producir cognición en forma inquisitiva, sin suplir cargas procesales de las partes.

El camino tomado no va a llegar al fin o lugar pretendido, oralidad y oficiosidad atentan contra la celeridad y el desconocimiento de la preclusión procesal también. Debiera advertirse primero las razones de la lentitud del proceso judicial, aunque ello no resulte simpático, para luego poder encontrar sus soluciones, si realmente ello es lo que se busca o sólo es un relato expositivo.

VI. Conclusión

1. Es válida la oralidad si se busca con ello la inmediación del juez en relación a los elementos probatorio que se introduzcan en el proceso.

2. No lo es por el contrario si con ella se busca celeridad, porque tal participación del juez en la administración de justicia a la larga conspira con la economía procesal, salvo que paulatinamente se vaya aumentando la capacidad humana y de infraestructura para palear tal desenlace como ha ocurrido en todas las demás experiencias del ámbito local en cualquier otra materia donde se utiliza la oralidad.

3. Tampoco lo es si lo que se busca es exteriorizar a la sociedad

4. La oficiosidad no es válida en este tipo de procesos civiles y comerciales donde se involucran cuestiones patrimoniales de puro interés privado sin casi ningún supuesto de injerencia del interés general.

5. La oficiosidad y la disminución del principio de disposición tampoco provee de celeridad al proceso, pues eso lleva sólo un cambio de manos, el avance procesal ya no a cargo de las partes si no de la administración de justicia, aunque ello, frente a intereses privados, estrictamente económicas queda expuesto como una ingenuidad.

6. Para lograr la celeridad buscada debe tomarse el toro por las astas y no buscar soluciones mágicas sino modernizar el sistema procesal, dotándolo de las herramientas necesarias para ello, eliminándose las notificaciones al domicilio constituido las que deviene superfluas frente a los sistemas informáticos actuales que permiten conocer rápidamente las resoluciones, poner énfasis a la caducidad de instancia posibilitando una declaración oficiosa sin cortapisas, proveer un proceso civil y comercial de un cronograma de pasos procesales preclusivos con un rígido respeto de los plazos procesales, permitir de oficio o de pleno derecho que al vencimiento de cada uno de las etapas procesales se pierdan los derecho no ejercidos, para así llegar rápidamente al dictado de la sentencia.

7. Ello puede ir complementado con un sistema de apelabilidad restringida, limitación de la prueba y la creación de tribunales especializados, si lo que se busca es la celeridad del juicio contencioso civil y comercial, debieran crearse juzgados de ejecución o de menor cuantía y retirar de aquellos juzgados los procesos sucesorios, porque ello desvía la actividad de la administración de justicia, teniendo injerencia en cuestiones no contenciosas innecesariamente.

8. Debieran tomarse los sistemas probados y eficientes, como el caso de la economía y celeridad procesal de los concursos para otros fueros judiciales, y no repetir fórmulas que han fracasado en otros procesos de otras ramas del derecho.

9. Debe reconocerse las bondades del sistema procesal concursal en este punto, debiéndose ser tomado como ejemplo de celeridad y economía procesal.

Algo más en materia de coordinación entre procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal

Javier Armando Lorente

I. Ponencia

En caso que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, la ejecución de lo dispuesto en sede penal debe necesariamente coordinarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

II. Introducción

La presente ponencia debe tenerse como basada en – o continuadora de- otra ponencia que he puesto a consideración en el presente "X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL"[1]. Los presupuestos de ambas son comunes por lo que los doy aquí por reproducidos.

Pero a la conclusión habida en aquella primera ponencia postulando que cada Magistrado tiene la facultad y el deber de llevar adelante el proceso (penal o concursal) que cada uno de ellos preside, en caso que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, pero debiendo ambos eludir la confrontación de sus propias *iuris dictio* evitando posiciones intransigentes

[1] Titulada: "EFECTOS DE PROCESOS CONCURSALES Y PENALES PARALELOS SOBRE LOS ACTIVOS QUE CONFORMAN LA MASA FALENCIAL Y QUE SON TAMBIEN SUSCEPTIBLES DE DECOMISO EN SEDE PENAL: Confrontación o coordinación".

con relación a los deberes y facultades de su colega, y así postular un escenario de colaboración y coordinación, quiero dar un paso más aquí y aportar algunas sugerencias de cómo podría ocurrir tal coordinación penal-concursal, de facto o incluso bajo la forma de un protocolo de actuación suscripto entre ambos para coordinar sus respectivas facultades y deberes.

Para ello, confieso, me he de basar en los desarrollos que en la especie se advierten en el derecho concursal norteamericano.-

III. El fraude como delito y su vinculación con los procesos concursales

El fraude, y la obtención de recursos a través del mismo, ha sido desde siempre motivo de preocupación tanto por el derecho penal como por el falencial, puesto que como tal, el fraude hace borrosa la delgada línea que existe entre las dos vías más antiguas de obtención de capital que conoce la Humanidad: el pedir prestado y el robar[2].

Así, siempre que la conducta fraudulenta afecte intereses privados y múltiples, cuando un esquema de financiamiento fraudulento colapsa, el mismo sujeto responsable y los mismos activos habidos como consecuencia del obrar delictivo pueden ser alcanzados bajo dos regímenes paralelos: el criminal y el concursal.

El Estado, en su conjunto, debe decidir si la actuación del defraudador debe resolverse bajo la óptica falencial, esto es, del derecho privado (protección del interés de los acreedores, liquidación de activos y distribución de su producido entre acreedores genuinos, régimen de preferencias/privilegios, acciones de recomposición patrimonial, etc.), bajo la óptica penal, esto es, del derecho público (como un crimen contra la sociedad), o ambos simultáneamente.
Indudablemente que bajo ambos.

La experiencia norteamericana es muchísimo más rica que la nacional en la especie, principalmente –aunque no exclusivamente- vinculada a las defraudaciones bajo esquemas piramidales o Esquemas Ponzi.

En los últimos años, una sustancial cantidad de casos paralelos de

[2] GEBBIA, Karen M., Our Mini-Theme: The Intersection Between Fraud, Crime, Bankruptcy and Asset Forfeiture, Business Law Today, June 2012.

procesos criminales y concursales (de personas humanas y jurídicas) han nacido de resonados casos de defraudaciones que afectaron intereses particulares (o privados) múltiples.
Para el público argentino el más conocido, quizás el único, sea el de Madoff en Nueva York, pero existen muchísimos más procesos concursales/criminales por fraudes de nivel nacional, algunos incluso que involucran a abogados como los perpetradores del fraude, como el caso de Marc Dreier (también en Nueva York) o el de Scott Rothstein (en Florida), o los casos de Adelphia/Rigas (fraude con títulos valores en Pennsylvania), el Petters/Lancelot (fraude Ponzi en Minnesota), y otros de menor alcance[3].

Entonces, hay dos intereses en juego igualmente de importantes que un Estado de Derecho debe satisfacer. Por un lado, el fraude es un delito, y el derecho penal debe ocuparse que el responsable sufra las consecuencias del mismo porque la *vindicta* pública así lo exige. Pero por el otro, el fraude es un medio despreciable para generar pasivos, y si el deudor de tales pasivos gestados merced a su obrar fraudulento no puede hacer frente a los mismos (va de suyo que no lo hará), entonces el derecho concursal debe proveer las herramientas para que se proceda a la liquidación de los muchos o pocos (generalmente pocos) activos falenciales del deudor y a la distribución del producido entre las muchas o pocas (generalmente muchas) víctimas (ahora llamados acreedores falenciales) de dicho defraudador. ¿Pero qué pasa si algunos aspectos del régimen criminal se orientan a la aprehensión de activos del defraudador (vgr. el decomiso al que refiere nuestra ponencia antecedente) o, peor aún, a la distribución de los mismos a las víctimas del delito, de modo diferente –o más aún, en confrontación con- el régimen concursal?

Así, al menos en la experiencia norteamericana, en las últimas décadas se ha visto una proactividad de los tribunales penales en favor de los derechos de las víctimas y, en tal sentido, órdenes de restitución de bienes y/o fondos a su favor han devenido materia común en sentencias penales.

Y obviamente que asociada a la restitución de bienes a las víctimas viene el instituto de la "Forfeiture" (cuya traducción literal sería la pérdida de tales bienes, y se asemeja notablemente a nuestro instituto del decomiso –cautelar o definitivo- (art. 23 CPenal), cuando no

[3] El artículo que seguimos en el punto menciona por nombre y apellido a otros varios más a donde nos remitidos. Ver GEBBIA, Karen M., op cit.

a la extinción de dominio que se intenta afanosamente incluir en nuestra legislación).

El *forfeiture* le permite al Estado hacerse forzadamente de activos involucrados en y/o que facilitaron y/o provenientes de una amplia gama de delitos (en sus orígenes narcotráfico y lavado de dinero, aunque en 2000 y 2006 en Congreso amplió notablemente el espectro de delitos federales alcanzados por este decomiso de activos, incluyendo muy variadas formas de fraude).

Si al forfeiture o decomiso se lo mancomuna con la restitución y/o reparación a las víctimas, se da paso a un territorio mucho más complejo y peligroso, empezando desde un peldaño inicial de un problema de compasión discrecional del Juez penal en protección de la víctima inocente del perpetrador hasta un último eslabón consistente en mecanismos ordenados y equitativos de distribución de muchos millones de dólares mal habidos por el defraudador entre sus muchísimas víctimas o damnificados (según terminología autóctona).

Pero entonces entra en juego el posible escenario concursal/falencial. ¿Qué sucede si respecto de todos o parte de los activos de los cuales el delincuente fue desapropiado existe una masa de acreedores (muchos de ellos coincidentes con las "víctimas" o "damnificados" del accionar criminal del infractor, pero no sólo ellos, sino también otros acreedores y/o terceros de buena fe que tiene vocación de cobro de sus créditos y/o reclamos sobre los mismos activos) y, obviamente, el producido de la liquidación de tales activos se manifiesta como insuficiente para satisfacer íntegramente a la totalidad de los acreedores genuinos?

Allí es donde necesariamente entra en juego la disciplina concursal, sus principios rectores y sus reglas centenarias (y por tanto harto testeadas y equitativamente justas), tanto en sus facetas rehabilitatoria (concurso preventivo / Acuerdo Preventivo Extrajudicial) como liquidatoria (quiebra).

Principios tales como la universalidad activa/pasiva, la unicidad del proceso, la conservación de la empresa en crisis, el tratamiento igualitario de los acreedores, la "conveniencia para la continuación de las actividades del concursado" y la "protección de los intereses de los acreedores", arg. Art. 16 LCQ, el régimen de preferencias y/o privilegios en materia de satisfacción de créditos, la protección de la

fuente de trabajo –consecuencia de la desquiciada reforma concursal del año 2011 por ley 26.684[4]-, los procedimientos probados (aunque mejorables por cierto) de incautación, liquidación y distribución de activos, el concepto (algo arcaico) de ejecución colectiva, y, en términos generales, un sinnúmero de otros principios e institutos nacidos al calor de la justicia distributiva distintiva del Derecho Concursal.

Frente a la casi segura insuficiencia patrimonial del delincuente o de las personas humanas y/o jurídicas afectadas por el obrar ilícito de aquel (en algunos supuestos podrían incluso llegar a ser negocios legítimos pero afectados por el obrar ilícito en razón de haber sido creados, sostenidos y/o ampliados con recursos provenientes del delito), y en caso de existencia de una multiplicidad de acreedores, víctimas y/o damnificados, la necesidad de un procedimiento universal/concursal se hace ineludible, con todo lo que al mismo viene asociado: amplias facultades jurisdiccionales sobre el patrimonio activo del deudor, sin importar donde estén ubicados los bienes y/o quien materialmente detente los mismos; la administración vigilada y/o controlada de dicho patrimonio (arts. 15, 16 y 17 LCQ) y/o el desapoderamiento del mismo (art. 106 y sigtes. LCQ); el procedimiento tasado para obtener reconocimiento de los créditos concursales (arts. 16, 21, 32, 56, 200, 202 y cctes. LCQ), la legitimación activa del Síndico en reemplazo del deudor insolvente para realizar cuantas acciones no concursales sean necesarias para recomponer el activo falencial; el amplio espectro de acciones de recomposición patrimonial típicamente concursales (arts. 118, 119, 161, 173 y cctes. LCQ) y, a la postre, todo el aparato concursal de incautación, liquidación y distribución de activos falenciales entre acreedores genuinos respetando el orden de preferencias y/o privilegios.

IV. Acuerdos y/o protocolos de cooperación entre jueces penales y concursales

Como ha quedado dicho, la experiencia norteamericana es notablemente más rica en la especie.
Nos llevan muchos años de ventaja en materia de intersección y/o yuxtaposición de procesos penales y concursales, no sólo por la propia experiencia en los tribunales sino también por las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias que se han consolidado a partir de aquellas.

[4] LORENTE, Javier Armando, Ley 26.684: Una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal, R.D.C.O. Nº 252, Enero/Febrero 2012, págs. 1 a 40.-

Destacamos además otros tres trabajos que hemos seguido sobre el particular, en adición al ya citado supra, que remarcan no sólo la tensión entre los principios y procedimientos penales y concursales cuando convergen sobre un mismo sujeto y/o su patrimonio, sino que ilustran sobre la frustración de las expectativas y derechos de acreedores concursales cuando interactúan con decomisos penales[5], o avanzan proponiendo soluciones concursales para que los acreedores (o el Síndico) puedan hacer valer sus derechos frente a activos desapropiados al insolvente por efecto de procesos penales, basándose para ello en la experiencia ocurrida en el caso Rothstein (Florida)[6], hasta llegar a la postulación misma (por un Juez concursal) de acuerdos o protocolos de colaboración entre el Juez Penal (o el Ministerio Público Fiscal) y el Juez Concursal[7].

En este último trabajo el autor plantea el escenario que tiene lugar cuando un fraude piramidal o Esquema Ponzi colapsa, señalando que usualmente, lo que ocurre en paralelo es lo siguiente:

1. El Departamento de Justicia (en adelante "DJ") –en nuestro caso el Ministerio Público Fiscal- solicita al Juez Penal el decomiso de los bienes; y
2. Se inicia un proceso de quiebra.

En algunos casos, si se involucra en el fraude la utilización de títulos valores con cotización pública, se genera una tercera vía de acción pues la Securities and Exchange Commission (en adelante "SEC", equivalente a nuestra Comisión Nacional de Valores) inicia un reclamo civil.

Todos los procedimientos antes descriptos buscan, de uno u otro modo, la reparación a las víctimas del fraude, pero aquellos procedimientos son obviamente diferentes y, hasta en algunos casos, contradictorios entre sí.

Resolver los conflictos entre estos dos procedimientos paralelos o yuxtapuestos (penal y concursal), más aún si existe un tercero promovido por la SEC, en el marco de una alta litigiosidad ENTRE ellos puede llegar a ser oneroso y lento, lo que -obviamente- atenta contra

[5] KEVANE, Henry C., What Just Happened? How Asset Forfeiture Affects Bankruptcy Distributions, Business Law Today, June 2012.

[6] PHELPS, Kathy Bazoian, What Do You Do When de Feds Come For Your Assets? Third-Party Claims in Forfeiture Proceedings, Business Law Today, June 2012.

[7] Hon. Steven RHODES, Juez de Quiebras del Distrito Este de Michigan, Coordination Agrements in Parallel Forfeiture and Bankruptcy Proceedings, Business Law Today, June 2012.

la eficiencia en la realización de activos y el proveer la máxima satisfacción y/o compensación a las víctimas.

Reconociendo esta problemática, el DJ y los síndicos intervinientes en las quiebras a menudo negocian acuerdos de coordinación a los fines de dividir y asignar responsabilidades para recuperar los activos y distribuir el resultante de su venta a las víctimas del fraude, a la sazón acreedores concurrentes en los procesos liquidatorios.

Así, sintetiza el autor los tres procedimientos que compiten entre sí (y el ideal sería que se coordinen entre sí) para proveer satisfacción a las víctimas/acreedores:

1. El DJ inicia el proceso de decomiso de los bienes utilizados por el criminal a los efectos de cometer el fraude. Luego el DJ compensa a las víctimas ya sea por el proceso de la *Remission* (por el que se distribuyen directamente los activos decomisados a las víctimas) o el de *Restoration* (en el que se usan los bienes en satisfacción de las víctimas). Estos procesos son enteramente llevados a cabo por el DJ y bajo total discreción del Fiscal General (Ministerio Público Fiscal).
2. Al mismo tiempo la SEC puede iniciar una acción civil. En ese caso el Tribunal interviniente puede designar un depositario (*Receiver*) quien administra los bienes en beneficio de las víctimas.
3. Finalmente, el perpetrador del fraude puede también enfrentar el procedimiento de quiebra (a su propio pedido, o bien a pedido de los acreedores -víctimas- o bien a pedido del Receiver). En todos los casos, los bienes del perpetrador pasan a ser propiedad de la quiebra (salvo en el caso excepcional de la aplicación de la doctrina denominada "Relation Back" en la que la propiedad de los bienes decomisadas por el gobierno al momento de la comisión del delito no pasa jamás a ser propiedad de una posterior quiebra). El propio texto legal penal prevé la prioridad del decomiso penal por sobre las reglas de prioridad de la ley concursal.

Los conflictos entre los procesos de decomiso y quiebra son llevados a cabo ante diferentes cortes, con diferentes jueces y con normativa distinta.

Ambos apuntan a localizar los bienes, liquidarlos y distribuir el producido en favor de las víctimas. Sin embargo, existen significativas diferencias en cuanto a la forma en la que cada uno de esos pasos se llevan a cabo en cada una de las distintas cortes.

Dichas diferencias marcan ventajas y desventajas en cada uno de los distintos procesos.

Quienes prefieren el proceso de decomiso refieren, entre otras cosas, a que es más expeditivo y menos costoso, mientras que quienes defienden el procedimiento de quiebra, mencionan que en la quiebra existe una revisión judicial de todo el proceso, que la distribución es a pro rata, que en la quiebra existen acciones contra transferencias fraudulentas, etc.

Lo que es innegable es que el procedimiento criminal en USA (al igual que en Argentina) tiene ciertas ventajas por sobre el procedimiento concursal (mayores potestades investigativas o inquisitorias, más fácil acceso a la información que el criminal intencionalmente quiere dejar oculta, la posibilidad de llegar a acuerdos de cooperación con el propio criminal a cambio de información, etc.) pero este último tiene también innegables ventajas sobre aquel (procedimientos preestablecidos de reconocimiento del universo de sujetos afectados por la insolvencia del defraudador, acciones de recomposición del patrimonio en crisis, regímenes meticulosos de preferencias y/o privilegios, etc.).

De lo que se trata es de aprovechar las fortalezas de uno y otro de modo sinérgico, evitando la confrontación entre ambos.

Allí es donde entran en juego los ejemplos de acuerdos de coordinación que se han presentado en algunos de los más sonados precedentes de casos paralelos concursales/penales.

En casos recientes de esquemas Ponzi en los Estados Unidos, el DJ y los síndicos de la quiebra han llegado a acuerdos de coordinación y/o colaboración, los que reconocen que la coordinación de procedimientos paralelos son la mejor alternativa a los fines de lograr eficiencia en la tarea común de recuperar activos y distribuir su producido entre las víctimas/acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, la flexibilidad de los acuerdos coordinados, pueden ocasionar costos importantes en los procedimientos. En primer lugar, porque los honorarios del síndico por la negociación del acuerdo tienen prioridad de pago y ello puede reducir la distribución de fondos a las víctimas. En segundo lugar, porque el tiempo incurrido en la negociación del acuerdo puede hacer incurrir

al síndico en demoras en localizar y liquidar los bienes, lo que podrían perder valor en virtud de su depreciación.

Pese a ello, señala el autor que no hay dudas que siempre será mejor un acuerdo de coordinación que dejar que los procesos actúen independientemente y/o confrontando entre ellos.

Un caso paradigmático sobre esta última situación (confrontación entre procesos) es el caso "Scott Rothstein Ponzi Case", en el que el DJ y el síndico falencial no alcanzaron un acuerdo de coordinación entre ambos procedimientos penal y concursal, lo que derivó en tuvieran que litigar durante mucho tiempo y a altos costos para discernir sobre quien debía liquidar los activos, con el consiguiente perjuicio para la masa de víctimas/acreedores.

En las antípodas, un ejemplo de coordinación es el caso "Marc Drier Ponzi Case" en donde los dos síndicos de la quiebra (uno de la quiebra personal del perpetrador y otro el síndico del Estudio Jurídico que conformaba defraudador) y el DJ llegaron a un acuerdo de coordinación y fue presentado tanto ante el juez criminal como el de la quiebra para su aprobación.

El juez Rakoff (a cargo del juicio penal) sostuvo que los cuerpos legales criminales y de quiebras no pueden ser siempre reconciliados sin fricciones, pero que esas tensiones se superan con la coordinación y cooperación de todas las partes.

La consecuencia fue una serie de acuerdos entre el síndico de la quiebra de la empresa de Drier, el DJ y el síndico de la quiebra personal de Drier.

Pese a la oposición de ciertos acreedores, se consideró que los acuerdos de coordinación son lo mejor para los intereses de las víctimas. Otros ejemplos de oportunidades en cuanto a la coordinación de los procedimientos de decomiso y quiebra tienen que ver con la identidad de las víctimas.

Muchas veces el juez criminal no conoce la identidad de todas ellas, lo que es usualmente más fácil en un proceso de quiebra a las resultas del procedimiento que en nuestro lenguaje vernáculo denominaríamos de verificación de créditos.

Esta información que maneja el juez de la quiebra puede ser de utilidad para que el juez criminal pueda notificar a todas las víctimas respecto al procedimiento de decomiso que está llevando a cabo.

Asimismo, el intercambio de información puede evitar que haya un doble recupero de activos por parte de acreedores que pudieron haber cobrado parte de sus créditos en el marco del proceso criminal, o viceversa.

V. Un atisbo de coordinación en un caso local

Aunque de modo muy tímido, y en lo que promete ser un atisbo de las coordinaciones que necesariamente se han de verificar en la experiencia autóctona en materia de yuxtaposición de actuaciones de jueces penales y concursales sobre aspectos concurrentes de ambas jurisdicciones, podemos apuntar un primerísimo caso de acoplamiento ente los deberes y responsabilidades de un juez penal y lo de otro concursal.

Nos referimos a la situación dada entre un Juzgado Federal Criminal y Correccional y un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, ambos con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, en la sonadísimas causas "López, Cristóbal Manuel" y "Oil Combustibles S.A. s/quiebra", respectivamente.

Así, mediante resolución interlocutoria de fecha 9.04.2018, el Juez Criminal y Correccional Federal Nº 10[8], llamado a resolver sobre el levantamiento de una medida cautelar (inhibición general de bienes) por él dictada previamente, hubo de ponderar válidamente que respecto de muchos de los activos (en la especie participaciones accionarias –principalmente-) afectados por su medida cautelar, coexistían procesos concursales abiertos por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 5[9].

Así, en razonamiento que en términos generales compartimos (aunque merecería algunas precisiones), concluyó que no le cabía a él resolver el levantamiento de la cautelar sino que cabía deferir el

[8] Causa Nº 4943/2016, "López, Cristóbal Manuel y otros /defraudación contra la administración pública".

[9] No sólo el principal, "Oil Combustibles S.A. s/quiebra", sino también el concurso preventivo de ONCE (11) empresas controladas por aquella (en forma directa o indirecta), y también la quiebra del BANCO FINANSUR S.A.

mismo al Juez concursal, argumentando que "el proceso concursal reviste carácter universal y ejerce fuero de atracción, por lo que se concentra en un solo tribunal todos los litigios que involucran el patrimonio de la concursada. Motivo por el cual, en los casos que lo requieran, entenderán en asuntos de naturaleza civil, comercial y laboral –sea de jurisdicción ordinaria o federal-"

Y aportando una de las precisiones que necesitaría el razonamiento del Magistrado federal, antes que la "naturaleza" civil, comercial y/o laboral, importa entender que la cuestión ha de tener "contenido" patrimonial respecto del deudor.

Aunque ello –justo es mencionarlo- está implícito en el razonamiento habido en la citada interlocutoria pues aun cuando se trata, obviamente, de una causa por ante la justicia represiva, en la especie se trataba de una "acción civil" y, por ende, de neto contenido patrimonial. Por lo que continua expresando el Magistrado "... la pretensión del actor civil –AFIP- se halla directamente vinculada con el recupero de las sumas de dinero adeudadas por la firma Oil Combustibles y de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del hecho aquí investigado, **todo lo cual guarda íntima relación con su patrimonio**" (el **resaltado** no está en el original)".

Para luego concluir que no le correspondía a ese Juez Federal Criminal y Correccional disponer el levantamiento de la cautelar que él mismo había dictado, "en tanto que si bien este tribunal tuvo en miras el resguardo del crédito fiscal al dictar la inhibición general de bienes de la empresa Oil Combustibles SA y de las que componían en Grupo Indalo; una decisión en tal sentido –vinculada con el levantamiento de la medida en trato para determinada operación- puede colisionar con lo que el juez del concurso debe ponderar a la hora de evaluar la autorización para la ejecución de un acto prohibido o sujeto a revisión judicial para la concursada. Más aún cuando la misma norma ordena que para su otorgamiento, el magistrado analizará la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores".

Y un párrafo final de la interlocutoria citada sintetiza las razones por las cuales nosotros también proponemos que el Juez penal, en caso de yuxtaposición de procesos con un Juez concursal, deba coordinar su actuación con este último y, en varios aspectos, dar preeminencia o deferencia a la *iuris dictio* del magistrado concursal: "Por lo tanto,

sería el juez concursal quien tendría que analizar la cuestión traída a estudio, el cual procederá conforme el **derecho especializado** y en función de la cautelar dispuesta, la cual está orientada a la **protección de la empresa y del patrimonio como garantía de los acreedores**." (el **resaltado** no está en el original).

VI. Conclusión

Una vez más, frente al escenario de procedimientos penales y concursales paralelos en que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, deben maximizarse los esfuerzos de los Magistrados y de los funcionarios intervinientes para evitar confrontar con relación a los deberes y facultades.

La vía deseable será siempre la colaboración y/o coordinación entre tales procesos paralelos pues como muy bien demuestra la experiencia Norteamericana, la competencia entre el procedimiento de decomiso penal y el de incautación, liquidación y distribución en quiebra, por ejemplo en el marco de la compensación de las víctimas de un esquema defraudatorio Ponzi, definitivamente no es lo mejor para los intereses de aquellas víctimas/acreedores.

Esta competencia o confrontación demora los procesos, agrava los costos de los mismos, reduce las posibilidades de recuperar los activos, y disminuye el producido de los mismos a distribuir entre las víctimas/acreedores.

La colaboración entre el Ministerio Público Fiscal y los síndicos de los procesos de quiebra para enfrentar este problema mediante acuerdos de coordinación es, en consecuencia, muy bienvenido, pues facilita a cada Magistrado interviniente el colaborar entre sí y coordinar sus respectivas tareas que las más de las veces supone conciliar rígidos parámetros legales que no siempre son fáciles de acomodar.

Efectos de procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal: confrontación o coordinación

Javier Armando Lorente

I. Ponencia

En caso que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, la ejecución de lo dispuesto en sede penal debe necesariamente coordinarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

II. Introducción

Si bien el fenómeno no es para nada novedoso en sistemas comparados, especialmente en el norteamericano, la experiencia reciente en Argentina ha comenzado a demostrar lo que preliminarmente podemos denominar como una INTERSECCION entre procedimientos penales y concursales en lo relativo a los alcances que uno y otro tienen sobre los activos que en sede penal se corresponden a la conducta típica, antijurídica y culpable que se le imputa a un sujeto y que, al mismo tiempo, conforman la masa falencial activa sujeta a liquidación y distribución en el marco de un proceso concursal sobre ese mismo sujeto.

Esta situación de "intersección", que fácilmente puede mutar en confrontación entre ambos Jueces (el penal y el concursal), y que operacionalmente debería concluir en una coordinación o colaboración

entre ambos, dejando que cada Juez (en verdad cada microsistema jurídico: el penal y el concursal) opere en el ámbito propio de los intereses jurídicos que tutela y aplique el ordenamiento jurídico en forma eficaz y eficiente, no ha sido objeto de muchos estudios académicos nacionales hasta ahora.

Hago un acto de sinceramiento: la amistad, la admiración académica, el respeto profesional, sumadas al hecho de haber trabajado conjuntamente con ellos (con ambos o con alguno) en numerosos esfuerzos académicos y doctrinarios, ha llevado –en el pasado- a que no fuera fácil discernir quien había tenido la idea primigenia sobre algún tópico que finalmente llevara a que a uno, a dos o a los tres de las siguientes personas pudiera atribuírsele la paternidad (o maternidad para ser inclusivo) de una idea que finalmente motivara que E. Daniel Truffat y/o Marcelo G. Barreiro y/o yo mismo produjéramos alguna publicación de doctrina.

Esta vez es más fácil. Fue E. Daniel Truffat el que –según mi propio conocimiento, escaso por definición y siempre subjetivo- "tiró la primera piedra" en la especie.

En un trabajo destinado a publicarse en la República Oriental del Uruguay, y como integrante de un libro en homenaje a los primeros diez años de su Ley de Concursos, E. Daniel Truffat elaboró un artículo titulado "EL DERECHO CONCURSAL Y LAS NORMAS SOBRE ACTIVOS MAL HABIDOS" donde, luego de un desarrollo de antecedentes, postula la incorporación urgente de un nuevo tópico dentro de la llamada "agenda concursal": *el choque de titanes entre el derecho del Crimen y el derecho concursal*.

Así las cosas, y asumiendo -como dice León Gieco- que somos todos Salieris de Charly, paso a desarrollar algunos aspectos que considero de interés sobre el tópico de la referencia, que seguramente (necesariamente en verdad) merecerá en el futuro muchos y más profundos análisis. Por lo pronto, me consta que una ponencia elaborada por los Dres. Eduardo Favier Dubois y Lucía Spagnolo[1] para este mismo Congreso es producto de similar inquietud académica que motivara a Truffat en su trabajo y al suscripto en la presente ponencia.
Con exquisita prudencia Truffat se inclina en tu trabajo por no ha-

[1] Titulada "CONCURSO PREVENTIVO DE LA EMPRESA VS. PROCESO PENAL CONTRA LOS EMPRESARIOS. DOCE INTERROGANTES SOBRE EL "STARE DECISIS", que los autores gentilmente me facilitaran electrónicamente.

cer "nombres propios" y por tanto no identifica casos de tal concurrencia o solapamiento entre causas penales y concursales aquí en Argentina, pero claramente trae algunos ejemplos habidos en otros países que le sirven para dar marco fáctico y conceptual a su exposición: en Brasil los casos de corrupción rotulados como el "Mensalao", el "Lava Jato" o el caso "Odebrecht" (este último ya ha demostrado extender su influencia extraterritorialmente tanto a Ecuador, Perú y Argentina, al menos) y en Estados Unidos el resonante caso de "Bernard Madoff", consistente en una estafa piramidal o Esquema Ponzi[2].

III. El decomiso penal y la incautación falencial

No es menester insultar la inteligencia del lector, y de paso aburrirlo, haciendo mención de las ostensibles diferencias que existen entre el derecho criminal o penal y el derecho concursal.

A las obvias finalidades que los diferencian a uno y a otro, y por ende a los intereses tutelados por uno y otros ordenamientos legales, se pueden destacar diferencias de método, de principios, de operadores, de jurisdicción, en síntesis, de casi todo[3].

---

[2] Tan rico en interrogantes y análisis sobre la superposición de la actuación de jueces criminales y falenciales como en caso Madoff, aunque con algo menos de glamour, tanto por la notoriedad pública del ofensor como de los afectados, como por el hecho de haberse tramitado en Miami y no en Nueva York, agregamos el precedente de Scott W. Rothstein, el abogado que luego de haberse declarado culpable de múltiples delitos vinculados a una estafa piramidal que involucró $1.2 billones de dólares, en junio de 2010 fue sentenciado a 50 años de prisión por una Corte Federal en Fort Lauderdale, Florida. Posteriormente, en 2011, los Fiscales federales del caso presentaron mociones notificando a la Corte que pedirían una reducción de la sentencia dictada a Rothstein, en razón de haber colaborado con la investigación. Ello finalmente no ocurrió pues se comprobó por los Fiscales Federales que Rothstein había mentido y ocultado información en sus declaraciones convenidas con ellos.

[3] Todo ello sin renegar del hecho que en sus remotos comienzos, la jurisdicción mercantil derivada del flamante Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires de 1859, que el 12 de setiembre de 1862 fue adoptado como Código de Comercio de la República, estuvo ligada a la jurisdicción criminal, ya que derogada la Alzada de Comercio, las resoluciones del Tribunal de Comercio (que seguía compuesto por comerciantes) serían apeladas ante la Sala del Crimen del Superior Tribunal de Justicia, si recién si su sentencia revocaba o alteraba la pronunciada por el Tribunal de Comercio, habría recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y su sentencia sería definitiva (Ley del 21 de octubre de 1857, R.O. p. 156-157. Por ley del 8 de julio de 1859 los recursos se interpondrían anta las Salas de lo Civil y del Crimen del Superior Tribunal alternándose mensual-

Obvio que estas inocultables diferencias no pueden acallar las muchas intersecciones que existen entre el ordenamiento penal y el concursal. Y no nos referimos sólo a las obvias, por ejemplo aquellas que emanan de normas legales expresas[4], sino también de otras tantas que han merecido la preocupación de la doctrina[5].

Pero a los fines del presente trabajo queremos detenernos es DOS (2) institutos diferentes, el uno del derecho penal y el otro del concursal, que versan sobre
Nos referimos, claro está, al DECOMISO regulado en el art. 23 del Código Penal (texto según Ley 25.815 del año 2003)[6], por un lado, y a

mente (R.O. p.72).

[4] Por ejemplo el art. 233 LCQ cuando predica que "La clausura del procedimiento, por falta de activo, importa presunción de fraude. El juez debe *comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente".* O los arts. 176 a 180 del Código Penal cuando bajo el rótulo de "Quebrados y otros deudores punibles" contempla ciertas figuras típicas vinculadas con el fenómeno concursal.

[5] Entre muchísimos otros: TRUFFAT, Edgardo Daniel, *La clausura por falta de activo: importa presunción de fraude?*, LL 1989-C-1280. VALERGA ARÁOZ, Jorge - MARTORELL, Ernesto E, *Problemática concursal - penal - La "clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo" y su "presunción de fraude": ¿Posee algun efecto penal?*, LL 1997-D, 1241. MALDE, Eduardo A. en: "Alcance de la presunción de fraude en torno a la calificación de conducta del fallido"; "Doctrina Societaria y Concursal", t. II, p. 433. IGLESIAS, José A. y MEINCKE, Horacio, *La aplicación de la ley penal más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque*, ED 127-750. Esta era también la opinión de la Fiscalía de Cámara, al menos hasta la sanción de la ley 24.522. Entre otros: CNCom., sala D, 7-11-85, ED 121-173, citado por CONIL PAZ, Alberto A., ¿Ley penal más benigna?, LL 1996-C-744. PINTO, Hugo - MARTORELL, Ernesto E, *Problemática concursal penal - ¿En qué consiste el "sometimiento a proceso penal" que permite mantener la inhabilitación del fallido (artículo 236, ley 24.522)?*, LL 1997-E, 1347. Ver también nuestros trabajos "*INHABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN EN LA LEY CONCURSAL (Primera parte)*" e "*INHABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN EN LA LEY CONCURSAL (Segunda parte)*", publicados en ED 175-81 y 175-689, respectivamente.

[6] Artículo 23: En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.
Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.
Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona

la INCAUTACIÓN, conservación y administración de los bienes del fallido (art. 177 y sigtes. LCQ) para su ulterior "Liquidación y distribución" (arts. 203 y sigtes LCQ).

Así, el "comiso" o "decomiso" proveniente del derecho penal es una pena accesoria[7], o consecuencia accesoria de la condena[8], que tiene como razón impedir la reutilización de los objetos que los que el delincuente se ha valido para cometer el delito o que han sido provecho de él[9].

Desde nuestra confesa ignorancia del derecho penal, lo primero que queremos distinguir es el decomiso (art. 23 CP) del mero secuestro de bienes vinculados a la investigación de un delito, por ejemplo, en el curso de un allanamiento.

El decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de

de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.
Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.
Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.
En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.
El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.
El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

[7] NUÑEZ, "Derecho penal argentino", t. II, p. 445; ZAFFARONI, "Manual de derecho penal", p. 617; TERAN LOMAS, "Derecho, penal, Parte general", p. 432, citados por Breglia Arias.

[8] SOLER, "Derecho penal argentino, Parte general", t. II, p. 401; GOMEZ, "Tratado de derecho penal", t. 1, p. 603, citados también por Breglia Arias.

[9] BREGLIA ARIAS, Omar, El comiso en las reformas del Código Penal, DJ11/10/2006, 1 - LA LEY 13/10/2006, 13/10/2006, 3 - LA LEY2006-F, 870. Cita Online: AR/DOC/901/2006.

las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, salvo lo que apuntaremos más abajo, está asociado a un pronunciamiento condenatorio firme (*"En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales…"*, art. 23 CP primer párrafo).

El art. 23 del Código Penal impone a los magistrados la obligación de proceder al decomiso no solo de las cosas que han servido para cometer el hecho delictivo sino también de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho de ese delito —en el caso, respecto de los bienes de quien fue condenado por el delito de ofrecimiento de dádivas en perjuicio de la Administración Pública—, ello en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente[10].

Y en cuanto a la télesis del decomiso, el fallo citado explica que: En los delitos de corrupción —en el caso, ofrecimiento de dádivas— el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos[11].

Las sumas decomisadas, producto de delitos vinculados con el abuso de posiciones de poder público —en el caso, ofrecimiento de dádivas en perjuicio de la Administración Pública— deben ser destinadas en beneficio de instituciones reconocidas como de bien público, pues esa solución llevaría a paliar, siquiera parcialmente, el impacto social que ese tipo de delitos produce y es la solución acorde a lo previsto por el art. 522 del Código Procesal Penal y a la función reintegradora y reparatoria que corresponde otorgarle al decomiso[12]. Entonces, el "afectado" por el decomiso serán no sólo el "autor o los partícipes" condenados penalmente sino también sus mandantes (cuando aquellos hubieran actuado como mandatarios de estos) y/o las personas de existencias ideal (hoy personas jurídicas según ter-

[10] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016

[11] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016

[12] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016

minología impuesta por el Código Civil y Comercial) respecto de las cuales los condenados hubieran actuado como "órganos, miembros o administradores", siempre y cuando estos entes ideales y/o los mandantes hubieren obtenido provecho del delito.

Si bien las expresiones "órganos", "miembros" o "administradores" no son completamente felices, desde el derecho concursal –y obviamente "parados sobre los hombros" del derecho societario- puede concluirse que la expresión "órganos" hace referencia a los órganos de administración, gobierno y fiscalización interna del ente, la de "miembros" necesariamente apunta a los integrantes de los órganos internos recién mencionados (vgr. socios, asociados, etc.) para, finalmente, la expresión "administradores", de modo algo redundante por cierto, ha de referir a los integrantes del órgano de administración del este, claro está, pero no sólo a ellos, sino también a quienes sin serlo formalmente, administran efectivamente el ente ("administradores de hecho") o le forman la voluntad social (controlantes indirectos e incluso controlantes externos –conf. Art. 33 in fine LGS). Está claro que cualquiera que hubiera obtenido lucros indebidos de la comisión del delito puede (y debe) verse alcanzado por el decomiso. El Estado no puede tolerar una solución diferente.

Y el "beneficiario" de tal decomiso de tales bienes (que para empezar a trazar la yuxtaposición de esferas criminal y falencial que constituye la esencia de este trabajo podemos denominar también "activos") es "el Estado nacional, de las provincias o de los municipios", aunque ciertamente dejando la norma bajo análisis (art. 23 CP primer párrafo *in fine*) a salvo "*los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros*".

Indudablemente que frente a un escenario concursal (y mucho más frente a uno liquidatorio) del "autor" o "partícipe" del delito que conlleva la accesoria de decomiso, como así también en caso que el insolvente declarado judicialmente fuera el mandante o la persona jurídica contra los que el tercer párrafo del art. 23 CP hace pasibles del comiso, entonces la masa concursal pasiva queda comprendida en la descripción de "damnificado" y de "tercero" cuyos derechos deben ser protegidos y preservados frente al decomiso de activos que conforman la masa concursal.

No tiene ningún sentido que existiendo una masa concursal pasiva cuyos derechos creditorios dependan de la realización de uno o

más activos falenciales, si esos bienes fueran objeto de decomiso, se intente beneficiar con tales bienes (o su producido) al Estado (sea el nacional, el provincial o el municipal), sin agotar primero el régimen concursal de realización y liquidación de tales activos para la satisfacción de los derechos de los acreedores falenciales genuinos (verificados y/o declarados admisibles) y con respeto al orden del preferencias y privilegios que constituyen la quintaesencia del sistema concursal.

Los acreedores concursales verificados y/o declarados admisibles, como así también aquellos otros acreedores genuinos que emanan de un procesos concursal (por ejemplo, pero sin pretender ser exhaustivo, los acreedores laborales con derecho al pronto pago, arts. 16 y 183 LCQ, los acreedores del concurso o provenientes de los denominados "gastos de conservación y de justicia, art. 240 LCQ, entre otros) califican como "tercero" (las más de las veces con el vocablo "damnificado") que la norma penal deja a salvo del decomiso.

Y esta protección del "tercero" o "damnificado" el art. 23 C Penal no lo hace sólo una vez (parte final del primer párrafo bajo análisis), sino TRES veces. Una en el párrafo inmediato siguiente[13] y una vez más al final.

Por ello, los bienes sujetos a decomiso penal, de existir un proceso concursal coexistente que tenga esos mismos bienes como parte del activo sujeto a incautación, liquidación y distribución, deberán primero sujetarse al sistema concursal propiamente dicho y a la *iuris dictio* del Juez concursal y solamente en caso que existiere "saldo" en los términos del Art. 228 LCQ, entonces el mismo, el lugar de entregársele al deudor como indica dicha norma, le sea entregado al Estado nacional, provincial o municipal por imperio del decomiso penal.

Dicho de otro modo, ante la coexistencia de ambos procesos y jueces, el Juez penal no podría disponer la entrega de tales activos decomisados al Estado (cuando tuviere valor de uso o cultural para el mismo) ni mucho menos su enajenación cuando aun no teniendo valor de uso para el estado tuviera valor comercial. Tal dación de uso y/o enajenación por el Juez penal ha de ceder frente a los deberes y potestades del Juez concursal para llevar adelante la liquidación de

[13] Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

esos activos y la distribución de su producido entre los acreedores concursales genuinos.

Así, somos de la opinión que aun cuando la jurisprudencia penal haya establecido que las reglas establecidas para el decomiso integran un cuerpo de normas sustantivas, cuya aplicación resulta imperativa para los Jueces Penales en virtud de lo dispuesto por el art. 23 del Código Penal[14], ello no debería impedir que esta regla general ceda frente a la situación excepcional descripta (coexistencia de un proceso concursal que afecte los mismos bienes/activos decomisados), dándole entonces preeminencia del sistema liquidatorio concursal, lo que conlleva necesariamente –siempre que se comulgue con nuestra visión- a la coordinación y colaboración entre los jueces penales y concursales.

Se nos ocurre que en el único supuesto que podrá haber una preeminencia del Juez Penal sobre el Juez concursal sobre el destino de los bienes decomisados es cuando ellos califiquen también como bienes invendibles en los términos del art. 214 LCQ, en cuyo caso podrá ser el Juez Penal quien disponga el destino de los mismos, y siempre con la debida intervención del Síndico concursal.-

IV. Y con el decomiso cautelar....?

Los dos últimos párrafos del art. 23 CP nos traen una subespecie diferente de decomiso, pues no se trata ya de una accesoria de una condena penal firme, sino de una decisión cautelar previa a la misma.

Se habilita allí al Juez penal a adoptar "desde el inicio de las actuaciones judiciales" "las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer".

Va de suyo que tales medidas cautelares podrían adoptar muchas formas, pero se nos ocurre que la más común es la inhibición general de bienes, pero en caso de medioambiente o escenario concursal

[14] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016

del afectado por esta cautelar penal, tal disposición cautelar hecha por el Juez penal para asegurar un potencial decomiso futuro, de no transitarse por la vía de la cooperación y coordinación de procesos penales y concursales que postulamos en este trabajo, podría entrar en conflicto con el propósito y alcance de la inhibición general de bienes concursal (arts. 14 inc. 7º y 88 inc. 2º, LCQ) como así también sobre el régimen de actuación vigilada y/o controlada del concursado preventivamente (arts. 15, 16 y 17 LCQ), sobre el trámite de continuación de la explotación de la empresa en quiebra (arts. 189 y sigtes. LCQ) e incluso sobre el sistema mismo de realización de bienes/activos falenciales.

El último párrafo del art. 23 CP refiere también a otras medidas cautelares que podría el Juez penal dictar "*destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes*". Una vez más, si existiera simultáneamente en curso un proceso concursal (preventivo o liquidatorio) cuyos activos estuvieran alcanzados por tales medidas cautelares penales (tanto como si lo fueran por un decomiso definitivo y un comiso cautelar), ha de resultar ineludible la coordinación y cooperación entre ambos Magistrados al frente de los sendos procesos criminal y concursal.

A tal fin, el legislador penal le ha dejado claramente señalado el camino al Juez Penal al concluir diciendo, en la parte final del último párrafo de la norma bajo análisis, que "***En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros".***

Entonces, si se compartiera la preeminencia del Juez concursal que postulamos en el apartado precedente aún en caso de decomiso definitivo dictado por el Juez penal como accesoria de una pena, tal preeminencia resulta aún más ostensible frente a un decomiso cautelar. Aunque obviamente ambos Magistrados deberán cooperar entre sí y coordinar los respectivos procedimientos que presiden cada uno de ellos, si un decomiso penal definitivo debe hacerse respetando los derechos de los acreedores concursales ("damnificados o terceros" en el lenguaje del art. 23 CP), claramente un decomiso cautelar no puede impedir ni alterar el régimen concursal cuando este último se refiere a la administración, liquidación y distribución de bienes (activos) concursales.

V. Sobre llovido mojado: la extinción de dominio de bienes vinculados a la criminalidad compleja

Los inconvenientes y desajustes que hemos apuntado en párrafos precedentes como consecuencia de la posible yuxtaposición y/o solapamiento de la figura del decomiso penal (definitivo o cautelar) con el régimen de incautación, liquidación y distribución concursal pueden reeditarse, e incluso agravarse, de sancionarse finalmente –como todos los ciudadanos del bien esperamos- una ley que contemple la denominada "extinción de dominio".

Si bien existen varios proyectos sobre la especie, centraremos nuestro análisis en el proyecto legislativo aprobado en Cámara de Diputados en el año 2016.
Dice aquel en su Artículo 1 – Objeto. La presente ley tiene por objeto regular la acción y el proceso de extinción de dominio, así como establecer los mecanismos de administración y destino de los bienes, efectos e instrumentos que se hayan utilizado o provengan de delitos relativos al narcotráfico, la trata de personas, y la corrupción.
Y en lo aquí interesa, el artículo 2 de la norma proyectada nos aporta como definición que: *Se entiende por extinción de dominio la pérdida del derecho patrimonial sobre un bien a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el titular o beneficiario real, y sin necesidad de condena penal*.

Por ende, si bien tiene en común con la figura del decomiso penal que el "beneficiario" es el Estado, difiere de aquel en que no es una accesoria de una condena penal sino que no requiere de la misma, aunque sí –claro está- un pronunciamiento firme del Juez no penal que decrete o disponga la tal extinción de dominio.

La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Es un instrumento de política criminal que siguiendo el modelo de otras legislaciones comparadas (esencialmente derivaciones de la ley RICO de Estados Unidos[15]), se la pretende como respuesta eficaz contra el crimen organizado; su núcleo radica en la persecución de toda clase de activos que integren la riqueza derivada de la actividad criminal.

La extinción de dominio, si bien se trata de una consecuencia jurídico-patrimonial de actividades ilícitas, no es conferida a los jueces

[15] Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970.

represivos sino que se trata de un proceso no penal que habría de concluir en una sentencia de autoridad judicial "civil" no represiva consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes habidos como consecuencia de actividades ilícitas penales.
La República Argentina no cuenta con una ley de extinción de dominio, a pesar de ser signataria de múltiples tratados y convenciones internacionales que nos obligan a hacerlo, v. gr.: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ley 24072), la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24759), la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (ley 25632), la Convención Interamericana contra el Terrorismo (ley 26023) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (ley 26024).

Y por ello, a no dudarlo, opinamos favorablemente a la efectiva sanción y vigencia de una ley de extinción de dominio pero, para evitar los inconvenientes y desajustes que el decomiso penal puede producir frente a un medioambiente concursal/falencial del afectado, la regulación no debe perder de vista los derechos de los acreedores concursales genuinos del potencial alcanzado por la extinción de dominio cuando, precisamente, los activos cuya titularidad se pretenda que pasen al estado sin contraprestación alguna, constituyen también el activo falencial sobre los que tales acreedores buscan ver satisfechos sus créditos.

Toda la deferencia hacia los deberes y facultades del Juez concursal como así también el respeto del régimen de incautación, liquidación y distribución de bienes previsto en la LCQ al que hemos hecho referencia en el presente trabajo debe tenérselo también en cuenta en la redacción y futura vigencia de una ley de extinción de dominio.
Referencias algo vagas como "la protección del adquirente de buena fe a cualquier título" o "cuando se acreditan los derechos de propiedad sobre los mismos de un tercero de buena fe" (art. 9 proyectado) o la algo tautológica reafirmación del debido proceso (art. 11 proyectado), no parecen cubrir adecuadamente las hipótesis de yuxtaposición de una acción autónoma de extinción de dominio con un proceso concursal coexistente.

Así, si bien el citado artículo 11 proyectado afirma genéricamente que "debe garantizarse el debido proceso y el derecho de defensa", en lo concreto dice que se permite "a la persona que puede resultar

afectada, presentar pruebas, intervenir en el proceso, y oponerse a las pretensiones que se están haciendo valer en contra de los bienes". La expresión "persona que puede resultar afectada" ¿incluye a los acreedores concursales con vocación sobre los activos cuya extinción de dominio se pretende?

La respuesta se impone afirmativa.

¿Y al síndico falencial?

Una vez más la respuesta debe ser un rotundo sí.

Pero tiene sentido que en sede extraconcursal el Síndico y/o los acreedores concursales deban intentar preservar activos falenciales y no que tal debate deba producirse DENTRO del proceso falencial y ANTE el Juez del concurso?

Un indicio de la preeminencia del Juez concursal por sobre el juez interviniente en una acción autónoma de extinción de dominio podría ser el proyectado Artículo 13 "Prioridad de cobro de acciones civiles. Las acciones civiles por el mismo hecho llevadas adelante con miras a obtener resarcimiento o reparación por daños, tienen prioridad de cobro frente al Estado".

Por último, si bien la ley proyectada regula el régimen de administración de los bienes y los recursos recuperados mediante la aplicación de la misma, una vez más tal régimen de administración y liquidación de estos activos no podría desplegarse ignorando los deberes y facultades del Juez falencial cuando de lo que se trata es de administrar, liquidar y distribuir el producido de activos integrantes de la masa concursal.

VI. Conclusión

Por todo lo hasta aquí expuesto, y sin perjuicio de reafirmar que cada Magistrado tiene la facultad y el deber de llevar adelante el proceso (penal o concursal) que cada uno de ellos preside, en caso que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, ambos Magistrados deberían eludir la confrontación de sus propias *iuris dictio* evitando posiciones intransigentes con relación a los deberes y facultades de su colega.

Así, postulamos que ambos Magistrados deberán colaborar entre sí y coordinar sus respectivas tareas, en tanto que la ejecución misma del decomiso dispuesto en sede penal debe necesariamente conjugarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

Oralidad en los procesos concursales. ¿Por qué no?

Máximo Agustín Mir, Angel Luis Moia y Flavia Elisa Pasqualini

Sumario

La implementación de la oralidad efectiva en la gestión de las pruebas en el proceso de conocimiento en las distintas jurisdicciones de nuestro país plantea un interrogante sobre la adecuación de esta herramienta a la tramitación de procesos concursales. Llamativamente las propuestas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ignora esta posibilidad, lo que agrava la cuestión.

Se analiza la compatibilidad y adecuación de esta propuesta a la tramitación de procesos concursales, consignando sus posibilidades. Tomando como punto de partida el reglamento vigente en la provincia de Entre Ríos se ensaya un estudio de la posibilidad de implementación en los estrados concursales, y propuesta de algunos ajustes que derivan de la especialidad de la materia.

I. Introducción

En el marco de la iniciativa denominada "Justicia 2020"[1] el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se plantean diversos proyectos de optimización de la prestación del servicio de Justicia. Uno de los que más desarrollo ha tenido es, dentro del eje de gestión, la generalización de la oralidad en los procesos civiles.

Se trata de la adopción de una oralidad "atenuada", conservando las etapas postulatoria y decisoria escritas[2] pero actuando la gestión de la prueba mediante la articulación de audiencias. Esencialmente se definen dos audiencias, una "preliminar" de neto cariz compositivo

[1] https://www.justicia2020.gob.ar/institucional/
[2] Art. 1 del Reglamento

y saneatorio de las pruebas ofrecidas (arts. 4 y 5 del Reglamento), y la otra "de vista de causa", ordenada a la producción eficiente y actuada de las pruebas admitidas (arts. 4 y 7 del Reglamento) A su vez se acentúa el rol conciliador del juez, promoviendo la autocomposición del conflicto.

La implementación de la oralidad busca garantizar los principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, economía, simplificación de las formas, prueba de calidad y una sentencia justa en tiempo razonable, según declara la reglamentación.

Según las estadísticas planteadas su aplicación disminuye la permanencia de la litigiosidad, a la vez que abrevia los tiempos de duración del proceso. Con estas cartas de presentación la propuesta se ha proyectado en las provincias, más allá de las estructuras legislativas vigentes.

En el caso de la provincia de Entre Ríos el Superior Tribunal de Justicia ha dictado un reglamento (Acuerdo General) que regula su instauración a partir de la segunda mitad del corriente año. Similares iniciativas se avizoran en el horizonte de otras provincias.

Según esta norma, su "*objetivo es organizar la faz operativa del proceso por audiencias, describiendo las especiales contribuciones funcionales y los procesos de trabajo necesarios para el éxito y eficacia de las mismas, identificando responsables y fases de la actividad"*

En este escenario nos planteamos el interrogante de su compatibilidad con el proceso concurso y la posibilidad de su instrumentación en el universo de estos procesos. La especialidad estructural del proceso concursal exige un juicio de adecuación de las reglas generales a la realidad específica. Esa es nuestra propuesta.

Analizaremos la propuesta normativa de nuestra provincia desde la óptica concursal a fin de evaluar tanto la posibilidad de aplicarla así como las variantes de su adaptación.

II. La especialidad del proceso concursal

En breves líneas podemos señalar la especialidad del pro-

ceso concursal dentro de los procesos universales parafraseando a Rouillón cuando explica que *"los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia...explican la existencia de una legislación diferenciada –la ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial"*[3]

Como consecuencia de estos caracteres la integración de las normas procesales parte de una premisa esencial, la autosuficiencia del sistema concursal procesal. Sólo, y en tanto, no se pueda dar respuesta desde la misma normativa nacional, puede recurrirse a las normas locales, en tanto resulten coherentes con la economía y celeridad del trámite (arg. art. 278 LCQ)

Explica el mismo autor que *"las características del proceso concursal...determinan su aspiración a la autosuficiencia. Por esta afirmación ha de entenderse que, en principio y en la medida de lo posible, todos los conflictos deben resolverse dentro de la ley concursal. El uso del reenvío a las leyes procesales locales no es deseable, aunque, en la práctica, se acuda a él con frecuencia. "*, sin perjuicio de lo cual *"ello no debe llevar a sustituir las disposiciones procesal concursales específicas por las de los códigos de procedimientos (a los que muchas veces conducen hábitos mentales subconscientes), ni otorgar igual jerarquía a las disposiciones de rito locales y a las de la ley concursal"*[4]

La referencia a "los procesos concursales" refleja una realidad compleja. Más allá de los tipos regulados en la legislación específica, su tramitación genera una constelación de procesos vinculados.

Así, la posibilidad de plantear cuestiones de diversa envergadura vinculados con la gestión de la insolvencia, todas de competencia del juez concursal importa una nota caracterizante de la diversidad tipológica de los trámites. Los habrá de mayor complejidad, como

3 ROUILLÓN, ADOLFO A.N.; *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522,* Buenos Aires, *Astrea*; 2.017, pág. 14

4 ROUILLÓN, ADOLFO A.N. (Dir.) ALONSO, DANIEL F. (Coord.); Código de Comercio, comentado y anotado; T IV-B; Buenos Aires, *La Ley*; 2.007, pág. 765

es el caso de los procesos ordinarios previstos, por ejemplo para los supuestos de extensión de quiebra -art. 164 LCQ-; los reclamos por responsabilidad -art. 174 LCQ- o de ineficacia falencial -art. 119 LCQ, a la vez que pueden darse casos más sencillos que encuadran en las previsiones del incidente concursal -art. 280 LCQ-. En todos los casos se trata de procesos de conocimiento.

A partir de estas consideraciones, es claro que la propuesta en estudio está pensada para un proceso esencialmente bilateral con un amplio margen de disponibilidad de la pretensión y los derechos involucrados. A su vez, la aplicación de la normativa reglamentaria apunta a su introducción en el trámite a partir de la decisión del juez como director del proceso y según las consecuentes facultades.

III. La compatibilidad o compatibilización de las normas

1.- La posibilidad de implementación.

El estudio de esta posibilidad debe proyectarse en tres planos: los procesos concursales en sí mismos, los procesos ordinarios vinculados a ellos y los incidentes concursales.

Con respecto a los primeros, la posibilidad de aplicar la reglamentación señalada e introducir la gestión de pruebas por audiencias resulta inviable. La imperatividad en la estructura del trámite diseñado por el legislador excluye la admisión de estas disposiciones reglamentarias. La secuencia procedimental de la quiebra, del concurso y del acuerdo preventivo extrajudicial no admite una alteración como esta.

Diversa es la situación de los procesos de conocimiento plenos que la ley articula con los procesos principales. En todos los casos se señala que las pretensiones habilitadas para transitar con mayor amplitud de debate, lo harán "*por vía ordinaria*", calificación esta que debe responder a las previsiones de la normativa local. De ahí que la gestión probatoria por audiencias resulta de aplicación necesaria.

En el caso de los incidentes concursales, dada su inagotable variedad de contenido, habrá de realizarse una valoración en cada caso concreto sobre su procedencia. Siempre desde el prisma de la celeri-

dad y economía procesal[5]. Debe considerarse que la misma normativa procesal al diseñar el incidente fijó una notable amplitud probatoria que se limita temporalmente por los veinte días previstos para el período probatorio (arg. art. 282 LCQ).

Esta última norma, desde su origen, prevé expresamente la posibilidad de que se fije una audiencia para la producción de la prueba, con carácter facultativo. Es decir, será una pauta de arbitrio judicial según el derecho de fondo la adopción de esta modalidad.

La optimización de la gestión probatoria, así como la necesidad de definir la fecha de concreción de las pruebas admitidas mediante la fijación de la fecha de una audiencia de vista de causa resultan valorables en este aspecto.

2.- Algunas pautas de adecuación.

Una vez determinada la posibilidad de aplicación, es menester analizar los eventuales ajustes para compatibilizar este instrumento a las finalidades del proceso concursal.

A) La finalidad de las audiencias.

Más allá del caso específico del incidente, donde se prevé la posibilidad de fijación de una audiencia para la producción de la prueba, su concreción reputa conveniente la existencia de la audiencia preliminar. La sintonía e interdependencia de ambas las hace necesarias en su armónica implementación.

Según la reglamentación vigente, la audiencia preliminar tiene por fin específico el lograr la conciliación, al menos parcial (arts. 4.9, 5.1 y ccdtes.). En caso de no lograrse, se deberá sanear eficazmente la prueba ofrecida (arts. 5.2 y ccdtes.) fijando los hechos controvertidos y planificar el período probatorio.

En cuanto a la preeminente conciliatoriedad de esta etapa, es claro que la ley concursal fija limitaciones a estas posibilidades ante la confluencia de diversos intereses en el proceso. Es que, más allá de las partes intervinientes en el proceso, no puede pasarse por alto su inserción y proyecciones en el proceso universal (arg. art. 182 LCQ). Consecuentemente, el contenido de esta audiencia se limita a la gestión probatoria.

[5] Un caso puntual de aplicación se ha ensayado en un incidente de verificación tardía con una cierta complejidad probatoria por la complejidad del proceso principal y las implicancias del crédito insinuado J.C. y C. n° 9 de Paraná; 25.7.18; Círculo Médico de Paraná s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación tardía (Prom. por...)

En lo concerniente a la audiencia de vista de causa, corresponde realizar idénticas consideraciones (art. 7.1), limitándose su realización a la concreción de la prueba ofrecida.

B) Las pautas de producción de la prueba.
La adopción de este modo ágil y transparente de gestión de la prueba resulta consecuente con los principios de economía procesal y celeridad que articulan las soluciones concursales. Sin embargo la ley de fondo prevé algunas disposiciones específicas relativas a la prueba pericial y a la prueba testimonial (arts. 283 y 284 LCQ) que deben primar sobre las disposiciones reglamentarias.
El análisis de las reglas de actuación de las pruebas en particular (arts. 6 y 7.3.1.5) revela la compatibilidad de esta gestión con la dinámica concursal.

C) La propuesta para la sentencia.
La reglamentación recomienda que la sentencia se dicte dentro de los diez días de finalizada la audiencia de vista de causa (art. 8.1.14). Esto es congruente con la finalidad de la agilización procesal y guarda estricta armonía con la regularidad de los plazos establecidos por la ley concursal para la generalidad de las resoluciones. A su vez se definen aspectos sobre la técnica sentencial, simplificando su estructura, lo que resulta compatible con las exigencias concursales.

IV. Conclusiones

La implementación de la oralidad efectiva para la gestión de la producción de la prueba se proyecta como una política judicial a nivel nacional. Se la ha proyectado con un perfil general, poniendo como objetivo principal los procesos de conocimiento, sin atender a su proyección en los procesos concursales.

En la materia concursal, identificada por caracteres esencialmente propios, la economía procesal resulta gravitante para el tratamiento de la insolvencia. De ahí que la propuesta resulte conveniente para la tramitación de los procesos de conocimiento e incidentes vinculados al concurso.

Esta misma especialidad impone el ajuste de la propuesta general al ámbito falencial, siguiendo las pautas legales, como la disponibilidad de la audiencia de vista de causa (arg. art. 282 LCQ)

La cuenta corriente bancaria frente al concurso preventivo

Rubén R. Morcecian

Sumario

Proponemos una línea de reflexión e interpretación de las normas favorable al mantenimiento de cuentas corrientes no cerradas o a la reapertura de las cerradas o apertura cuentas nuevas, respecto de empresas que se encuentren en concurso preventivo. No existen razones fundadas ni de peso que puedan sostener soluciones contrarias más aun considerando que la cuenta corriente resulta un elemento vital para el desarrollo y la operatoria comercial actual.

I. Introducción

Es sabido que cuando la situación económica, financiera y patrimonial del deudor se aproxima o ingresa a lo que podemos denominar zona de insolvencia o directamente cae en cesación de pagos, podrá recurrir a los remedios concursales para sanear su crisis patrimonial. En este derrotero los deudores que se presentan en concurso, en general llegan al mismo con el último aliento económico y financiero que les queda, seguramente han hecho todo tipo de maniobras para salir o evitar la crisis, y es casi seguro también que a la fecha de presentación su cuenta corriente bancaria ya se encuentra cerrada por decisión del banco o bien éste se apresta a hacerlo.-
Frente a ello, es necesario analizar cuál es la situación del contrato de cuenta corriente ante el concurso y los efectos de este sobre dicho contrato y que posibilidades tiene la empresa, de cara a la legislación actual, en mantener o bien recuperar el funcionamiento de su cuenta corriente bancaria.

Desde ya aclaro que la presente se limita a la relación cuenta corriente y concurso, prescindiendo de otras cuestiones que ameritan

cautelares especiales como las relativas al no pago de cheques de pago diferido emitidos por operaciones anteriores a la presentación del concurso

II. La cuenta corriente: La cuenta corriente es un que reviste la calidad de "normativo", esto es un contrato básico que tiene por objeto disciplinar futuras relaciones contractuales entre el banco y el cliente , *pero que no obliga a las partes a celebrar dichos contratos.* Por ello no debe confundirse a la cuenta corriente con las precisas e individualizadas operaciones que se disciplinen o sistematicen a través de ella. El art.1393 del CCC la define como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja.

De la definición surge claramente que este contrato responde a un formato eminentemente contable, de hecho su funcionamiento lo es bajo el sistema de partida doble, en consecuencia las acreditaciones se anotarán en el "haber" y los débitos en el "debe", de todo lo cual se desprende que como contrato operativo y normativo no es posible pasar o *hacer correr* por ante ella otros contratos que no sean pactados entre las partes.

Normalmente el contrato de cuenta corriente lleva conexo un pacto de cheque y servicio de caja , esto es el servicio que el banco le presta al cliente consistente en pagar los cheques que el titular libre con los fondos que previamente el mismo acredite en su cuenta o bien con fondos que el propio banco adelante al cliente y se los acredite en su cuenta (en este último caso estaríamos en presencia ,además , de otro contrato, adelanto de fondos en cuenta , que es de aquellos que no se deben confundir con el propio contrato de cuenta corriente).
En la economía actual la cuenta corriente importa un instrumento vital para el funcionamiento de la empresa, para el desarrollo de sus negocios, el cumplimiento de cargas fiscales, previsionales, y laborales, a la par de posibilidades de financiación rápida y a bajo costo con la utilización de cheques.

III. La apertura del concurso- continuidad o resolucion del contrato : Acaecido el concurso surge el interrogante de si éste funciona como elemento o causa resolutoria del contrato de cuenta corriente bancaria. En el caso de la quiebra , no existen dudas , el art.147

indica la resolución ipso iure de dicho contrato. Mas en el concurso preventivo la ley de concursos y quiebras nada prevé, por tanto habrá que determinar si existen otras causas legales que indiquen la continuidad o resolución del contrato de cuenta corriente por la presentación en concurso .

Por un lado un sector de la doctrina acepta la posible continuidad del contrato, se apoya en las previsiones del art.20 LCQ primer párrafo, "contratos con prestaciones recíprocas pendientes" Esta posición no soluciona eficazmente la situación, por cuanto el contrato de cuenta corriente no refleja ni importa necesariamente prestaciones recíprocas pendientes, sólo el banco tiene la obligación de suministrar el "formato" contable y la atención del pacto de cheque sin ninguna prestación adicional , y tales prestaciones se agotan en cada cumplimiento, son de ejecución instantánea, de donde atendido el último cheque o formulado el régimen de la cuenta, no hay para el banco prestación pendiente. Que sean prestaciones u obligaciones que podríamos considerar como continuas no significan que también sean pendientes. Por otro lado de acudirse a esta norma el concursado debería en caso de existir deuda, abonar lo debido al banco, toda vez que la propia norma autoriza al otro contratante a exigir el pago de lo adeudado hasta la presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución, con el agravante que las prestaciones posteriores podrán llegar a tener el privilegio del art.240.

Por el lado de la no continuidad del contrato, encontramos que cierta doctrina,(vgr. Gomez Leo) entiende que por aplicación del anterior art.783 inc.3 del Código de Comercio que disponía que la cuenta corriente mercantil se concluye por cualquier suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre administración de sus bienes, el concurso, entonces, en tanto limita la administración de los bienes del titular, también provoca la resolución del contrato de cuenta corriente bancaria.

No compartimos esta doctrina toda vez que la ley es clara en este aspecto y no otorga margen para una interpretación ajena a la norma : el concursado conserva la administración de sus bienes y su negocio, con excepcionales limitaciones que se derivan del art.167 LCQ referidas en orden a la prohibición de ejercer actos de disposición, los cuales ninguna relación guardan con la operatoria en la cuenta corriente bancaria.

Así sostenemos que la presentación en *concurso no resulta causa* que justifique la finalización del contrato de cuenta corriente.
Sin perjuicio de ello, es claro que tal presentación no es óbice para a que antes o una vez abierto el concurso el banco en uso de las atribuciones que le confiere el art. 1404 inc.a del CCC o decida el cierre en forma unilateral , preavise con el plazo de 10 días y una vez lo cual, proceda al cierre de la cuenta.

Esta solución si bien legal , requiere sí de una *adecuada justificación en orden a fundamentar los motivos (que han de ser graves y de rigurosa apreciación)* que llevan al banco a no poder sostener el contrato y proceder al cierre de la cuenta.

Podría tener alguna lógica que el banco pueda tener sus reservas de contratar con un concursado, alguien que confesó su cesación de pagos, mas aún cuando la ley 25413 determinó que las condiciones de apertura, mantenimiento y causas de cierre de las cuentas corrientes serán establecidas por cada entidad bancaria, modificando así el art.66 de la ley 24.452 en cuanto le confería al BCRA tales facultades.

IV. La situacion de la empresa concursada de cara a la legislación vigente : Existen otras razones y quizás mas poderosas aún que las expuestas, que indican la necesidad de mantener la cuenta abierta.-
* las leyes 25.343 y 25.413 exigen que los pagos de mas de $1.000 sean hechos a través de un banco, de ordinario- aunque no excluyente- a través de la cuenta corriente.-
*El estado de ese modo propicia la bancarización , ya que a través de la misma podrá ejercer un control mayor sobre cuestiones relativas a lavado de dinero y evasión fiscal.-
* Las moratorias impositivas o previsionales requieren para poder acogerse a ellas de una cuenta corriente en la que puedan debitar los pagos.-
*El ejercicio del comercio actual requiere para poder comprar y vender de una cuenta corriente con servicio de cheque , es la única forma de cumplir con las leyes que exigen los pagos por banco de mas de $1000.-
*Por otro lado en el ejercicio efectivo del comercio, resulta más atractivo para el empresario la compra con valores que sin ellos. Hoy por hoy la modalidad es “entrega de mercaderías contra valores” y en este esquema quien no los tenga quedará fuera del negocio o por lo

menos con sus posibilidades acotadas .-
*La contrapartida de lo expuesto supra, esta dada por la posibilidad de recibir cheques.
Como se aprecia, aninguno de los interesados en el negocio de la empresa, esto es empresario, trabajadores, proveedores y clientes, resultan beneficiados con el cierre o no apertura de la cuenta corriente, al contrario el perjuicio a sus intereses propios y colectivos es notorio.
El interés público y social , el orden público de las normas concursales y la variedad de intereses comprometidos ,son elementos que nos dan la idea que es voluntad del estado de mantener las empresas en pié , trabajando y desarrollándose comercialmente , resulta entonces incompatible la posibilidad de cierre o de no apertura de la cuenta corriente.-

IV. Las disitintas soluciones .-Postura jurisprudencial – nuestra postura - el orden público económico – el contrato impuesto: En este marco, las estrategias de las empresas concursadas han bordeado siempre la solicitud de mantenimiento de la cuenta o de la reapertura de la ya cerrada por intermedio de medidas cautelares , y ello con diversa suerte.

Pero que sucede cuando la medida cautelar es rechazada o el banco cuestiona la otorgada? O que sucedería si directamente el deudor concursado solicita la apertura de una nueva cuenta para poder operar comercialmente? La doctrina tanto judicial como de autores ha avanzado y evolucionado hacia decisiones que permiten la apertura de cuentas con determinadas limitaciones y controles.

Algunos precedentes dispusieron el rechazo del dictado de la medida cautelar a los fines de mantener la cuenta abierta con fundamento en que se establecería - de acceder a ello - una obligación de contratar incompatible con la libertad garantizada por la Constitución Nacional, arts,14 y 17 [1], rechazó el mantenimiento de la cuenta

1 "...el cierre de una cuenta corriente bancaria constituye materia en la que prima la libertad de contratación...." "....la apertura del concurso preventivo del titular de la cuenta no incide en la especie : el juez del concurso como principio y salvo que se afecte el orden público , no puede interferir en las relaciones particulares imponiendo obligaciones indeseadas a un cocontratante...sobre todo cuando de tal decisión no se advierte ninguna afectación al orden público o a normas convencionales a las que deban someterse imperativamente los cocontratantes (art.1197 c. civ y ccdtes)" y agregan los Sres. Jueces que "...

corriente de la concursada con fundamentos que reposan en la libertad de contratar .La Sala sostiene que Si bien la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial reconoce que en la actualidad es casi imposible desarrollar una actividad comercial sin operar una cuenta corriente bancaria, entiende que tal necesidad no alcanza para apartarse de la regla del 1197 y del principio de la autonomía de la voluntad.-

No compartimos esta postura. La invocación a los arts.14 y 17 de la Constitución Nacional no nos parece razonable , toda vez que paralelamente al derecho del Banco a contratar coexiste el derecho del concursado a trabajar, a ejercer industria lícita y a comerciar .En primer lugar es necesario recordar que los derechos que la carta magna garantizan no son absolutos ,ya que se los goza "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (art.14) . Por otro lado al Estado le interesa dirigir sus acciones de modo de promover y propender al bienestar general (preámbulo de la Constitución Nacional) y se provee y abastece esa manda constitucional favoreciendo el mantenimiento de las empresas , de modo de preservar su fuente de trabajo para los obreros (quienes también tienen derecho al trabajo) , para mantener un sujeto activo comercialmente ,que a la postre es generador de negocios ,de crecimiento económico y contribuyente a las arcas del Estado. La continuidad de la empresa trasciende los intereses propios del deudor para interesar a toda la comunidad por las implicancias y efectos de todo orden que la figura conlleva.-

Es que *dentro de las condiciones fácticas y jurídicas que deben estar presentes para permitir la preservación de la empresa en marcha no se pueden desatender aquellas que hacen a su funcionamiento y a la continuidad de las actividades*[2]*"* y en este marco

---

Por cierto que la sala no ignora que en la actualidad se torna prácticamente imprescindible que los comerciantes operen mediante cuentas corrientes bancarias, mas esa circunstancia fáctica no basta para imponer a una entidad financiera que reabra un cuenta corriente bancaria o abra una nueva cuando se trata por principio de materia de libre disponibilidad para los cocontratantes ....Adoptar la solución contraria implicaría establecer una obligación de contratar incompatible con la libertad en la materia garantizada por nuestra propia carta magna ..." C.Com.Sala A "Delma SA" y en similar sentido se han pronunciado la Sala A en"Química Sudamericana S.A. s/ quiebra s/ inc. de apelación", 9/11/95, la Sala E "Thermax S.A. s/ concurso preventivo s/ inc de apelación, 8/3/99 y "Tatedetuti S.A. s/ concurso s/ inc de apelación", 23/11/99 y la Sala F "High Q Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de elevación a Cámara", 10/12/09, la Sala D "Antonio Expósito SA" , y "Forja Catán SA s/ Concurso Preventivo s/ incidente de Apelación"

[2] Biagosch, Facundo, "Efectos del concurso preventivo sobre los contratos " en Derecho Concursal ,Director Osvaldo .R Gomez Leo, Universidad Austral ,ed. Rubinzal-Culzoni,pag.49.-

el contar con el mecanismo de la cuenta corriente bancaria se torna como fundamental para lograr la continuidad con éxito.-

Todos los elementos antes señalados conforman el llamado ***"orden público económico" y este como tal, esta por encima de los intereses privados de las instituciones financieras.-***

Mas otra línea jurisprudencial ha accedido a las cautelares solicitadas reconociendo la imposibilidad de la empresa concursada operar comercialmente sin el recurso de la cuenta corriente, resolviendo atender las necesidades de la empresa por el universo de intereses que en ello confluyen.[3]

La idea o el concepto de orden público como límite de la libertad de los contratantes y de los sujetos en general integrantes de la comunidad , responde a la salvaguardia y protección del bien común o del público en general, afirmándose que la finalidad perseguida es la prohibición de un resultado económicamente dañoso para la comunidad en general y de protección al interés y aseguramiento del bienestar de la misma comunidad.-

Este orden publico presenta tres características : 1) atañe a las relaciones económicas, 2) toma en cuenta el cambio de bienes y servicios considerados en si mismos y 3) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente y procura imponer de manera positiva cierto contenido contractual [4]. -

Es así entonces que la libertad contractual que garantiza nuestra legis-

[3] Asi ,en Call Business SA s/ Concurso Cn Com.Sala B del 20/08/2014, Dulcyplas S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente Art. 250" tambien de Sala B, donde se dijo que No se desconoce que el cierre de una cuenta bancaria constituye materia en la que prima la libertad de contratación (CN 14 y 17); que si nada convinieron los contratantes sobre el cierre de aquella cabe estar a lo dispuesto por el CCyCN y las circulares BCRA,y que el Juez concursal no puede interferir en las relaciones particulares imponiendo obligaciones indeseadas a un co–contratante. Sin embargo dicho criterio debe armonizarse con la necesidad de posibilitar a la empresa deudora operar comercialmente con un mínimo de regularidad, a fin de no dificultar la superación de la crisis que la afecta. *En ese sentido, el mantenimiento de las cuentas corrientes bancarias es necesario para el desarrollo normal de la operatoria comercial de la concursada e importa un beneficio no sólo para los acreedores, sino también para los dependientes de la empresa.*

[4] Sup.Corte Mendoza, "Triunfo Coop.Ltda. c/ Consolidar AFJP , expte.75579 sentencia de fecha 10/06/2003.-

lación tiene como límite al mencionado orden público económico.-
Criticamos la jurisprudencia negativa porque lo cierto es que *el derecho a "no contratar" del banco no es absoluto y debe ceder en casos de perseguirse fines de bienestar general*. En este contexto no dudo afirmar que el mantenimiento de la cuenta o la reapertura de la ya cerrada de modo de habilitar a la empresa concursada de una herramienta apta para interactuar en el comercio o la industria y poder cumplir con las exigencias del tráfico mercantil y de la bancarización, por la trascendencia que conlleva hacia la comunidad comercial, industrial, y laboral, y en definitiva a la sociedad toda , resultan abarcativas del espíritu de consecución del bienestar general, *siendo por ello entonces que no podrá el banco negarse a brindar un servicio que resulta por las propias exigencias del Estado (y a las que los bancos no son ajenas) crucial y vital para las empresas*.-
El derecho a no contratar o la voluntad de hacerlo o no cede ante la necesidad de alcanzar objetivos de interés y beneficio general en cumplimiento del orden público económico.-

Y entiéndase que no se trata de la violación de la autonomía de la voluntad o de la libertad de contratar. En casos de actividades que si bien de gestión privada revisten un marcado interés público y social como es la actividad bancaria con notoria y excepcional proyección hacia los intereses de la comunidad, el Estado en uso de sus atribuciones constitucionales, puede , imponer en determinadas relaciones determinados contenidos contractuales y suplir en parte la voluntad de los contratantes porque al Estado le interesa la realización de ese contrato para la satisfacción del interés general.[5]-

[5] A esta altura no es ocioso recordar que la autonomía de la voluntad , como principio jurídico , descansa esencialmente en dos postulados "el liberalismo económico " y un entorno "filosófico individualista y voluntarista" Dicho principio es el punto de confluencia jurídica de estos dos elementos ,el económico y el filosófico .Este principio supone que los intercambios económicos se realizan por medio de concesiones recíprocas que son el resultado de las voluntades de los contratantes. La voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y determinar sus efectos.-
El voluntarismo e individualismo del siglo XVIII influyeron en los juristas de la época y nuestra legislación no escapó a tal influencia, consagrando dicho principio en el 1197 del Código Civil.-
Pero el propio legislador a la vez limitó el alcance libérrimo de la voluntad de la partes , al establecer la prohibición de contratar a determinados sujetos , de contratar sobre bienes fuera del comercio, y la exigencia de celebrar contratos que reconozcan causas lícitas y prohibiendo las convenciones contrarias a las buenas costumbres.
El nuevo código civil y comercial a lo largo de todo el articulado nos demuestra ahora que efectivamente la autonomía de la voluntad no debe ser analizada como otrora se lo hacía, sino que como concepto dinámico que es, en estos

En el caso de la cuenta corriente y concurso que aquí nos ocupa el Estado en uso de sus atribuciones impone en ciertas situaciones determinados contenidos contractuales en miras del interés general y es deber de cualquiera de los poderes del estado atender dichas contingencias..

Los ya mencionados fines de bienestar general y el cumplimiento del orden público económico lo justifican.-

En el esquema propuesto podemos entonces sostener que el mantenimiento o la apertura de la cuenta corriente se trata de la celebración de un ***contrato impuesto*** o ***contrato imperativo***, por razones de interés público en estricta observancia del orden público económico, cuya trascendencia lo coloca por encima del interés de la institución financiera[6] .-

Es así que en la contratación bancaria en donde convergen los intereses de la sociedad con los de la gestión privada, es claro que el Estado deberá propender desde el plano económico a los logros y la realización de los intereses y el bienestar general .-

VI. La actividad bancaria como actividad de interes público o servicio público: Desde un plano distinto a los analizados supra , existe en doctrina posturas que sostienen que no debemos olvidar **que a los bancos hay que considerarlos como prestadores de un servicio público**[7], ya que no es la gestión directa del servicio público por el Estado lo que caracteriza al servicio publico, sino el hecho de que sea regulado y controlado por aquel [8] . Esta concepción sobre la naturaleza de servicio público de la actividad bancaria, ha sido aceptada también por calificada doctrina administrativista .En

tiempos ha mutado para cobrar vigencia en contratos paritarios por ejemplo, que, va de suyo, no es el caso de las relaciones banco-cliente. Véase en este sentido Larroumet, Christian "Teoría General del Contrato " ed. Temis , Vol1 pag.85.-

[6] La Cámara de Apelaciones de San Isidro Sala 1ra. En autos "Gonzáles, .Juan c/ Banco Rio de la Plata s/ Cobro de pesos" sentencia del 02/05/2004 nro, 94667 sostuvo un criterio similar al decir que "El orden público económico importa que el Estado puede regular por vía de jurisdicciones excluyentes de la voluntad privada ciertos aspectos de la economía que normalmente están regidos por la autonomía de la voluntad

[7] Giraldi, Pedro "Ley de Cheque " pag.195

[8] Altamira Pedro, G, Curso de Derecho Administrativo , pag.486 .-

10 Marienhoof, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo ,tomo II pag.55.-

efecto , Marienhoff, señala que los bancos funcionan como consecuencia de un acto formal o comportamiento de la autoridad pública y su actividad encuadra perfectamente en la definición de servicio público que el propio autor nos da[9].

Raspall sostiene que hoy por hoy y dentro del contexto normativo antes descripto ,el contrato de cuenta corriente ha quedado posicionado como un contrato que si bien administran empresas privadas (los bancos) tiene una fuerte impronta de interés público que los aproxima mucho a lo que sería un servicio público delegado que puede ser prestado por los particulares expresamente autorizados y que en tal orden ,la línea divisoria entre contrato de derecho privado o contrato de derecho público se ha estrechado mucho.

Desde esta óptica y considerando el art. 20 in fine LCQ cabe indagar también entonces si le es posible al banco sustraerse (creemos que no le es posible) a la manda de dicha norma en cuanto prohíbe la suspensión de los servicios públicos que se presten al deudor, mas aún considerando que abierto el concurso, las prestaciones y su pago se rigen por normas extraconcursales, es decir que si el concursado no paga podrá la entidad prestadora interrumpir el servicio.

Una última reflexión y es sobre el papel de los bancos oficiales, esto es el Banco de la Provincia de Buenos Aires en nuestro caso o el Banco Nación. Estas instituciones a más de competir con la banca privada en todo tipo de negocios, tienen y precisamente por su origen, un deber anexo, que es el de desarrollo y fomento de la actividad bancaria y económica. Allí donde la banca privada no llegue lo deberá hacer la banca pública. En este escenario de ideas, parece mas acertado aún que sea la banca pública la encargada de abrir cuentas corrientes a las empresas en concurso y brindarles el servicio que necesitan para poder sobrellevar la marcha del acuerdo y las necesidades comerciales y fiscales actuales. Después de todo es el propio Estado quien, desde otro rol- el de banquero- va a permitirle a la empresa cumplir con las normas legales vigentes que él mismo dictó y que exige sean cumplidas.-

[9] Marienhoof, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo ,tomo II pag.55.-

Reflexiones en torno a las facultades del juez en la quiebra

Rubén R. Morcecian

Resumen

El Juez como director del proceso , funcion que le es reconocida por el propio ordenamiento concursal (art.274) , detenta de ciertas facultades y postestades con la finalidad de armonizar y equilibrar en el dificil (y normalmente escaso) escenario de la insolvencia los diversos intereses que confluyen en estos procesos, sean privados como los del deudor, los acreedores, terceros involucrados , trabajadores, o publicos como ser el inrteres del estado o de la sociedad en general . El impacto de estos procesos en al ambito economico y social, justifica y exige precisamene dotar el juez de estas facultades, todo lo cual impregna a estos procesos de un carácter predominantemente inquisitivo, apareciendo diminuido el poder de disposicion de los diversos sujetos intervinientes y paralelamente acrecentados los del Juez.[1]

El interrogante es , cual es el limite de estas facultades o poderes del juez?

Desarrollo

Conforme el art. 274 LCQ el juez del concurso detenta y tiene reservada ciertas potestades o facultades a fin de dirigir el proceso, y por ello poder dictar medidas de impulso e investigación, pudiendo entre otras medidas, disponer la comparecencia del concursado en el caso de los arts,17 y 102 ,y de otras personas que puedan contribuir con la finalidad requerida, pudiendo además requerir el auxilio de la fuerza pública en caso de ausencia injustificada, .Pude además ordenar la presentación de documentos que el concursado

[1] Prono, Ricardo S. Derecho Procesal Concursal, Ed.La Ley, pag.56.

o terceros tengan en su poder (los cuales de resultar irrelevantes o no tener atingencia a la causa serán restituidos).

De la lectura de la norma parecería que las facultades del juez resultan limitadas a la dirección, impulso y algunas medidas ordenadoras del proceso y de investigación.

El problema reside en que la norma del 274 resulta un tanto imprecisa por cuanto si bien refiere a facultades de impulso e investigación señalando dos cuestiones puntuales, pero al agregar "entre otras" abre la puerta a un sinnúmero de actos que no se encuentran listado en la ley, posibilitando así un obrar desmedido o arbitrario del juez en cuanto a ordenar medidas o disponer de derechos.-

Es cierto que tratándose de un proceso universal donde confluyen intereses variados y cruzados , donde se producen transformaciones en los derechos y obligaciones de las partes (acreedores, deudor, terceros vinculados)y esta en juego el interés público , se advierte una impronta publicista por la cual el estrado esta interesado en que este tipo procesos no dependa exclusivamente del impulso ni de la postulación que hagan las partes, por lo cual dota al juez de estas facultades (relacionadas, también con el principio de oficiosidad que informa este tipo de procesos) .-

Sin agotar la lista, podemos decir que estas facultades se observan cuando el juez decide : en la verificación y aun prescindiendo del informe del síndico, cuando decide sobre la categorización, sobre la homologación,cuando decide el levantamiento de medidas cautelares que afecteb al concursado, cuando ordene una cautelar de proteccion de fondos o cuentas, cuando decide la pertinencia de la continuidad y su posible conclusión anticipada, entre otros, lo que demuestra que la señalada oficiosidad se hace patente en el uso de estas facultades a la vez que el carácter inquisitivo de la función judicial también incide en el uso y modelización de estas facultades[2].-

[2] Con todo, es necesario distinguir como la hace Maffia que Oficiosidad no es igual a inquisitoriedad ni funcionan como efectos similares. La inquisitoriedad hace fundamentalmente al proceso: su materia, su prueba, su desarrollo (impulso), lo cual no es óbice para que el juez pueda adoptar medidas (por ejemplo, verificación y homologación que puede negarlas aunque no haya cuestionamiento de interesado); pero lo principal es el desarrollo del proceso sin necesidad de instancia privada .En cambio la oficiosidad supone poderes referidos no tanto al trámite (del proceso) cuanto a decisiones (resoluciones), de lo que en el tema de quiebra es expresivo ejemplo la apertura de oficio Maffia, Osvaldo ., "Derecho Concursal , Víctor P. de Zavalía, Tomo 1 Pagina 44.-

Pero, el poder del Juez que si bien amplio, inquisitivo, con protagonismo, es ilimitado, es omnímodo? Por su puesto que no, el poder de dirección y las facultades ordenadoras e investigativas tiene como base la búsqueda de la verdad, de la realidad de los negocios del fallido, sus distintos avatares, el destino de los bienes y el evitar fraudes y abusos en el proceso, pero todo limitado por la vigencia de la garantia constitucional del debido proceso.

Pero este poder que se aprecia como amplio en modo alguno es ilimitado, el Juez no debe ni puede hacer lo que quiere, ya que se corre el riesgo de caer en conductas o posturas arbitrarias o derechamente contrarias a la ley. *El Juez es esclavo del Derecho, antes que de la ley*. El Juez es, en palabras de Garapon, el garante de los derechos y garantías constitucionales en la cotidianeidad de los ciudadanos. Esto siempre en el marco de un esquema de distribución de funciones entre los diversos órganos del Estado que garantiza el respeto al diseño constitucional vigente. Nuestra Constitución reserva al Poder Judicial el conocimiento de las "*causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación"*, según lo dispone el art. 116 C.N. Para tal cometido, debe aplicar precisamente el derecho positivo vigente, no como un autómata –como alguna vez se dijo- sino en pos de la realización del plexo de valores que dan sentido a nuestro ordenamiento.[3]

En esta línea es muy claro Vitolo[4] cuando sostiene que los poderes del juez del concurso presentan algunos límites que son impuestos por la vigencia de la garantía constitucional del debido proceso. De modo que el juez debe respetar el derecho de defensa en juicio,...asimismo debe respetar los derechos de terceros, esto significa que el juez del concurso no puede decretar medidas que importen agredir el patrimonio de terceros ajenos o vinculados al proceso concursal. A ellos ha de adicionarse que conforme le código civil y comercial de la nación el Juez deberá resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3). Además, deberá también y en virtud de la constitucionalización del derecho privado, respetar y observar los Tratados de Derechos Humanos, recogidos expresamente en los arts. 1 y 2 del Nuevo Código, que obliga al Juez no sólo a aplicar la norma jurídica sino a ponderar los principios en la gran cantidad de casos en los que éstos

[3] Prono ,Ricardo S."Algunos Principios Procesales Concursales", publicado en aacproc.org.ar.
[4] Vitolo Daniel Roque "Concursos y Quiebras" Ed.Ad Hoc , año 2007 , pag.666.

entran en conflicto(la ponderación judicial).-

Es muy interesante lo que destaca la ex Magistrada, Profesora Maria Cristina De Césaris[5], al aludir al "Perfil del juez concursal" concluye: "....Existe coincidencia entonces sobre la decisiva incidencia que tiene la figura del juez en la aplicación de los principios concursales a partir de un profundo conocimiento de la ley y comprensión de sus objetivos. Para hacer efectivos esos principios y operativas las reglas que rigen el proceso, es necesario un juez con atributos intelectivos e interpretativos, pero también con aptitudes "gerenciales": un buen administrador de recursos escasos, que sepa organizar la resolución del problema planteado, aplicando correctamente la norma pertinente, en tiempo oportuno, y con adecuado resguardo del derecho de defensa en juicio, agregando que " no es bueno que el Juez se aísle en su despacho y conozca la causa solo por los papeles, debe y puede mantener conversaciones si de ellas resulta una mejor administración de los recursos y una resolución más satisfactoria del conflicto"

El juez si bien director, no es dictador[6], no puede desempeñar su función como quiera y sin explicarse ni fundar razonablemente en derecho y en los tratados internacionales (arts.1 y 2 CCC) Las mencionadas facultades encuentran así su límite en el respeto de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, porque ,como destaca Prono en el trabajo citado ,el juez es y debe ser siempre y en todos los casos, esclavo del derecho. -

[5] La magistratura concursal, en Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono, Edición homenaje de la UNL, año 2010, Ed.Rubinzal Culzoni, pagina 156/7.

[6] En palabras de Aida Kemelmajer , citada por Prono ,Ricardo , ob.cit. pag.66 "Aunque coincido con la doctrina nacional predominante en el sentido de que la enumeración del art.297 ley 19551 (hoy 274 leu 24522) es meramente ejemplificativa y que el juez de la quiebra es director, impulsor, controlador, e investigador , no creo que sea dictador , ni violador del derecho de defensa en juicio cuando existen posiciones controvertidas con terceros legitimados".

Legitimación procesal del fallido

María Soledad Sánchez

Legitimación del Fallido sobre los Bienes Desapoderados

Sumario

La regla general que reza la pérdida de legitimación procesal del fallido en todo litigio referido a los bienes desapoderados (art. 110 LCQ.) ha ofrecido y aun hoy, ofrece debates y cuestionamientos, provenientes de una arraigada tradición histórica y legislativa. Pese a la evolución de la figura del fallido, se observa invariable la connotación negativa que acompañó desde sus inicios a la condición del deudor. Las consecuencias prácticas y la especial vinculación de la temática con los derechos constitucionales (defensa en juicio, debido proceso, derecho de propiedad, etc.), evidencia el interés en la elección del tema propuesto. El presente ensayo expone el criterio interpretativo que amplifica sensiblemente la participación del deudor en el proceso, con la especial referencia a los litigios relacionados con los bienes desapoderados. Entendemos que la textual formulación legal de la citada regla, no impide una amplia interpretación que conjugue y tutele los intereses públicos y privados que convergen en los procesos concursales. Los argumentos que aquí se exponen, conjugan conceptos netamente concursales con ciertas nociones de Derecho Procesal, que resultan de elemental examen a fin de lograr una comprensión integral de la temática. Con el claro objetivo de abandonar esa suerte de dogma que incapacita al fallido en los procesos de quiebra, se analizará e interpretará el alcance de la norma que consagra la pérdida de legitimación y su proyección dentro del proceso. Por último, expondremos la construcción casuística que exhibe una notable aceptación a esta corriente.

I. Regla general

a. Legitimación y Desapoderamiento

El régimen de la ley de concursos y quiebras, prevé como regla general la *pérdida de legitimación procesal del fallido en todo litigio referido a los bienes desapoderados* (art. 110 LCQ.). Para analizar los términos utilizados en la norma comenzamos por desentrañar dos conceptos que aparecen enunciados en la regla: el de *legitimación*, propio del derecho procesal y el de *desapoderamiento*, netamente concursal.

(i) Desapoderamiento.

En la evolución del derecho del Derecho Concursal, se avanza desde un *enfoque subjetivo* a uno *objetivo,* respecto de la figura del fallido. El primer enfoque, nos remite a los tiempos del derecho romano, en que no se concebía escindir a la persona de su patrimonio. En épocas más evolucionadas aparecen medidas dirigidas a los bienes del deudor, una de ellas era el *desapoderamiento*.[1] Este cambio de enfoque que reflexiona sobre la condición jurídica del fallido se circunscribe al *patrimonio* del deudor como centro de responsabilidad y garantía de los acreedores. Amén de los efectos patrimoniales que el estado de quiebra acarreaba, el fallido sufría diversas incapacidades y severísimas sanciones penales. Las concepciones dogmáticas ceñidas en la persona del deudor, se fueron disipando cuando comienzan a cobrar mayor protagonismo las ideas enfocadas en los bienes involucrados en la quiebra. Sin embargo, creemos que resulta aplicable la visión de Maffía[2], que refiere al arrastre de la idea de incapacidad genérica del fallido "*operante de hecho aun cuando categóricamente rechazada en lo teórico*".

---

[1] Maffía Osvaldo. J. - Maffía María O.B, De, *Legislación Concursal, Introducción Histórico Crítica,* Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979, pág. 39. Satta, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra,* Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1951, pág. 158; Argeri, Saúl A., *La Quiebra y demás Procesos Concursales*, Editora Platense, La Plata, 1972, Tomo 2, pág. 154; Maffía, Osvaldo J., Derecho Concursal, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 508; Cámara, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra,* 2°Edición, Lexisnexis, Buenos Aires, 2006, Tomo III, pág. 640; Heredia, Pablo D., "*Tratado Exegético de Derecho Concursal",* Tomo 3, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 958.

[2] Maffía, Osvaldo J., "Los poderes del fallido en la quiebra", *J.A.*, 1981-III-732;

El maestro Yadarola[3], procurando resolver el problema dogmático de la falencia, manifiesta que es el patrimonio el centro de responsabilidad del deudor y por tanto, debía abandonarse la concepción subjetiva fundada en la incapacidad del deudor. Por su parte Satta[4], siguiendo idéntica línea argumental sostuvo que "*el fallido pierde la administración y disponibilidad no porque se haga incapaz, sino como efecto del vínculo ejecutivo que en lo sucesivo grava sus bienes, y de su destinación a la satisfacción de los acreedores.*

Por el principio de universalidad -propio del sistema concursal- los efectos de la quiebra se proyectan sobre todo el patrimonio del deudor (salvo las exclusiones -art. 108 LCQ.), que conforma el activo falencial, objeto de una ulterior liquidación. Esta nota característica se materializa en las diversas normas de la ley que procuran resguardar la *intangibilidad de la masa activa*. En defensa de ésta idea el régimen concursal gestiona una serie de medidas[5] (desapoderamiento, inoponibilidad) que actúan y funcionan coordinadamente en resguardo del acervo patrimonial evitando de ese modo todo acto que altere y menoscabe aquella comunidad de bienes, abriendo camino a la liquidación falencial. Vemos al desapoderamiento como la medida legal adecuada, que coloca los bienes del deudor en situación de indisponibilidad. Heredia, expone claramente este punto y sostiene que *si el ordenamiento jurídico no proveyera tal inmovilización, sería cosa segura que el deudor liquidaría su patrimonio en beneficio propio - frustrando su función de garantía - o en beneficio de algunos acreedores en desmedro de otros - comprometiendo la par condicio creditorum.*[6]

(ii) Legitimación

El desapoderamiento, como efecto típico de la sentencia de quiebra, incide de tal modo en la persona del fallido, que causa la pérdida de legitimación sustancial, en tanto que, siendo éste titular de los bienes carece de facultad para administrar y disponer de ellos. La doctrina concursalista, explica que la regla contenida en el art. 110

[3] Yadarola, Mauricio L., El problema dogmático de la Falencia, en *Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola*, Tomo II, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963, pág. 288.-

[4] Satta, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra,* Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1951, pág. 175.-

[5] Arts. 118 a 124 LCQ.

[6] Heredia, Pablo D., ob. cit., Tomo 3, pág. 950.-

de la LCQ., supone transportar al plano procesal los efectos sustanciales relativos al desapoderamiento.[7] Por virtud de ello, el deudor se encuentra afectado en sus facultades - sustanciales y procesales; como lógica consecuencia el fallido desapoderado no puede ni en los hechos ni en el proceso administrar y disponer de sus bienes.

En ámbito del Derecho Procesal, la legitimación es una condición especial que la ley (sustancial o procesal) exige a la persona para ser parte (*ad causam*) o para cumplir actos de parte (*ad processum*)[8]. Legitimación *ad causam* refiere a la legitimación sustancial, concretamente al titular del derecho material y constituye una de las condiciones de admisión de la acción. El sujeto de la voluntad y del interés es el mismo; sin embargo la coincidencia entre la legitimación en la causa y la titularidad de la relación jurídica litigiosa no es obligatoria[9], ella es independiente de la capacidad procesal.[10] Generalmente, la acción se ejerce por el titular del derecho, sin embargo hay casos en que, una persona distinta, puede ejercer la acción en interés propio, aunque actuando un derecho ajeno (sustitución procesal), debiendo en el caso, probar titularidad y la calidad invocada. Es lo que ocurre en un proceso de quiebra donde el fallido "desapoderado", pierde respecto de sus bienes legitimación; por consiguiente la ley, confiere al síndico el ejercicio aquellos poderes de los que se priva al deudor, actuando en su lugar. Ello explica que el funcionario, sin ser titular de los intereses en juego, interviene en el proceso en "calidad de parte" (art. 275 *in fine*).

La llamada legitimación *ad processum,* que refiere a la capacidad procesal del sujeto para actuar por sí mismo, independientemente de su legitimación sustancial (titularidad de la relación jurídica) y constituye un presupuesto procesal para la constitución de una relación válida. Aparece aquí, la noción de *parte*[11]*,* propia del ámbito formal.[12] Se infiere entonces, que aquellos sujetos que conforme la ley procesal, asumen la calidad de parte, pueden no resultar se los mismos entre quienes existió, o de hecho existe la relación material debatida.

---

[7] Heredia, Pablo D., ob. cit., Tomo 3, pág. 1055.-

[8] Zinny, Jorge Horacio, "La legitimación procesal y la capacidad procesal. Relaciones y diferencias conceptuales", en Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal, 2013, N°24, pág. 53.

[9] Álvarez, Norma Beatríz, ob.cit. pag. 316.-

[10] Alsina, Hugo, *Tratado,* ob. cit. Pág. 389.

[11] Palacio, Lino Enrique, ob. cit., pág. 226; Alsina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil,* T.I, Ediar, Bs. As., 1963, pág. 471/472; Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal,* TII, Depalma, Buenos Aires, 1991.

[12] Gozaíni, Osvaldo A., ob. cit., pág. 440.

En la quiebra, el deudor se presenta como el único titular cuyo patrimonio se ve afectado y que posee un indudable *interés* (parte en sentido sustancial) en que el proceso se desarrolle respetando la ley y con el menor daño para su esfera jurídico-económica, ante la eventual vocación al remanente (art.228 LCQ.), e incluso ante la posibilidad de obtener alguna solución no liquidativa (avenimiento art. 225 a 227 LCQ.). Pero también decimos que el fallido es parte en sentido formal, atento que su posición sustancial, aparece tutelada por un conjunto de poderes, facultades y acciones que los introducen en el proceso.[13]

Otra arista que complementa este estudio, refiere a la legitimación del Síndico que por disposición legal sustituye al fallido en toda actuación judicial relacionada con los bienes desapoderados. La complejidad y variedad de ideas que convergen en la figura del síndico tornan dificultosa la tarea de definir de modo simple su posición jurídica en el proceso falencial. La doctrina y jurisprudencia consideran al síndico como un órgano, cuyas funciones originarias son impuestas por la ley.[14]

Ahora bien **¿Có**mo se explica la calidad de "parte"? (art. 257 *in fine*). Ciertos autores sostienen que el síndico no es parte en el proceso, más allá que en ciertas circunstancias pueda actuar como tal.[15] La sindicatura actúa en virtud de un mandato legal, velando por un interés general. La dificultad estriba en utilizar el concepto de "parte" del derecho procesal, para explicar la controvertida figura de la sindicatura. Cuando la ley prevé la actuación del síndico en los derechos, relaciones jurídicas y litigios vinculadas al activo falencial, aquél asume la figura de un *sustituto procesal* (*legitimación extraordinaria -o sustitución procesal*)[16] en cumplimiento de las funciones y atribuciones que la ley le otorga respecto a un patrimonio, cuya administración y disposición le ha sido confiada y sobre el cual el titular (fallido) ha sido desapoderado. Siguiendo este orden de ideas, es de hacer notar la dualidad de intereses que justifica la actuación de cada sujeto procesal. Por un lado, los intereses del fallido sustituido - titular de la masa activa desapoderada- y por el otro, el interés defendido por el síndico - sustituto procesal.[17]

[13] Bonfanti, Mario Alberto - Garrone, José Alberto, *Concursos y Quiebras,* 5°Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 52/53.-

[14] CSJN, 4/11/2003, "Amiano, Marcelo E. y otro c/ Estado Nacional".

[15] Bonfanti, Mario Alberto - Garrone, José Alberto, ob. cit. pág. 52.

[16] Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, 2° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 287.

[17] TSJ, 28/03/2013, "Incidente de Nulidad de Subasta promovido por Rubén, Daniel Pedraza y Martha María Castaño, en: Ludueña, Osvaldo Daniel c/ Rubén

En rigor, el sustituto actuará en el proceso como "parte", con todas las facultades, deberes y responsabilidades que le son inherentes a esa calidad, salvo aquellos actos que importen directa o indirectamente una disposición de derechos o dependieren de actos personales del sustituído.[18] La relación procesal que origina la sustitución, si bien prescinde de la intervención del titular del derecho, no lo desplaza de modo absoluto. Por lo tanto, no debe excluirse al fallido del proceso, que mantiene su propia legitimación causal como único titular de los intereses que en aquél se dirimen, aunque sí, excluye su legitimación *ad processum,* que es recibida por el síndico. Piensese en una acción revocatoria concursal o en una acción de simulación, donde el síndico, como funcionario de la quiebra defiende los intereses de la masa de acreedores y el quebrado, llamado a intervenir personalmente en el pleito, posee legitimación en calidad de parte para ejercer la defensa de actos propios impugnados como viciados.[19]

Recapitulando, en la doctrinal procesal e incluso concursal, encontramos la postura mayoritaria de quienes entienden que el fallido pierde legitimación "*ad causam*"[20], y de otros, para quienes se trata de la pérdida de "*legitimatio ad processum*".[21] Ésta última corriente sostiene que si bien la declaración de quiebra no engendra una verdadera incapacidad, lo cierto es que, como consecuencia del desapoderamiento, la representación del deudor queda confiada al síndico y aquél, privado de capacidad procesal para intervenir en cualquier juicio que verse sobre bienes comprendidos en el concurso.[22]

En nuestra opinión, la postura que mejor explica el verdadero sentido de la regla contenida en el art.110 LCQ., es la que entiende que el fallido pierde legitimación *ad causam.* Asimismo, es la idea que permite armonizar y conjugar coherentemente, las demás disposiciones del ordenamiento concursal relativas al desapoderamiento, a la legitimación del fallido y la sustitución por el síndico, logrando de ese modo, involucrar y abarcar, los diversos intereses del proceso de quiebra, que merecen protección.

En efecto, desapoderado el fallido de sus bienes, resulta impedido del ejercicio de las facultades de administración y disposición (art.

Daniel Pedraza - Ejecutivo - Recurso Directo".

[18] Gozaíni, Osvaldo A., ob. cit., pág. 456.

[19] CNCom., Sala A., 24/08/2005, "Vignati Carlos Alberto c/ Vignati S.A.C.I. y F. s/ ordinario", elDial - AA2E32.

[20] Heredia, Pablo D., Tomo 3, ob. cit. pág. 1058.

[21] Satta, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra,* Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1951, pág. 180/182.

[22] Palacio, Lino Enrique, ob. cit., Tomo III, pág.31.

107 LCQ.); facultades que son concedidas al síndico *en la medida fijada por la ley* (art. 109 LCQ.). Éste último, adquiere la legitimación sustancial, que explicamos a través de la figura de legitimación extraordinaria, para el ejercicio de los derechos vinculados a dichos bienes e incluso de la relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor antes de su quiebra (art. 142 y 182 LCQ.). En consecuencia, el art.110 LCQ. no hace más que plasmar en el proceso, una secuela del desapoderamiento (pérdida de legititimatio *ad causam*). Como resultado el deudor, respecto de aquellos litigios que involucren al patrimonio desapoderado, habrá perdido la legitimación *ad processum,* que le permite efectuar actos procesales válidos. Con relación a la legitimación *ad causam,* ya la perdió cuando fue desapoderado.

II. Excepciones a la regla general

a. Excepciones legales: Son aquellas que podemos extraer del mismo régimen concursal.

Excepciones contempladas en el art. 110 LCQ. Dentro de la misma formulación legal, se contempla un amplio margen de posibilidad de actuación para el fallido. Entre ellas mencionamos las siguientes:

*Legitimación residual***,** que regula la segunda parte, en tanto dispone que el fallido "*...puede, sin embargo, solicitar medidas conservatorias judiciales hasta tanto el síndico se apersone, y realizar las extrajudiciales en omisión del síndico.*"[23]. Sin embargo, dado que la intervención del síndico es excluyente de la actuación del deudor (art. 252 LCQ), siempre se tratará de una legitimación subsidiaria, ante la ausencia del funcionario de la quiebra. Si el fallido realizara alguna actividad en resguardo de los bienes desapoderados y dichos actos constituyen medidas conservatorias y protectorias de los mismos, la regla de la pérdida de legitimación procesal, no será aplicable. Se legitima, entonces al deudor, ante "la omisión del síndico" y frente a la premura en llevar a cabo medidas que procuren la protección de los bienes desapoderados. Constituiría un abuso negarle legitimación al fallido, en casos en que el síndico, ya sea por negligencia, renuncia, licencia, remoción u otro motivo que determine su ausencia, no actúe en tales casos. Ahora bien, será tarea del juzgador evaluar la legitimidad, seriedad, oportunidad y procedencia de la intervención del fallido, evitando habilitar actuaciones del deudor

[23] Martorell, Ernesto Eduardo, T. III, ob. cit., pág. 197.

tendientes a menoscabar el patrimonio falencial y en perjuicio de la garantía de los acreedores.

Presentaciones relativas a la actuación de los órganos del concurso. La última parte del art. 110 de la LCQ., legitimación al deudor para *hacer presentaciones relativas a la actuación de los órganos del concurso.* Algunos autores refieren a esta situación como una *legitimación derivada,* que encuentra fundamento en el derecho de defensa de quien es titular de la acción, derecho o bien afectado por el desapoderamiento. Las opiniones autorales van, desde considerar intervención del fallido en los trámites de liquidación de bienes (denunciar irregularidades, cuestionar venta de bienes, indebida tasación, participar en un incidente de desafectación del inmueble registrado como bien de familia, entre muchos otros), teniendo en cuenta su vocación al remanente, hasta - una posición más rigurosa- que entiende que la potestad otorgada por el art. 110 *in fine*, sólo refiere a una participación de *colaboración* con la sindicatura para la mejor realización de los bienes.[24]

Art. 108 LCQ. Enuncia, como excepción de la regla general, los bienes que no se encuentran alcanzados por el efecto del desapoderamiento, ampliando las situaciones en que el deudor podrá actuar con plena legitimación. Allí, expresamente lo *legitima para actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en desapoderamiento*, y en cuanto la ley admite su intervención particular (inc. 5 art. 108 LCQ.).[25]

Inoponibilidad de los actos realizados por el fallido. Si el fin perseguido por la norma que restringe la legitimación procesal del fallido, radica en impedir que éste disminuya o menoscabe su patrimonio y con ello, mantener incólume la masa activa, creemos que el régimen de inoponibilidad concursal, actúa en igual sentido, en custodia del principio de *intagibilidad del activo.*

La sanción de inoponibilidad, puede operar retroactivamente al dictado de la sentencia de quiebra (art. 118, 119 y 120 LCQ.) o posterior a tal declaración (88 inc. 5°, 109, 122 y 120 LCQ.). Interesa aquí particularmente la ineficacia de pleno derecho de actos realizados por el fallido, sobre los bienes desapoderados - art. 109 LCQ- que opera sin

[24] Martorell, Ernesto E., ob. cit. Tomo III, pág. 164/165.-

[25] CNC, Sala A, Ronco, Mario Antonio c. Bank Boston N.A. s/ ordinario. 28.06.2013; CNCom., Sala C, 17/07/2015, "Pampa Fútbol S.A. (Madagan) c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors s/ Ordinario", elDial.com - AG3C7E.

necesidad de acción o petición judicial.[26] La sanción actuará respecto de cualquier acto que altere o menoscabe la intangibilidad del patrimonio desapoderado o que resulte perjudicial a los intereses del concurso. Por ello, es justo interpretar que la limitación contenida en el art. 110 LCQ. -incluso encontrándose en juego bienes desapoderados- no impide al fallido ejercitar toda acción beneficiosa a la masa haciendo ingresar o manteniendo bienes dentro de su patrimonio, si con ello no interfiere en la actividad de los órganos de la quiebra.[27] El sistema concursal es coherente y completo, por ello no hay riesgo en autorizar y permitir del deudor en su propia quiebra; en todo caso, el acto que pudiera perjudicar los intereses del concurso será alcanzado por la ineficacia, eventualmente, de juzgarse beneficioso a la masa, nada obsta a que el síndico acepte y convalide actuaciones del fallido.[28]

b. Excepciones jurisprudenciales

El criterio que amplifica la participación del fallido y favorece su legitimación procesal para actuar incluso en los litigios relacionados con bienes desapoderados se viene imponiendo en la práctica judicial con notable aceptación.

En este punto resulta cita obligada la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Cakimun S.A.*, que ha venido a flexibilizar la regla sentada en el art. 110 LCQ. y a morigerar las interpretaciones dogmáticas y anacrónicas, plasmadas en opiniones doctrinarias y criterios jurisprudenciales, que no sólo acarreaban una interpretación parcial de la previsión legal, en descuido de toda la sistemática de la ley concursal, sino además, desoían elementales derechos constitucionales de la persona humana.[29] El precedente expuesto, contiene una clara exposición argumental del criterio que admite excepciones a la regla de pérdida de legitimación procesal del fallido y contribuye a un sólido afianzamiento de esta idea que admite un mayor protagonismo del deudor en los procesos de quiebras, con la finalidad de que todos los intereses de los sujetos inter-

[26] CNCom., Sala D, 01/12/2015, "Editorial Ser S.A. s/ quiebra s/ incidente art. 250 relativo al inmueble de Av. Rivadavia N° 12416, Ciudadela", Publicado en: LA LEY 30/03/2016 , 7, con nota de Darío J. Graziabile y Sebastián E. Almada; LA LEY 2016-B , 379, Cita Online: AR/JUR/63263/2015.

[27] CSJN, 21/11/2006, "Cakimun S.A. c/ Procter & Gamble Interamericana S.A. s/ ordinario"; CNCom., Sala E, 19/04/2007; "Yabra, Mario s/ quiebra", elDial - AA3EC2.

[28] Heredia, Pablo D. ob. cit. Tomo 3, pág.1044.

[29] CSJN, 21/11/2006, "Cakimun S.A. c/ Procter & Gamble Interamericana S.A. s/ ordinario".

vinientes encuentren un justo amparo.

Junto a este valioso precedente ubicamos la numerosa casuística que, en igual sentido, atenúa el rigor normativo emergente de la primer parte del art. 110 LCQ.

Sin intención de extendernos en el relato, mencionamos a modo ejemplificativos los siguientes casos:

- Legitimación del fallido adhesiva o subordinada, cuando es necesario para la defensa de su interés subjetivo, para la protección de los intereses del concurso, cuando el juez del proceso lo dispone y cuando los propios intereses del fallido se encuentran en colisión con los de los acreedores, de la sindicatura o del órgano jurisdiccional y, dado el deber de colaboración que se le imputa, es que, cabe reconocerle legitimación en tal calidad.[30]

- Legitimación frente a la actuación negligente del síndico. Se admite la personería del fallido ante la actuación negligente del síndico [31] e incluso se llegó a legitimar a la fallida para instar una demanda que perseguía incorporar un bien salido forzosamente del activo (subasta pública extrajudicial), en claro beneficio de la masa concursal.[32] De este modo se evitan justificar situaciones en que, ante la desidia o ausencia del funcionario, se obliga al fallido a sumirse en la indefensión dada la situación en que lo coloca la ley al quitarle legitimación.[33]

- Legitimación para invocar caducidad o prescripción de acreencias verificadas.[34]

---

[30] CNCom, sala A, 15/10/1996, Laco, Mónica I., s/ quiebra, LA LEY 1997-C , 854. Cita online: AR/JUR/3172/1996. CNCom. SALA "A" 13/11/2007 "Safeway SA c/ Bankboston National Association s/ ordinario s/ incidente art.250. CNCom., Sala B, 23/10/2014, "Otaño Moreno Luisa María s/ quiebra c/ La Luisa de Suipacha S.A. s/ ordinario", ElDial.com - AA8C8E. En igual sentido: CNCom, Sala A, 28.06.2013, "Ronco, Mario Antonio c. Bank Boston N.A. s/ ordinario"; CNCom., Sala D, 20.09.2013, "Cerealtaim S.A. s/ quiebra s/ incidente de responsabilidad del síndico". TSJ Córdoba, 05/03/2012. "Thieme Rubén Osvaldo c/ Cooperativa de Servicios Públicos de Almafuerte Ltda. Ordinario - Recurso de Revisión (expte. T-14-07).

[31] CNCiv., Sala C, 28/11/2002, "Integral de Gastronomía SRL c/ Secretaría de Promoción Social y otro s/ Cobro de sumas de dinero", elDial.com - AE1F40.

[32] CNCom., Sala D, 17/04/2008, "Santa Elena Bursatil Sociedad de Bolsa SA c/ Banco de la Provincia del Neuquén s/ordinario". elDial.com - AA4964.-

[33] Cano Alberto Horacio c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario" – CNCOM – SALA F - 08/04/2014. elDial.com - AA86D3.

[34] CNCom., Sala B, 22/04/2005, "Gatic S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión

- Legitimación para actuar en defensa de su interés subjetivo [35] y ante conflicto de intereses.[36]

- Legitimación del fallido por su vocación al remanente. El derecho a un eventual remanente, se erige en el principal argumento que sustenta la concesión de facultades procesales a favor del deudor dentro de la quiebra.[37]

- Legitimación del fallido para interponer Recurso de Casación.[38]

- Legitimación del fallido en procedimientos no liquidativos.[39]

- Legitimación del fallido cuando el juez lo disponga. El juez como director del proceso oficio tiene la posibilidad de ordenar determinadas medidas cuando a su juicio sean en beneficio de todas las partes involucradas en el concurso.[40]

Conclusiones

La regla tradicional de raíz histórica contenida en el art. 110 LCQ., ha comenzado a relativizarse a partir de una nueva concepción garantista de la participación del deudor en el proceso quebratorio. Los fundamentos y argumentos que nos llevan a sostener y defender este criterio de interpretación que amplifica las posibilidades de participación del quebrado, emanan del propio régimen de concur-

por el Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ queja", elDial - AA2A72. TSJ Sala Civ. Y Com. 04/04/2005, "Brasca Carlos J. y Brasca Hugo A. s/ Resolución de Contrato en autos: Soc. Anon. Feigin Hnos. Ltda. s/ Concurso Preventivo-Recurso de Casación". (AI N°86).

[35] CNCom., Sala A, 04/09/2007, "Pereyra Iraola Patricia María c/Fine Arts SA s/ ordinario", elDial - AA432E.-

[36] CSJN, 15/08/95, "Rospide, Oscar y otra s/quiebra". ABELEDO PERROT Nº: 4/33982.

[37] CNCom., Sala E, 19/04/2007, "Yabra, Mario s/ quiebra", elDial - AA3EC2. CNCom. SALA "A", 25/11/2010, "Brazarian Mardig s/ quiebra." elDial.com - AA6988. Alegría, Héctor - Di Lella, Nicolás J., "La Legitimación del fallido y su intervención en procedimientos relacionados con el activo concursal en orden a su derecho al remanente". Nota a fallo, en Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año V, n°3, Junio 2014, La Ley.

[38] TSJ. AI. N°308 del 23.12.2014. "Poggi, Alejando Juan - Declaratoria de Herederos - Cuerpo de Copias - Poggi Alejandro Juan - Casación". En igual sentido: TSJ, 26/08/2014, "Antonio García e Hijos S.A.C.I.F. -Pequeño Concurso Preventivo - Juicio Atraído Antonio García e Hijos S.A. c/ ESSO S.A. Petrolera Argentina - Ordinario - Recurso de Casación (Expte. A-QQ/13)."

[39] CNCom., Sala C, 30/03/2007, "Caporaso, Antonio J. s/quiebra", LA LEY2007-D, 37 - Cita Online: AR/JUR/1188/2007.

[40] Cámara de Apelaciones Civ.Com. del Trabajo y de Flia. de Villa Dolores, 18/03/2002, "Mancuso, Delia A. s/quiebra", publicado en: LLC 2002, 1355, cita online: AR/JUR/3820/2002.-

sal e incluso de la misma previsión legal que admite una legitimación residual.

En este camino, se destaca la impronta que nos aporta la doctrina y aún más, la construcción jurisprudencial registrada en los últimos veinte años, cuyos repertorios exhiben este nuevo enfoque axiológico mediante el cual se pretende extender los supuestos de legitimación procesal con la finalidad de flexibilizar el estricto rigor que proviene de la formulación literal contenida en el texto de la ley. Creemos que aun hoy, se debe enfatizar la capacidad del deudor en quiebra, en cada etapa del proceso y por cada acto realizado. En general, la única restricción respecto del deudor que se encuentra regulada en el régimen de la ley 24.522, es la imposibilidad de actuar en litigios relacionados con los bienes desapoderados, con miras a proteger la intangibilidad de la masa activa; fuera de esta limitación exclusiva, el fallido es parte legítima en el trámite de quiebra y sus instancias conexas.

De la construcción casuística, basada en cada caso particular, emergen los más sólidos argumentos que sustenta nuestro criterio interpretativo y a la vez, evidencian las injustas situaciones que mantienen al deudor al margen de un proceso que lo vincula, lo abarca e incluso lo afecta.

Las conclusiones a las que arribamos nos resultan satisfactorias, no sólo por su contribución en apoyo a la justificación del criterio interpretativo amplio, que aquí se sostiene, sino que además advertimos el valioso aporte para una nueva construcción de un derecho concursal que aun hoy presenta reglas, principios y normas que responden a la filosofía que inspiró su nacimiento.

Este nuevo orden exige la ineludible tarea de todos los operadores jurídicos (jueces, abogados, doctrinarios), llamados a realizar una aplicación e interpretación del régimen de concursos y quiebras actualizada, acorde a la realidad socio-económica imperante y a los principios que rigen el buen orden del proceso. Desde tal perspectiva de análisis, pensamos que el proceso de quiebra debe renovarse y en el aspecto que fue motivo de estudio, una reforma debería apuntar a la implementación de las conocidas pautas que suministra la teoría general del proceso con especial proyección en las garantías que implementa el proceso civil al amparo de los principios constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, erigiendo al instituto de la quiebra en un verdadero servicio social de justicia distributiva.

6. Implicancias del Código Civil y Comercial en la materia concursal

La exhibición general de libros: el marco concursal como excepción al principio de derecho común

Daniel Fernando Alonso

Sumario

Las normas de derecho común incluidas antes en el Código de Comercio y, ahora, en el Código Civil y Comercial, establecen limitaciones referidas a la exhibición general de libros, las que cuentan con anclaje constitucional. Tales restricciones que tornan excepcional la exhibición general requieren ser armonizadas con el régimen concursal, tanto en el concurso preventivo como a la quiebra. La ponencia propone articular tal carácter excepcional –propio del derecho común- con el deber de información del fallido, extensible al concursado preventivamente, y con las facultades investigativas de la sindicatura y directivas del juez concursal.

Ponencia

1.- La excepción para los procedimientos concursales de la regla general limitativa de la exhibición general de libros, consagrada en el derecho común (art. 331 CCyCom), se funda no sólo en la previsión del texto legal señalado, sino también en razones axiológicas derivadas de la necesidad de los acreedores de contar con la información necesaria para el adecuado –léase también, informado- ejercicio de sus derechos en los concursos.
2.- Como regla, en los procedimientos concursales, las facultades del juez concursal y de la sindicatura, relacionadas con el deber de cooperación por el concursado o fallido, comprenden el requerir la exhibición general de libros de este último.

I. Introducción al tema y objeto de la ponencia

El Código de Comercio –en adelante, CCom- de nuestro país disponía limitaciones respecto de la exhibición de los libros del

comerciante. Derogado el mismo, el Código Civil y Comercial –en adelante, CCyCom- conservó similar limitación ahora referida a los sujetos obligados a llevar contabilidad regular. Tales limitaciones, con fuerte anclaje constitucional, deben armonizarse con las previsiones del régimen concursal, tanto en lo referente al concurso preventivo como a la quiebra.

El objeto de la ponencia es proponer cómo se articulan las reglas que otorgan carácter excepcional a la exhibición general de libros del derecho común, con el deber de información del concursado y del fallido y las facultades investigativas de la sindicatura y directivas del juez concursal.

II. El marco constitucional

El secreto respecto de la información del patrimonio de las personas y las posibilidades de limitar el mismo han constituido siempre una cuestión sensible que demanda su encuadre en el marco de los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Primero, debe recordarse que el derecho a ejercer el comercio e industria lícita se encuentra consagrado en el art. 14 C.N. y lleva implícita la posibilidad de cierta actividad regulatoria por el Estado. La reglamentación de la registración contable y de los libros del comercio y la de su exhibición[1] forma parte de tal regulación, tendiente a posibilitar el desarrollo y las transformaciones socio-económicas, y coetáneamente conservar la seguridad jurídica para los sujetos intervinientes en el mercado. La relación de cada sujeto con sus registros y libros contables debe considerarse comprehendida dentro del concepto amplio de propiedad a los fines de su protección constitucional,[2] en tanto suponen una relación de dominio, señorío y uso de un sujeto respecto de una cosa.

Sentado ello, resulta ineludible la mención a la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 C.N.) que constituye el "signo distintivo con el que la Constitución Nacional adjetiva a la propiedad".[3] También esta protección constitucional admite restricciones fundadas "en interés privado o en el interés público".[4]

---

[1] Por el derecho común o por distintas ramas especiales, como, entre ellas, el derecho concursal.

[2] Sobre el concepto de propiedad y su amplitud, ver: CSJN, "Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital". *Fallos* 145:307.

[3] Horacio Rosatti, *Tratado de derecho constitucional,* 2da ed ampliada y actualizada, T. I. Santa fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 602.

[4] *Idem*, p. 604.

Lo antes expuesto se une con el derecho a la privacidad consagrado en el art. 18 C.N. En lo que aquí importa, tal norma consagra como principio la inviolabilidad de los papeles privados, determinando un carácter restrictivo para la interpretación de los supuestos en que "por razones fundadas de orden o seguridad públicos"[5] puede procederse al allanamiento de correspondencia y papeles privados. Este marco implica una limitación al poder público y una protección a los derechos de los particulares frente al Estado.[6] Así inspirado, el derecho común dispone frenos conducentes para encausar el ejercicio de las potestades regulatorias dentro de la razonabilidad. Allí abreva, como principio, el límite conceptual a las actividades de exhibición de libros, lo que contribuye a respetar el derecho a la privacidad, y, más concretamente, a la preservación del secreto respecto de la composición del patrimonio.[7]

III. La regla en derecho común respecto de la exhibición general de libros

Respecto al derecho común, cabe primeramente diferenciar la exhibición general de libros –también denominada "comunicación"- de la exhibición parcial de libros –también denominada "representación"-. La exhibición general consiste en colocar a disposición de un interesado y permitir el examen total de los libros, la correspondencia y documentación, "para determinar su auténtica situación patrimonial".[8] La exhibición parcial consiste en colocar los libros a disposición del juez para que "examine las constancias relativas a un diferendo que se le ha sometido",[9] por lo que en esta última, la negativa no autoriza el empleo de la coacción atento a la

[5] *Idem*, p. 327.

6 Al respecto, ya Raymundo Fernández señalaba que "es indudable que una investigación administrativa o judicial perjudicaría gravemente el crédito del comerciante" (*Código de Comercio Argentino comentado*, T. I. Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1940, p. 93).

[7] Recientemente, la sala D de la Cámara Nacional de Comercio ha tenido oportunidad de referirse al tema. Al respecto, ver: considerando *3* en "Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250", fallo del 20/05/2018, publicado en *Revista Argentina de Derecho Concursal*, nro. 20 (Universidad Austral-IJ Editores) – disponible en: IJ-DXXXVI-878.

[8] Jaime L. Anaya y Humberto A. Podetti –coordinadores-, *Código de Comercio y leyes complementarias*. T. II. Buenos Aires, Omeba, 1965, p. 75. En el mismo sentido: Juan Carlos Fernández Madrid –director- Jaime L. Anaya –colaborador especial del tomo I-, *Código de Comercio y leyes complementarias*, 1ra ed., Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna, 1972, p. 118.

[9] *Idem*, p. 119.

existencia de una sanción legal - prevista antes en el art. 56 CCom, ahora en el art. 330 CCyCom- que se resuelve por el valor probatorio de los libros del contrincante.

Conforme sus alcances, es lógico que la exhibición general de libros sea contemplada con mayor restricción, aún cuando haya podido interpretarse que alguno de sus supuestos tiene por función permitir el ejercicio de un legítimo derecho de información.[10] A su turno, la exhibición parcial tiene una naturaleza netamente instrumental, como elemento de prueba en un proceso. Así, se la consideraba una obligación propia del comerciante y sus herederos y sucesores (art. 67 CCom), que procedía sólo en los casos taxativamente establecidos en el art. 58 del mismo ordenamiento[11] o como resultado de una convención expresa.[12]

El Código Civil y Comercial conserva este abordaje, a través de su art. 331. Del documento de *Fundamentos* del *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, surge que en materia de exhibición general de libros y registros, se mantiene el principio de confidencialidad de la actividad negocial y, en consecuencia, de los libros de comercio (v. 46.VIII). Esto ha sido interpretado "en consonancia con arraigados principios constitucionales (arts. 17, 18 y 19 C.N.)".[13] Más allá del desafortunado *nomen iuris* elegido por el nuevo ordenamiento -"investigaciones"-, debe advertirse que la norma y su título reflejan la finalidad de establecer un límite a las pesquisas sobre libros y registros,[14] cuya hermenéutica -se ha dicho- "debe enmarcarse, inexorablemente, en el art. 18 de la C.N. que consagra la inviolabilidad de los papeles privados y la correspondencia, que solo cede ante normas de jerarquía legal y bajo justificativos especiales".[15]

[10] Cfr., Miguel C. Araya, "Comentario al art. 58 LSC", en Adolfo A.N. Rouillon -director- Daniel F. Alonso -coordinador-, *Código de Comercio Comentado*, t. I. Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 95 , quien identifica en este supuesto el derecho establecido a favor de los socios de una sociedad comercial (art. 55 LGS).

[11] Anaya-Podetti, p. 75 - Fernández Lamadrid, p. 118. Fernández señala que la exhibición general se realiza ante el interesado, mientras que la exhibición parcial se realiza ante el juez o auxiliar por él designado (op.cit., p. 95).

[12] Anaya-Podetti, p. 76, quienes resaltan que la misma puede resultar conveniente en ciertas operaciones como garantías a largo plazo o renovables.

[13] Cfr., José W. Tobías, "Comentario al art. 331", en: Jorge Alterini -director-, *Código Civil y Comercial*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 676/677.

[14] CCivyCom, Santa Fe, Sala I, 03/07/2017, "Sabena, Rubén Natalio s/ Sucesorio – recurso directo", disponible en: http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php, cita: 665/17 –última consulta 21/07/2018, considerando *5.1*.

[15] Julio Conte Grand, "La forma", en Andrés Sánchez Herrero -director-. *Tratado de derecho civil y comercial*. T. I. Parte General. Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 858.

Entonces, siendo la comunicación o exhibición "general" de libros -tal como la denomina el CPCyC, siguiendo la terminología del ya referido art. 58 del Código de Comercio- una medida excepcional, debe decirse que es regla del derecho común que sólo pueda ordenarse a instancia de parte y cuando la misma se vincule con el objeto de la controversia y para determinar si el obligado lleva la contabilidad en la forma prescripta.[16] Consecuentemente, las excepciones a tal regla son las taxativamente determinadas por ley y, ciertamente, de interpretación restrictiva.

IV. La exhibición general de libros ante el marco concursal

Desde la perspectiva de la relación entre el administrado y el Estado, la apuntada visión desfavorable del derecho común a la exhibición general de libros se inspira en el temor de facilitar que este último interfiera en la actividad privada u obtenga información sin los debidos recaudos legales y jurisdiccionales. Es decir, constituye una manifestación del derecho constitucionalmente protegido de ejercer el comercio.

La perspectiva cambia en el marco de los procedimientos concursales, caracterizados por el principio de concursalidad o universalidad subjetiva, que implica la presencia de un sujeto-deudor común, frente a la totalidad de sus acreedores anteriores a la presentación de concurso preventivo (art. 32 LCQ) o declaración de quiebra (art. 200 LCQ). Tal ámbito no supone una relación -vertical- entre el Estado y el administrado, sino una relación -horizontal- entre el deudor común y sus acreedores. En efecto, el concursado -sus libros y registros contables- tiene frente a sí a sus acreedores, convocados al concurso y alcanzados por sus efectos, quienes sufren en sus patrimonios consecuencias derivadas de la insolvencia jurídicamente declarada del concursado. Frente a ellos, se debilita al fundamento de la limitación del derecho a la exhibición general, a que se mantenga el secreto y la privacidad respecto de la composición del patrimonio

[16] *Idem*. En el mismo sentido, se sostiene que "únicamente puede requerirse la exhibición de registros o libros en tanto guarde vinculación con la cuestión controvertida de que se trata, así como para establecer si el sistema contable del obligado cumple con las formas y condiciones estatuidas en los arts. 323, 324 y 325" (Carlos Calvo Costa -director-. *Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 288).

del deudor, particularmente ante la necesidad imperativa de determinación de los pasivos y activos.

El Código Civil y Comercial –en su art. 331, último párrafo-, continuador del art. 58 CCom –norma cuya versión originaria fue conservada hasta la derogación del referido Código-, establece la excepción a la regla de derecho común antes citada para el supuesto de los procedimientos concursales. Como elemento diferenciador, la nueva norma alude al "concurso" –literalmente, reza "en caso de liquidación, concurso o quiebra"-; la anterior decía "en caso de liquidación o quiebra", en expresión más restrictiva y, ciertamente, apropiada a la fecha de sanción del CCom.[17]

Entonces, en el derecho positivo vigente, dentro de las excepciones previstas a la regla de derecho común, se encuentra la referida a la exhibición general de los libros del sujeto concursado o fallido, restando determinar el legitimado para solicitar la exhibición.

IV. A. La exhibición general de libros y el deber de cooperación

La primera oración del art. 331 CCyCom prevé que "la exhibición general sólo puede decretarse a instancia de parte" continuando con el listado de juicios en los que resulta admisible, dentro de los cuales se encuentra el "concurso o quiebra". Sin embargo, el tenor literal del referido canon debe interpretarse e integrarse en un modo coherente con el resto de las normas que rigen el sistema concursal argentino.

Inicialmente, debe recordarse que en los procedimientos concursales reviste capital importancia el deber de cooperación, impuesto al fallido por el artículo 102 de la LCQ y extensible al concursado preventivamente.[18] El mismo consiste en su deber -y en el de sus representantes- de aportar la información y colaboración necesaria

17 Sin perjuicio de la diferencia apuntada, aún durante la vigencia del Código de Comercio se ha sostenido que, entre los casos previstos legalmente, si bien la quiebra "es un supuesto distinto a los otros porque hay desapoderamiento que incluye a los libros (Guyenot, p. 240); el derecho establecido para la quiebra debe considerarse extensivo a la convocatoria" (Fernández Lamadrid, p. 119).

18 Adolfo A.N. Rouillon y Daniel Fernando Alonso, "Comentario al art. 15 LCQ" en Adolfo A.N. Rouillon –director-, Daniel F. Alonso –coordinador-. *op.cit.*, T. IV-A, p. 194-195.

para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de activos y pasivos. Este imperativo guarda estrecha relación con los derechos de los acreedores a contar con la información prevista legalmente para cada procedimiento concursal -en su carácter de partes-. Por ello, en el deber de cooperación, y su subsidiario deber de información, se asienta un fundamento para la limitación del derecho del concursado o fallido a mantener el secreto y la privacidad respecto de la integración de su patrimonio. En este sentido, las normas concursales específicas que requieren la presentación de información, tenga ésta o no naturaleza contable, constituyen un modo –aunque no el único- de canalizar la protección del derecho de los acreedores.

IV.B. La exhibición general de libros y las facultades del juez y de la sindicatura

El mismo deber de cooperación se relaciona también con las facultades del juez concursal y de la sindicatura. Es que debe interpretarse que ellos pueden exigir la exhibición general [19] al encontrarse facultados para requerir las aclaraciones y explicaciones pertinentes (cfr., arts. 274 inc. 1 y 275 inc. 3 LCQ). A ello se suma, las facultades de información –y sus deberes correlativos- específicamente otorgadas a la sindicatura por el art. 33 LCQ, norma que, si bien es en principio más a fin con la exhibición parcial de libros, es susceptible, en circunstancias determinadas, de ser empleada a los fines de la exhibición general.

En esto, la comunidad concursal, que nace con la declaración de quiebra o apertura del concurso preventivo, genera la necesidad de brindar tal información atento la limitación al acceso de medios individuales para obtenerla, y en consecuencia valida la limitación al derecho al secreto sobre la composición del propio patrimonio del deudor común, frente al derecho de sus acreedores, al que también puede calificarse como de igual rango constitucional.[20] Entonces, el juez concursal, como director del proceso, debe asegurar la disponibilidad de información por los acreedores para que cada acreedor

[19] Más aún, el segundo párrafo del artículo 102 LCQ establece el deber de comparecer y de "dar explicaciones", deber que nace con el dictado de la sentencia de apertura del concurso o declaración de quiebra y continúa durante el procedimiento.

[20] Cfr., el ya citado fallo: CNCom, sala D, 20/05/2018, "Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250", en particular, considerando 3.

pueda ejercer informadamente sus derechos.[21] Asimismo, la sindicatura debe comprometer su actuación en tal sentido, atento que la información existente en el expediente, junto con la demás proveniente de libros y registraciones contables, tiene un rol central para el ejercicio de tales derechos.

V. Conclusión y ponencia

Hemos procurado analizar el modo de articulación de la regla general de derecho común que otorga carácter excepcional a la exhibición general de libros, con su aplicación en el marco concursal. Para ello, partimos de los derechos constitucionalmente reconocidos a ejercer el comercio o industria lícita, el derecho de propiedad y el derecho a la privacidad o reserva, y de su manifestación en la regulación de la exhibición general de libros, diferenciando a la exhibición general de libros de la exhibición parcial de los mismos. Atendiendo a que la regla general limitativa de la exhibición general de libros, consagrada en el derecho común (art. 331 CCyCom), encuentra una excepción en los procedimientos concursales, proponemos que:

1.- Tal excepción se funda no sólo en la previsión del texto legal señalado, sino también en razones axiológicas derivadas de la necesidad de los acreedores de contar con la información necesaria para el adecuado –léase también, informado- ejercicio de sus derechos en los concursos.

2.- Como regla, en los procedimientos concursales, las facultades del juez concursal y de la sindicatura, relacionadas con el deber de cooperación por el concursado o fallido, comprenden el requerir la exhibición general de libros de este último.

[21] Si bien es cierto que esto se evidencia más claramente en el concurso preventivo, ello no empece a que la legitimación de los acreedores resulta en lo esencial semejante. Asimismo, debe recordarse que, más allá de que ni en el concurso preventivo ni en la quiebra exista el decomiso -en el sentido de sanción judicial o administrativa con pérdida de la propiedad- con retención de los libros por infracciones a normas de policía, no puede soslayarse que, aunque de distinto grado, en el concurso preventivo existe el régimen de administración concursal (arts. 15 a 17 LCQ) que establece ciertos límites a las facultades de administración y disposición de sus bienes por el concursado.

La compensación por clientela en la resolución contractual por quiebra

Leonardo David Balduzzi

Sumario

Con la terminación del contrato de agencia comercial se produce el nacimiento del crédito por clientela que procura compensar al promotor de negocios por sus resultados en el incremento del giro de operaciones del preponente. No se trata de una indemnización dado que no tiene por finalidad reparar un daño injustamente sufrido por el agente comercial sino retribuirlo o remunerarlo por su exitoso desempeño en la búsqueda de clientela que continuará produciendo ventajas para el preponente aún luego del cese de la relación. Para su procedencia es menester que, además del crecimiento en la clientela, el contrato finalice por causa no imputable al acreedor. Consecuentemente, la resolución por quiebra firme de cualquiera de las partes resulta plenamente compatible con el nacimiento del crédito por clientela.

Introducción

Como sabemos, el CCCN introdujo la compensación por clientela entre las normas que disciplinan el contrato de agencia comercial (arts. 1497 y 1498). Si bien se trata de un instituto con largo recorrido en el terreno comparado, entre nosotros todavía carece de contornos precisos. Creemos oportuno, entonces, colaborar en la individualización de las causales extintivas compatibles con el nacimiento del crédito por clientela. Con la presente ponencia nos proponemos sumar elementos que justifican la procedencia del crédito por clientela siempre que el contrato termine por causas no imputables al agente comercial, entre ellas, la resolución por quiebra firme de cualquiera de las partes.

I. Naturaleza jurídica

Sin dudas que la naturaleza jurídica del crédito por clientela lo determina cada régimen legal. Así, mientras que en las legislaciones centroamericanas[1] es un rubro indemnizatorio más por la rescisión, revocación o no renovación sin justa causa del contrato, en la ley colombiana[2] se trata de una retribución diferida al término de la relación. En Europa,[3] si bien se la denomina indemnización clientela, el instituto no procura reparar un daño injustamente sufrido por el agente comercial sino recompensarlo por el éxito en la búsqueda de clientela que continuará produciendo beneficios para el preponente al término de la relación.

Pero ante la ausencia de normas positivas que contemplen el reconocimiento de un derecho patrimonial por clientela, la doctrina echó mano al instituto del enriquecimiento sin causa para justificarlo.[4] Desde nuestra mirada, el preponente no se apropia de la clientela ajena en la medida que el agente mercantil opera simplemente como nexo; la función del promotor de negocios es, precisamente, buscar clientela para el empresario principal. La causa del enriquecimiento del preponente radica en el mismísimo contrato de agencia.

En el CCCN está más que claro que el instituto del art. 1497 tiene naturaleza *remuneratoria*. Es una *retribución* diferida al término del contrato por la objetiva contribución en el crecimiento de la clientela. Por fortuna, el codificador tomó el criterio terminológico del Proyecto de 1998 (art. 1377) y emplea la denominación compensación por clientela. Entre nosotros, Marzorati tiene dicho que "[l]a extinción del contrato afecta fundamentalmente a la clientela, disminuyéndola o eliminándola. Si bien es cierto que la clientela perdida es del 'producto' [sic.] y no del agente, el esfuerzo de éste la mantuvo y la acrecentó, valorizando su propio establecimiento."[5]

[1] Código de Comercio de El Salvador según decreto legislativo nº 247 del 9 de Enero de 1973 (art. 397, 3° y 4° párr., ap. 4); decreto-ley hondureño n° 549 del 24 de Noviembre de 1977 (art. 14, 1° párr. y 2° párr., inc. d); ley costarricense n° 6209 del 9 de Marzo de 1978 (art. 2, 1° y 2° párr.), ley de la República Dominicana n° 173 del 6 de Abril de 1966 (art. 3, inc. d).

[2] Código de Comercio (art. 1324).

[3] Directiva n! 653/86/CEE (art. 17 y 18).

[4] Conf. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 1, p. 636; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Contratos de distribución comercial. Agencia", en: AA.VV., *Contratos especiales en el Siglo XXI*, Roberto M. López Cabana (coord.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 48.

[5] Marzorati, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, 2da edición ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 35.

II. Características de la compensación por clientela en el CCCN

El régimen de compensación por clientela previsto por el art. 1497 del CCCN comparte cada nota que identifica al modelo europeo, así pues:

Primero, no es menester la ruptura voluntaria del contrato basta con la extinción del contrato no imputable al acreedor, es decir, al agente mercantil.

Segundo, es necesaria la prueba del requisito clientela estos es: el incremento significativo en el volumen de operaciones más la potencialidad de continuar produciendo ventajas en beneficio del preponente.

Tercero, la ley establece un tope o techo al monto de la compensación pero no está tarifada.
Cuarto, se complementa con la indemnización por daños puesto que son créditos con causa totalmente diferente.

III. Causales extintivas compatibles con la compensación

En principio, la compensación por clientela procede cuando el contrato de agencia termina por causa no imputable al agente, lo cual sucede si:
i) El contrato se extingue por causa imputable al preponente:
- rescisión unilateral dispuesta por el preponente;
- rescisión legal por bajos rendimientos;
- resolución por incumplimiento del preponente.
ii) El contrato se extingue por causa no imputable a ninguna de las partes:
- quiebra;
- cumplimiento de la condición resolutoria;
- frustración del fin del contrato;
- imprevisión;
- muerte o incapacidad del agente;
- muerte o incapacidad del preponente;
- disolución de la persona jurídica;
- vencimiento del plazo;
- imposibilidad de cumplimiento.
iii) El contrato se extingue por causa imputable a ambas partes:
- rescisión bilateral.

Por el contrario, el contrato de agencia termina por causa imputable al agente y no procede la compensación por clientela en caso de:
- resolución por incumplimiento del agente;
- rescisión unilateral dispuesta por el agente.

Consideramos que los supuestos que acabamos de mencionar son los únicos en los cuales el agente pierde el derecho a la compensación por clientela; pues sostenemos que no corresponde añadir ningún otro modo extintivo a los expresamente contemplados por el art. 1498 del CCCN.

De todas maneras, la ley reserva el derecho del agente a percibir la compensación por clientela aun cuando le sea atribuible la rescisión del vínculo por:
- rescisión legal por fusión o escisión de la persona jurídica preponente;
- rescisión legal por edad, enfermedad o invalidez del agente.

IV. Modos extintivos no voluntarios

Como anticipamos, una corriente de opinión sostiene que la compensación por clientela únicamente procede en aquellos casos en que la extinción del contrato ocurre por voluntad de las partes. Las razones:

En primer término, porque el instituto de la indemnización por clientela nace como medida de protección adicional frente a la rescisión dispuesta por el preponente.

En segundo término, porque cuando el art. 1497 del CCCN lo mismo que el ap. 1 del art. 28 de la ley española n° 12/1992 del 27 de Mayo comienza diciendo "[e]xtinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado...", formula una aclaración que sólo tiene razón de ser en un esquema de extinción voluntaria.

En tercer término, porque los supuestos de pérdida a la compensación por clientela se corresponden también con modos extintivos voluntarios como la rescisión o la resolución por incumplimiento (conf. art. 1498, CCCN; art. 18, Directiva n° 653/86/CEE).

En cuarto término, porque la procedencia de la compensación por clientela en caso de muerte del agente es la excepción que confirma la regla (conf. art. 1497, 2° párr., CCCN; art. 17, ap. 4, Directiva n° 653/86/CEE).

En quinto término, porque las legislaciones del modelo centroamericano aluden expresamente a rescisión, revocación, modificación o negativa de prórroga sin justa causa por parte del preponente. En la ley colombiana es la rescisión unilateral por causa no imputable al agente la que activa la compensación por clientela.

En último término, porque en varias legislaciones europeas el instituto en estudio se regula acto seguido a la rescisión o resolución del contrato.[6]

Desde nuestra óptica, el único requisito además de la clientela es que el contrato de agencia termine por causa no imputable al agente, sea de carácter voluntaria o legal. En los siguientes párrafos expondremos los argumentos que entendemos apuntalan nuestro criterio.

Por lo pronto, no existe ninguna razón de carácter sustancial para negarle al agente el derecho a la compensación por clientela cuando el contrato termina por un modo extintivo no voluntario. Recordemos que el instituto que comentamos procura compensar o retribuir al agente por los fructíferos esfuerzos realizados para incrementar los negocios del preponente. Desde esta mirada, poco interesa si el contrato se extingue por voluntad de las partes o en virtud de la ley; lo esencial es que el agente hubiere aportado nuevos clientes o engrosado sensiblemente el cúmulo de operaciones con los preexistentes y que ello pueda continuar produciendo ventajas sustanciales en favor del empresario principal (conf. art. 1497, 1° párr., CCCN; art. 17, ap. 2, inc. a, Directiva n° 653/86/CEE).

Siguiendo esta lógica, el agente tampoco debería perder el crédito por clientela en los supuestos de extinción contractual que le son imputables (conf. art. 1498, CCCN; art. 18, Directiva n° 653/86/CEE).

De la misma manera que ocurre con las remuneraciones adeudadas al tiempo de la extinción del contrato, el promotor de negocios siempre tendría que conservar el derecho a reclamar la compensación por clientela con independencia de la causa que originó la finalización del contrato. La exclusión de las hipótesis de extinción contractual atribuibles al acreedor es un resabio de asimilar la compensación por clientela a la indemnización por terminación injustificada del contrato. Dicho emparentamiento, si bien rebajado en la Directiva

[6] Directiva n° 653/86/CEE (art. 17-19), Código Civil italiano de 1942 (art. 1751) y HGB alemán según ley del 6 de Agosto de 1953 y sucesivas reformas (§ 89*b*).

n° 653/86/CEE en comparación con algunos antecedentes europeos y las vigentes legislaciones de América del Sur y América Central, también se trasladó a nuestro derecho. Pensamos que los supuestos contenidos en el art. 1498 del CCCN y el art. 18 de la Directiva n° 653/86/CEE han de leerse con tono sancionatorio, es decir, como un castigo que la ley imprime al agente que incumple o rescinde el contrato. De allí que propiciemos su interpretación restringida con fundamento en el principio de legalidad (conf. art 19, CN).

Pero el argumento más contundente radica en que la postura que rechazamos resulta injusta para el agente mercantil en muchos supuestos de extinción contractual. Así, el promotor de negocios no tendría derecho a la compensación por clientela en caso de extinción por quiebra,[7] muerte o incapacidad del preponente, disolución de la persona jurídica e imposibilidad de cumplimiento.

Veamos entonces qué ocurre en cada una de las hipótesis extintivas que recién mencionamos.
i) En caso de quiebra del preponente, la clientela aportada redituaría beneficios a los trabajadores o acreedores laborales que continúen con la explotación de la empresa (conf. arts. 189-195, LCQ), a los acreedores cuando la empresa se enajena como unidad (conf. art. 204, inc. a, LCQ) o al preponente cuando la quiebra concluye por avenimiento (conf. arts. 225 -227, LCQ), falta de acreedores (conf. art. 229, 2° párr., LCQ), pago total (arts. 228 y 229, 1° párr., LCQ), desistimiento del pedido de quiebra (conf. art.87, 3° párr., LCQ) o cese de la inhabilitación (conf. art. 236, LCQ). La situación es aún peor en caso de quiebra del agente por cuanto el preponente se liberaría gratuitamente de pagar la compensación por clientela en desmedro de los acreedores del fallido. Por ello pensamos que el agente está en condiciones de verificar el crédito por clientela en la quiebra del preponente (conf. arts. 200, 202 y concs., LCQ) como asimismo el síndico de la quiebra del agente debe reclamarle al preponente la compensación por clientela que corresponda (conf. art. 182, LCQ).
ii) En caso de extinción por muerte o incapacidad del preponente, los herederos podrán continuar con la explotación o enajenar el ne-

[7] Así se pronuncia la más autorizada doctrina concursalista de nuestro país: "En cuanto a los efectos particulares de la quiebra del preponente, cabe decir que el agente pierde la indemnización sustitutiva de preaviso, como por pérdida de clientela ya que ambas suponen una resolución voluntaria que en el caso no se presenta, y porque la declaración de quiebra no da derecho al resarcimiento de daños." (Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, t. 5, p. 262)

gocio obteniendo un lucro por el activo intangible en clientela aportado por el agente comercial.
iii) En caso de disolución de la persona jurídica preponente, los socios podrían resolver la disolución anticipada del ente (conf. art. 94, inc. 1, LGS y art. 163, inc. a, CCCN), enajenar la empresa en marcha si fuese el modo más conveniente de realizar el activo, obtener el reintegro de los aportes de capital una vez cancelado el pasivo (conf. art. 109, LGS) y distribuir entre ellos el remante de liquidación (conf. art. 109, LGS) sin pagarle al agente la compensación por clientela. En caso de disolución de la persona jurídica agente, el preponente también verificaría un provecho al no abonar el crédito por clientela dado que continúa obteniendo las ventajas de la buena gestión comercial desarrollada por el promotor de negocios; así en detrimento de los acreedores y socios de la persona jurídica disuelta. Nótese bien que aquí el contrato se extingue en virtud de la ley y no de modo voluntario (conf. art. 1494, inc. b, CCCN).
iv) En caso de imposibilidad de cumplimiento, el preponente también se beneficia si no paga la compensación en la medida que no pierda la clientela.

Con ello queda suficientemente demostrado que la tesis que requiere la terminación voluntaria del contrato para la procedencia del crédito por clientela conduce a situaciones de manifiesta injusticia.

Corresponde asimismo señalar que ni la Directiva n° 653/86/CEE ni las legislaciones europeas ni el CCCN establecen de manera expresa que la compensación por clientela sólo nace si el contrato acaba de modo voluntario. Por el contrario, se emplean expresiones amplias como "tras la terminación del contrato" (art. 17, ap. 1, Directiva n° 653/86/CEE), "*in caso di cessazione del rapporto*" (art. 1751, 1° párr., Código Civil), "cuando se extinga el contrato de agencia" (art. 28, ap 1, ley española n° 12/1992 del 27 de Mayo), "luego de la terminación del contrato" (§ 89*b*, ap. 1, HGB alemán según ley del 6 de Agosto de 1953 y sucesivas reformas, "*após a cessação do contrato*" (art. 33, ap. 1, decreto-ley portugués n° 178/86 del 3 de Julio), "extinguido el contrato" (art. 1497, 1° párr., CCCN). Razón por la cual, no nos parece apropiado limitar derechos del agente por vía interpretativa.

Conclusión

Concluimos que:
i) la compensación por clientela no es una indemnización sino una retribución diferida al término del contrato por la objetiva contribución en el crecimiento de la clientela;
ii) en principio, el crédito por clientela nace cuando el contrato de agencia termina por causa no imputable al agente;
iii) para la procedencia de la compensación por clientela no es menester que el contrato termine de modo voluntario;
iv) si el contrato se resuelve por quiebra, el agente puede verificar el crédito por clientela en la quiebra del preponente como asimismo el síndico de la quiebra del agente debe reclamarle al preponente la compensación por clientela que corresponda.

La constitución del estado de quiebra como causal resolutoria del contrato de agencia

Leonardo David Balduzzi

Sumario

El CCCN (art. 1494, inc. c) establece que el contrato de agencia se resuelve por quiebra firme de cualquiera de las partes. La resolución del contrato se produce de manera automática, sin necesidad de preavisos ni notificaciones, cuando la sentencia constitutiva del estado de quiebra queda firme (conf. art. 1495, 1° párr.). Ello implica una clara modificación al régimen concursal teniendo en cuenta que éste no determina la necesidad de firmeza de la sentencia falencial para que opere la resolución del contrato de agencia comercial (conf. art. 147, LCQ).

Introducción

Como todos sabemos, la sanción del CCCN introdujo una serie de modificaciones indirectas en el microsistema concursal. Una de ellas es la resolución del contrato de agencia comercial por quiebra *firme* de cualquiera de las partes (conf. art. 1494, inc. c, CCCN). Si bien se trata de una solución de antigua data en nuestro derecho concursal, el recaudo de *firmeza* en la sentencia de quiebra es una novedad teniendo en cuenta que el criterio doctrinario y jurisprudencial dominante era que la resolución de los contratos contenidos en la norma del art. 147 de la LCQ se producía de manera automática con el dictado de la sentencia de bancarrota.

Ello nos coloca ante nuevos desafíos interpretativos tal como determinar si la conversión en concurso preventivo obsta la resolución del contrato de agencia pero también es una oportunidad para reto-

mar viejos asuntos relacionados a la resolución de los contratos por la quiebra es el caso de la prosecución de los contratos ante la continuidad de la explotación de la empresa. De esos temas como asimismo de otros conexos nos ocuparemos en la presente ponencia.

I. La solución del CCCN a la luz del micro sistema concursal

Es comúnmente aceptado en el derecho comparado que la quiebra de una de las partes afecta el contrato de agencia.[1] Conforme esa tesitura, el CCCN dispone la resolución del contrato por "quiebra firme de cualquiera de las partes" (art. 1494, inc. c). Se trata, en realidad, de una solución consagrada hace largo tiempo por la legislación falimentaria (conf. art. 151, ley n° 19.551; art. 147, ley n° 24.522).

Con todo, el régimen de resolución por quiebra del código modifica el esquema resolutorio de la ley concursal en cuanto al contrato de agencia refiere. El criterio predominante en la doctrina concursalista era que la resolución de los contratos por efectos de la quiebra surtía efectos con el dictado de la sentencia constitutiva del estado de quiebra por más que no esté firme ni publicado los edictos.[2] Ello cambia con el texto legal que comentamos en la medida que requiere la firmeza del mentado pronunciamiento judicial.
¿Cuándo queda firme la sentencia de quiebra?[3]

Por lo pronto, una sentencia se encuentra firme o ejecutoriada cuando adquiere la calidad de cosa juzgada, que consiste según la define Couture en "...la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla."[4] Con la sentencia de quiebra, ello sucede de manera inmediata cuando la pide el propio deudor o al agotarse las instancias recursivas cuando la pide el acreedor o la quiebra es indirecta.

---

[1] Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, t. 5, p. 260.
[2] *Conf. Junyent Bas, Francisco y Carlos A. Molina Sandoval, Ley de Concursos y Quiebras comentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, t. 2, p. 233. En contra: Quintana Ferreyra, Francisco, Concursos. Ley 19.551 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 2, p. 499.*
[3] Sobre los efectos de la cosa juzgada y la sentencia de quiebra, véase: Conil Paz, Alberto A., *Conclusión de la quiebra*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 35.
[4] Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, BdeF, Buenos Aires, 2007, p. 326.

Así pues:
En el caso de quiebra propia, la sentencia falencial queda ejecutoriada sin más porque no existe la posibilidad de rebatirla; ella admite la pretensión del deudor por ello mismo éste no puede pretender un pronunciamiento diferente y la ley tampoco legitima a otro sujeto (conf. arts. 82 y 86; LCQ). En caso de quiebra indirecta o pedida por un acreedor, el pronunciamiento jurisdiccional adquiere la calidad de cosa juzgada con el agotamiento de las instancias de oposición y recursivas previstas por la ley para obtener su revocación (conf. arts. 94-96; 51, 3° párr.; 61; 63, 2° párr., LCQ); si bien la LCQ no determina la apelación en todas las hipótesis de quiebra indirecta así ocurre con la omisión de hacer pública la propuesta en el expediente (conf. art. 43, anteúltimo párr.), la no obtención de las conformidades (conf. art. 46 y 47), el fracaso del salvataje o *cramdown* (conf. art. 48, incs, 2, 5 y 8) y el incumplimiento en el pago de los honorarios (conf. art. 54), tanto en la doctrina como en la jurisprudencia predomina el criterio que habilita el recurso de apelación antento la entidad del pronunciamiento de bancarrota. De modo que la quiebra propia es el único supuesto en el que no impacta la solución del CCCN (art. 1494, inc. c) con relación a la LCQ.
¿Es mejor la solución que adoptó el codificador?

La resolución del contrato por el solo efecto de la sentencia de quiebra tiene en miras la protección del co-contratante *in bonis* y se corresponde con la inmediatez de los efectos falenciales. Por el contrario, la exigencia de quiebra firme resguarda al deudor fallido ante la quiebra que posteriormente resulta desvirtuada y encuentra fundamento en el principio de conservación de la empresa. El criterio del CCCN concuerda con la impronta que adquirió el régimen concursal a partir de las reformas introducidas por la ley n° 26.684.
¿Qué ocurre en caso de conversión de la quiebra en concurso preventivo?

Para comenzar, dejemos en claro que el instituto de la conversión (arts. 90-93, LCQ) que es la facultad que tienen ciertos deudores de solicitar la transformación del proceso de quiebra en concurso preventivo presupone la firmeza de la sentencia de quiebra. Si la quiebra fue declarada por pedido de un acreedor, la solicitud de conversión obsta el incidente de oposición y las sucesivas instancias recursivas contra la sentencia de quiebra (art. 91, 1° párr., LCQ); dicha petición importa un reconocimiento de la calidad de sujeto concursable en estado de cesación de pagos. Si la quiebra fue pedida por

el propio deudor, la sentencia adquiere automáticamente la calidad de cosa juzgada. Como observamos, el pedido de conversión opera siempre con respecto a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; así, es la quiebra firme la que permite su transformación en concurso preventivo.

Veamos entonces cómo juega el instituto de la conversión con la resolución del contrato según las distintas hipótesis de quiebra.

Cuando la quiebra es voluntaria, la resolución del contrato de agencia opera con el dictado de la sentencia falencial. Como es el mismo deudor quien solicita su quiebra produciendo así la extinción del contrato (conf. art. 1494, inc., CCCN; art. 147, LCQ), consideramos que sería contrario a los actos propios pretender desconocer la resolución contractual con pretexto en la conversión en concurso preventivo (arg. art. 1067, CCCN). Desde nuestra mirada, el pedido de conversión no borra la extinción contractual ocurrida con el pronunciamiento judicial de bancarrota.

Cuando la quiebra es pedida por el acreedor, la resolución tendría que operar al vencimiento del plazo para interponer el incidente de oposición (conf. art. 94, 2° párr., LCQ) o cuando el deudor peticiona la conversión de la quiebra en concurso preventivo (conf. art. 90, 1° párr., LCQ).[5] Con todo, nosotros entendemos que la resolución del contrato recién acaecerá con la expiración del plazo para articular el pedido de conversión (conf. art. 90, 1° párr., LCQ).

Damos razones:
En primer lugar, la resolución del contrato por quiebra es decir, a pesar de la conversión en concurso preventivo impediría al deudor la posibilidad de recuperar la empresa en crisis. La pérdida del carácter de agente comercial determina casi siempre la liquidación de la empresa, sobre todo cuando se trata de agentes exclusivos o cuya única actividad es la agencia mercantil. Si el fallido es el preponente, la resolución de los contratos obligaría al deudor a buscar nuevos promotores, con todas las dificultades que ello supone para un empresario en cesación de pagos.

En segundo lugar, si bien la sentencia de quiebra se encuentra firme por lo cual *prima facie* nuestra solución contraría estrictamente

5 La jurisprudencia tiene admitida la solicitud de conversión en caso de quiebra propia: CNCom., en pleno, 30/3/2002, "Pujol, Juan C. s/propia quiebra".

lo previsto en el CCCN (art. 1494, inc. c) también es cierto que por intermedio del instituto de la conversión es posible obtener su revocación tal como si fuese un medio impugnativo. De allí que Rouillon sitúe a la conversión en un estadio anterior a la consolidación de la quiebra.[6]

En tercer lugar, nos parece que coartarle al deudor la posibilidad de continuar con un contrato que es el motor de su actividad comercial por una diferencia de cinco días hábiles judiciales es una solución completamente formalista (conf. arts. 90, 1° párr.; 94, 2° párr. y 273, inc. 2, LCQ).

II. Quiebra del preponente

El fundamento de la resolución por quiebra del preponente se intentó encontrar en las razones que justifican la extinción del mandato esto es: la pérdida de la libre administración y disposición de los bienes[7] como así también en el carácter *intuita personae* del contrato de agencia.[8] Desde otra óptica, se ha dicho que "...la continuación del contrato que significa la sustitución del preponente por el síndico, con atribución a este de la actividad gestora de aquel resulta generalmente incompatible con la finalidad esencialmente liquidatoria del concurso."[9] Por nuestra parte, consideramos que tanto la finalidad liquidativa de la quiebra como la pérdida de confianza del co-contratante *in bonis* son factores determinantes en la resolución por falencia del preponente.

III. Quiebra del agente

La doctrina no concuerda acerca del fundamento de la resolución por quiebra del agente mercantil. Mientras que algunos autores asimilan la figura en estudio al mandato,[10] otros refieren a la pérdida de facultades de administración y disposición respecto del patrimonio desapoderado.[11] Y también se ha señalado que el verdadero

[6] Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 296.

[7] García Martínez, Francisco, *El concordato y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1964, vol. II, p. 417.

[8] Roitman, Horacio, *Efectos jurídicos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, Lerner, Córdoba, 1973, p. 140.

[9] Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de...*, t. 5, p. 262.

[10] Rivera, Julio C., Horacio Roitman y Daniel R. Vítolo, *Ley de concursos y quiebras*, 4ta edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. 3, p. 646.

[11] Marzorati, Osvaldo J., "Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes" en: AA.VV., *Derecho Concursal,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 362.

motivo radica en la inhabilitación para ejercer el comercio y la consecuentemente imposibilidad de desarrollar la actividad objeto del contrato.[12]

Está claro que el argumento más contundente, cuanto menos en el régimen concursal vigente, es la inhabilitación que sufre el agente fallido por efecto de la quiebra (conf. art. 238, LCQ).[13] De todos modos, tanto la pérdida de la administración y disposición de los bienes (conf. art. 107, LCQ) como la relación de confianza propia de este tipo de contratos de colaboración pueden ser argumentos más que suficientes para respaldar la resolución contractual en ciertos casos.

IV. Modo en que opera la resolución por quiebra

En algunas legislaciones extranjeras, la quiebra es solo una causal que habilita la resolución del contrato por el co-contratante *in bonis*; así ocurre en las regulaciones de España,[14] Colombia[15] y Honduras.[16] Concretamente, la ley española n° 12/1992 del 27 de Mayo establece que el vínculo jurídico expira con "...la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción." (art. 26, ap. 2)

Por el contrario, entre nosotros rige la solución prevista en el ordenamiento falimentario que determina la resolución automática "quedan resueltos por la quiebra", reza el art. 147 de la LCQ de ciertos contratos, entre ellos, el de agencia comercial. La misma solución establecía el art. 151 de la ley n° 19.551. Y el CCCN mantiene el criterio de la ley concursal al decir que "...la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte..." (art. 1495, 1° párr.).

V. Continuación de la explotación de la empresa

El art. 185 de la ley n° 19.551 establecía que en caso de continuarse la explotación de la empresa no se aplica la disposición del art. 151 actual art. 147 de la LCQ y le confería al síndico la facultad de con-

[12] Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de...*, t. 5, p. 264.
[13] En este sentido, el decreto-ley hondureño n° 549 del 24 de Noviembre de 1977 faculta al preponente a resolver el contrato o negarse a renovarlo por "quiebra, insolvencia, suspensión de pagos o cualquier otra inhabilitación legal para ejercer el comercio" (art. 12, inc. f).
[14] Ley n° 12/1992 del 27 de Mayo (art. 26, ap. 1, inc. b).
[15] Código de Comercio (art. 1325, ap. 1, inc. c y ap. 2, inc. c).
[16] Ley n° 549 del 24 de Noviembre de 1977 (art. 12, inc. f).

tinuar o resolver el contrato. Como la ley n° 24.522 eliminó dicha norma, cierta doctrina entiende que los contratos comprendidos en el art. 147 de la LCQ quedan indefectiblemente resueltos por la quiebra aunque continúe la explotación de la empresa.[17] Antes bien, otra tesis a la cual adherimos considera que el vínculo pervive en tal hipótesis.[18]

Veamos cómo se plantea la situación según el fallido sea agente o preponente.

i) Fallido preponente. Por un lado, la red de agentes que promueve sus negocios constituye un eslabón imprescindible para el mantenimiento de la estructura comercial. Por otro lado, debe considerarse que la resolución de los contratos puede arrastrar a la quiebra a los agentes. La necesidad de conservar la empresa, la protección de las fuentes de trabajo y el resguardo del crédito justifican largamente la no resolución por quiebra.

ii) Fallido agente. La extinción del contrato impediría la continuación de la explotación de la empresa porque aquél no tendría ninguna actividad que cumplir.[19]

En resumen, la continuación de la explotación de la empresa hace excepción a la regla de que el contrato de agencia se resuelve automáticamente por quiebra firme (conf. art. 1494, inc. c y 1495, 1° párr., CCCN) pero nada impide que el juez del concurso considere no mantener ciertos contratos si ellos resultan inconvenientes para el giro comercial (conf. art. 191, LCQ).

VI. Efectos

En cuanto a los efectos de la resolución por quiebra, la LCQ establece que no pueden reclamarse los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato (conf. art. 142, 3° párr.). Sí pueden iniciarse, en la medida que se cumplan los recaudos pertinentes, las acciones de responsabilidad concursal o societaria contra los terce-

[17] Marzorati, Osvaldo J., "Contratos de agencia..." en: AA.VV., *Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p., 362.

[18] En este sentido: Farina, Juan M., "La quiebra y los contratos de ejecución continuada y contratos normativos", *Zeus*, t. 15, p. D-7; Grispo, J., "Algunas consideraciones sobre el contrato de agencia y la quiebra" en: AA.VV., *Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 218; Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de...*, t. 5, p. 264.

[19] Grispo, J., "Algunas consideraciones sobre..." en: AA.VV., *Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 218.

ros que intervinieron en el estado de cesación de pagos del deudor. Cuando quiebra el preponente, el agente mantiene el derecho a percibir la compensación por clientela y debe obtener su reconocimiento en el proceso concursal mediante el procedimiento de verificación de créditos.

Conclusión

Concluimos que:

i) el régimen de resolución por quiebra del CCCN (art. 1494, inc. c) modifica el esquema resolutorio de la ley concursal en cuanto al contrato de agencia refiere;

ii) la sentencia de quiebra queda firme de manera inmediata cuando la pide el propio deudor o al agotarse las instancias recursivas cuando la pide el acreedor o la quiebra es indirecta;

iii) cuando la quiebra es pedida por el acreedor, la resolución del contrato recién acaecerá con la expiración del plazo para articular el pedido de conversión en concurso preventivo (conf. art. 90, 1° párr., LCQ);

iv) tanto la finalidad liquidativa de la quiebra como la pérdida de confianza del co-contratante *in bonis* son factores determinantes en la resolución por falencia del preponente;

v) tanto la pérdida de la administración y disposición de los bienes como la relación de confianza propia de este tipo de contratos de colaboración pueden ser argumentos más que suficientes para respaldar la resolución contractual por falencia del agente mercantil;

vi) la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte;

vii) la continuación de la explotación de la empresa hace excepción a la regla de que el contrato de agencia se resuelve automáticamente por quiebra firme pero nada impide que el juez del concurso considere no mantener ciertos contratos si ellos resultan inconvenientes para el giro comercial.

ix) la resolución del contrato por quiebra no da lugar al resarcimiento de los daños por la terminación del contrato pero el agente mercantil mantiene el derecho a percibir la compensación por clientela.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal

Gabriela Fernanda Boquin

Ponencia

El diálogo de fuentes exigido por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación provoca necesariamente una revaluación de varios institutos concursales que deberán ser reinterpretados en cada caso concreto teniendo en cuenta principios y valores supralegales, las disposiciones de tratados de derechos humanos teniendo en cuenta el metaprincipio "pro homine", a los fines de asegurar una verdadera igualdad ante la ley; habiéndose resignificado- de esta forma- el derecho patrimonial en virtud de la constitucionalización del mismo. Ello lleva a la flexibilización del numerus clausus del sistema de privilegios y a la aceptación de créditos con preferencia en el cobro más allá de los estipulados en la letra de la ley 24. 522.

1.- Introducción

La ley 26.994 que unifica el Código Civil y Comercial considera autónomas determinadas leyes especiales, sin perjuicio de lo cual, las enlaza a través del nuevo criterio interpretativo: conforme lo dispuesto en el título preliminar no puede prescindirse en ningún caso de la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar, Código Civil y Comercial) y la mirada integradora del ordenamiento jurídico.

Precisamente el artículo 2 CCCN establece pautas de interpretación, que a pesar de ser enunciadas correlativamente, no puede considerarse que la formulación expuesta provoque un orden jerárquico o de prelación interpretativo entre ellas, debiendo ser dilucidada teniendo en cuenta: a) sus palabras, b) sus finalidades, c) las leyes análogas, d) las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, e) los principios o valores jurídicos, f) todo ello de modo coherente con todo el ordenamiento. La interpretación exegética de la letra de la ley quedará desplazada si la misma contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico considerado éste último como un todo integral más allá de las leyes especiales que puedan regir una determinada temática
Este paradigma de fuentes plural ha sido invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes y de manera positiva se encuentra previsto, por ejemplo, en el art. 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En el mismo código se advierte una proliferación de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deber ser necesariamente definidos, detallados y aplicados en cada caso concreto. Un claro ejemplo de ello es el principio de buena fe consagrado como una regla general dentro del libro preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación que implica una disposición de alcance genérico que gobierna la totalidad de las relaciones jurídicas y que deberá aplicarse al trámite judicial particular a la hora de resolver; o la noción del orden público que se enuncia pero no se define (art. 12 CCCN).

El Código Civil y Comercial de la Nación, por intermedio de su título preliminar, recepta esta nueva cosmovisión jurídica fijando guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el cual, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo o interrelación entre ellas (arts. 1 y 2), además de la utilización no sólo de reglas sino también de principios y valores que interactúan en el caso práctico con una norma determinada. En este contexto, al magistrado se le fija la obligación de decidir razonablemente[1]. Todo lo expuesto importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso, pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el "derecho" (ya no sólo la letra de la ley, sino también los principios generales y los valores sociales) la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro difiriendo las sentencias teniendo en cuenta las

[1] Art. 3° del CCC. *"El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"*

distintas variables que se exponen en el trámite.

Nos encontramos frente a un nuevo paradigma del derecho. El concepto de "paradigma"[2] se utiliza en la vida cotidiana como sinónimo de "ejemplo" o para hacer referencia respecto de algo que se toma como "modelo digno de seguir", un arquetipo, un patrón. Probablemente el uso más común del concepto permita asimilarlo a la idea de "cosmovisión".

En nuestro Código el arquetipo novedoso es la denominada "constitucionalización" del derecho privado que no resulta otra cosa que la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos para resolver los casos prácticos de nuestra cotidiana práctica tribunalicia y los principios y valores que surgen de nuestra Carta Fundante, lo cual si bien puede parecer innovador es regla de interpretación obligatoria desde el año 1994 cuando la Asamblea Constituyente incorporó a los tratados internacionales de derechos humanos como normas supra legales generando la necesidad del control de convencionalidad en cada caso en concreto. Lo cierto es que la incorporación de ese sistema, en forma expresa, en un Código que regula el derecho privado, es lo ciertamente progresista.[

En tal inteligencia, el juzgador deberá actuar como un "identificador de los consensos básicos de la sociedad" entendida ésta última en sentido amplio. Tal como lo expone Peyrano[3], la postura implica sentar posición sobre el mayoritario activismo procesal democrático, a contrario del autodenominado garantismo procesal cuyo interés se concentra en construir impecables fachadas teóricas racionalistas, que carecen de toda preocupación por la incidencia de lo excepcional o atípico en el caso práctico y menos aún por lo "justo concreto". En este contexto el juez debe arribar a una solución que se encuentre dentro de la nueva cosmovisión jurídica en la cual la persona humana es el centro de protección, debiendo amalgamarse, y no excluyendo, como lo proponían los viejos principios de resolución de conflictos legales, las diferentes normas que se ubican dentro del ordenamiento jurídico nacional y que tienen directa influencia sobre el "caso" que se presenta a su conocimiento. Así, viejos aforismos tales como "ley especial prevalece sobre ley general" o "ley posterior predomina sobre ley anterior" deben considerarse

[2] Vocablo que deriva del griego paradeigma

[3] Peyrano, Jorge W. "Activismo y garantismo procesal" Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Advocatus, Córdoba, pp. 57

inaplicables cuando un principio, un valor o una cláusula que surja de Tratados Internacionales adecuadamente suscriptos por nuestra Nación entran en colisión con la ley especial o posterior.

Principios como el pro homine, pro consumidor, progresividad, pro debilis o de protección al vulnerable (que nacen de los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación y de las 100 Reglas de Brasilia), la buena fe, la prohibición de ejercer abusivamente los derechos, la nulidad por fraude a la ley, el orden público, la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la prohibición de dañar a otro o en su caso de reparar el perjuicio ocasionado de manera integral, el deber de prevención, entre otros, resultan rectores a la hora de evaluar la aplicación de una norma o su desplazamiento teniendo en cuenta que las antiguas pautas interpretativas que ya no son apotegmas dogmáticos a seguir y que por supuesto tiene una incidencia directa con la normativa que surge de la ley concursal.

1. EL NUEVO PARADIGMA DE INTERPRETACION NORMATIVA: EL PLURALISMO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La constitucionalización del derecho privado es la tendencia moderna a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que éstas se rigen por principios especiales desconectados de los estándares constitucionales, de los principios o valores generales.

Como bien refiere el profesor italiano de derecho constitucional Zagrebelsky Gustavo[4]: "*Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ´derecho positivo´ con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o los divide es preciso ir más a fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso*".

[4] Zagrebelsky Gustavo ' El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia' Editorial Trotta página 9.

Es que en realidad el derecho se funda conforme ya lo apreciaba Vélez en el Código Civil ya derogado[5], en normas expresas, explícitas e implícitas. Estas últimas son principios subordinantes que surgen de la interpretación del ordenamiento legal en su conjunto que determinan un orden interpretativo a la hora de evaluar una norma, su aplicación al caso y las consecuencias directas e indirectas de la aplicación de aquella. Estos principios o ideas subordinantes, sino existiesen, el derecho positivo se transformaría en un conjunto de normas de tan libre interpretación que generaría una verdadera incertidumbre jurídica para el ajusticiable que recurre a los Tribunales para obtener una solución justa a su conflicto.

Lo primero es tener en claro la diferencia entre la ley y el principio. Dice Zagrebelsky : "*Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesa en la medida que son los principios) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley*"[6]

La ley es una regla de conducta humana que se agota en sí misma diciéndonos como actuar en una determinada situación, en cambio los principios poseen un papel constitutivo del orden jurídico, siendo su carácter abstracto. Pueden existir reglas escritas en la Constitución que no son más leyes preponderantes por su ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Una nota que diferencia a los principios de las reglas o normas es aquel referido a su tratamiento por parte del interprete pues la ley es interpretada, aplicándose diferentes métodos para clarificar el lenguaje legislativo, en cambio los principios no requieren de ningún método de interpretación pues son autoevidentes.

Ahora bien, los principios y valores son variados, múltiples. La coexistencia de los mismos exige que, salvo el de máxima jerarquía como es el pro homine -que es en realidad un metavalor- fundado en la dignidad e integridad de la persona humana; no pueda considerárselos a ninguno de ellos en forma absoluta pues debe compatibi-

[5] Art.22.- Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial

[6] Zagrebelsky Gustavo, "El derecho dúctil, Ley, derechos , justicia" Editorial Trotta página 110.

lizárselos en cada caso en concreto. Lo ideal es intentar salvaguardar varios simultáneamente, aunque esto no siempre es posible, pues muchas veces por su jerarquía natural unos desplazarán a otros.
Resultaría un grave error considerar a un principio o valor como absoluto, y por supuesto que es tentador darle una respuesta judicial satisfactoria a todos. Sucede que muchas veces, o casi siempre, dos o más se encuentran en pugna. El ideal es que el intérprete con extrema prudencia intente soluciones combinatorias que conduzcan a que todos sean reconocidos, o que haga posible la coexistencia salvo contradicción evidente y de imposible conciliación, pues el pluralismo de principios y valores es la base del Estado Constitucional moderno y la apreciación del derecho en departamentos estancos es un arcaísmo al cual no podemos acudir. Un jurista inflexible no puede ser un buen intérprete ante el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pues probablemente llegue a soluciones que puedan consagrar inconvencionalidades o inconstitucionalidades.

En un Estado de Derecho el equilibrio y separación de poderes genera la necesidad de que una norma de carácter general sea oponible a todos los sujetos de derecho siendo el postulado de igualdad ante la ley una premisa que debe ser respetada a rajatabla pero debiendo entender que tuvo su origen en la necesidad de terminar con los "privilegios" que contaban ciertos individuos respecto de otros en los siglos pasados, siendo contenido de todas las Constituciones liberales del siglo XIX. Sin perjuicio de ello deberíamos tratar de entender que esta premisa hoy tiene sentido si comprendemos que la igualdad debe ser medida entre iguales y que no es semejante la defensa que el derecho debe contener ante un individuo común, una empresa o un vulnerable.

En el Estado Constitucional moderno existe una subordinación de la ley general o especial a los principios, valores y normativa internacional que son cláusulas de aquellos Tratados en los cuales nuestro país ha comprometido su cumplimiento siendo los mismos ratificados por el Congreso conforme las disposiciones del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina. Esta amalgama de componentes requiere de una relación de adecuación y aun de subordinación respecto a todos ellos de la estricta letra de una ley en el caso concreto. El autor supra citado expresa con claridad: *"La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, los derechos humanos, como pretensiones subjetivas*

absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley"[7]. Para ejemplificar la situación de tensión que puede existir entre dos derechos fundamentales en un caso concreto consideremos en la ley de concursos dos de ellos que podrían considerarse de idéntica valía: el derecho al trabajo y el derecho al salario. El caso de la continuidad de la explotación por parte de una cooperativa de trabajo y la compensación de los créditos con los bienes de la fallida al momento de la liquidación se encuentra en pugna con el derecho al cobro de los créditos laborales de aquellos ex trabajadores que no forman parte del emprendimiento que continúa con las actividades de su ex empleador. El dilema es que ambos tienen una fuerte protección legal pero una adecuada interpretación que integre todos los ordenamientos, los principios y valores en juego permite corroborar que el legislador ha dado preeminencia a la salvaguarda de la fuente de trabajo. Por supuesto que la misma cederá ante la circunstancia de un trabajador en situación de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, a quien su derecho debe serle especialmente siendo función del intérprete realizar una conciliación de derechos para que ambos sean reconocidos satisfactoriamente, ello a pesar de que no exista en la letra de la ley contemplada la solución específica de la temática. La interpretación integradora será la única vía para alcanzar una resolución justa del caso.

2. EL META PRINCIPIO PRO HOMINE, EL DIALOGO DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

La persona humana es el centro de protección del sistema jurídico. Este debe ser el punto de partida para cualquier conclusión a la que arribe el intérprete, más aun ante la colisión de normas o principios. Así los criterios de prelación normativos existentes en los art. 150, 1709, o el 2579 CCCN.

Partiendo de este megavalor, más otros contenidos en todo nuestro ordenamiento jurídico, sumándose las cláusulas que surgen de los Tratados Internacionales es que la forma de interpretación exigida por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, el diálogo de fuentes comprometido, tiene incidencias en una ley tan especial como lo es la 24. 522. La interpretación de la ley debe ser armónica, debiéndose conformar a una norma con el contenido de las demás - pues

[7] Zagrebelsky Gustavo ' El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia' Editorial Trotta página 47

entre todas debe congeniarse una unidad coherente- y en la inteligencia de sus cláusulas se intentará cuidar no alterar el equilibrio del conjunto. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley sumado al de todo el ordenamiento en forma integral, pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los Tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación.

En el Código Civil ya derogado, los principios jurídicos tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que en la actualidad el nuevo Código le otorga una función de integración y control axiológico. Al decir de Lorenzetti los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos[8].nAl momento de interpretar y aplicar las normas no se puede entonces prescindir de integrar todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado el Código Civil y Comercial ha introducido el rol del juez de equidad. La equidad (del latín "*aequitas*" y del griego "ϖ») ha sido caracterizada como la justicia del caso particular, cuyo fin es atemperar el excesivo rigorismo de la leyes y su función es la de corregir la injusticia que puede derivar de la aplicación de una ley a un caso concreto[9] . Se la ha calificado a lo largo del tiempo como una fuente de derecho y como una pauta de interpretación. Hoy se le reconoce al Juez la facultad de dictar una sentencia equitativa en diversas normas del Código tales como los artículos 771[10], 1714 y 1715[11], 1718[12], 1742[13]. La equidad ya no es un axioma moral o ético sino que debe integrar la solución del caso y será el principio rector el que más favorezca al hombre, persona humana, cuando ésta se encuentre involucrada en el conflicto, debiendo atenderse por ende a su integridad físico psíquica, y la cobertura de sus derechos esenciales que hacen a su dignidad como tal.
Ahora bien, resulta relevante destacar el rol que cumple el principio

[8] Lorenzetti Ricardo, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T I págs. 34 y ss, Editorial Rubinzal Culzoni
[9] Garrone, José A. "Diccionario Jurídico, T II, pág. 440 Editorial Abeledo Perrot.
[10] Para morigerar interés.
[11] Ante la punición excesiva
[12] Indemnización aun sin culpa del dañador ante un daño justificado.
[13] Atenuación de la indemnización, salvo dolo, en función del patrimonio del deudor y la situación personal de la víctima del hecho

de progresividad, en este nuevo sistema interpretativo, pues es el que garantiza que el "pro homine" se concrete en la práctica a pesar de los vaivenes normativos, cambios legislativos o de gobierno.

El principio de progresividad se encuentra legislado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos. Lo podemos encontrar en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos[14], los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador[15], art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16], entre otros, y además surge del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional como del inc. 19 del art. 75 de la misma. Por estas normas internacionales los Estados Parte se comprometen- para emplear la formulación de la Convención Americana- a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. O, en los términos del PIDESC, a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos.

La Asamblea General de la OEA aprobó en la sesión plenaria del 7 de junio de 2005 las Normas para la confección de los informes

---

[14] Artículo 26. Desarrollo Progresivo
Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por
vía legislativa u otros medios apropiados

[15] Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas
Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.
Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

[16] Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos

periódicos previstos en el protocolo de San Salvador[17], que en su art. 5.1 contiene el concepto de progresividad. Dispone la norma: "A los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural".

La Corte Suprema de Justicia en el caso "Madorrán" [18] ha dicho que *"...el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales"*. También en "Arcuri Rojas"[19] la Corte señaló que "*...Sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Protocolo de San Salvador"), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección...".*

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad dinámica, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad unidireccional, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado.

[17]Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)
[18] Fallos 330:1989

3. Conclusiones

La dignidad intrínseca de la persona humana constituye, por ende, el fundamento ontológico y definitivo de los derechos humanos. Estos responden a un orden que precede en el tiempo y supera en jerarquía, al derecho positivo. La justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es la justicia en su más alta expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal, y un fin propio.

La subasta de inmuebles en la quiebra cuando están habitados por personas "vulnerables"

Paula Cecilia Cattelán

Sumario

La ponencia se endereza al análisis del supuesto de colisión de derechos que se presenta frente a la subasta de inmuebles en la quiebra cuando se encuentran habitados por personas humanas consideradas "vulnerables".

En este sentido, por un lado encontramos el derecho de los compradores en subasta a obtener la desocupación del inmueble adquirido, y por otro los ocupantes de la vivienda en situación de vulnerabilidad.

Conforme el artículo 1° del Código Civil y Comercial, el cual incide sobre el "microsistema concursal", los *casos* deben ser resueltos según las leyes que sean aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Asistimos entonces a la "constitucionalización del derecho privado" donde las ramas del derecho privado se encuentran cruzadas por los estándares constitucionales, principios y valores generales.

En lo relativo al derecho a la vivienda, tanto la Constitución Nacional como los tratados de derechos humanos por ella reconocidos y que gozan de su misma jerarquía, le otorgan especial atención, colocando el eje en la dignidad de la persona humana. Sumado a ello, si atendemos a los supuestos de "vulnerabilidad", los operadores del derecho estamos llamados a otorgar un trato adecuado a sus circunstancias singulares y garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia.

Consideramos que el Derecho Concursal no se encuentra aislado del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que debe dialogar con todas las demás normas que lo integran. No obstante, en cada caso particular, deben buscarse alternativas para evitar que la protección de las personas humanas en situación de calle atente contra el derecho de los acreedores para obtener la satisfacción de su legítima acreencia.

Ponencia

1. Introducción.

El presente trabajo se enfoca en el supuesto de colisión de derechos que se genera en el marco de la quiebra cuando se subastan inmuebles habitados por personas humanas consideradas "vulnerables".
En esa senda, nos volcaremos al análisis de las prescripciones concursales, al nuevo paradigma de la "constitucionalización del derecho privado" instaurado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y el llamado "diálogo de fuentes".

También abordaremos el derecho a la vivienda digna, las personas en condición de vulnerabilidad y la búsqueda de soluciones armónicas en casos de desalojos forzosos originados en el marco del proceso falencial.

2. La constitucionalización del derecho privado.

El fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" se encuentra presente desde la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos con su misma jerarquía.

Con el Código Civil y Comercial de la Nación se recepta esta constitucionalización, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. La idea central de este paradigma es aplicar al derecho privado los valores fundamentales expresados en aquélla, por lo que éstos ya no obligarán al Estado en su relación con los habitantes, sino a los particulares entre sí[1].

[1] Boquín, Gabriela, EL derecho a la vivienda como Derecho Humano: su recepción en la jurisprudencia y en el Código Civil y Comercial, La Ley, 2006-C, 1018.

Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

3. El "diálogo de fuentes.

La reciente sanción del Código Civil y Comercial no sólo determinó la sustitución del Código Civil vigente durante un siglo y medio en Argentina, fusionándolo con el Código de Comercio, sino que ha implicado un cambio en el sistema, que ahora se estructura con una pluralidad de fuentes que deben "dialogar", reemplazando así las clásicas antinomias de los modelos decimonónicos.

Los criterios tradicionales de interpretación (anterioridad, especialidad, jerarquía) no son ya exclusivos o suficientes, más aún frente a la constitucionalización del derecho privado. La teoría de Erik Jayme referida al "diálogo de fuentes" se inserta en la tradición de la visión sistémica y funcional del orden jurídico, actualizada por una visión internacional y cultural del derecho, y una nueva perspectiva más humanista sobre la relación entre las normas, por medio de la cual los "valores guía" serían una valorización de los derechos humanos y la interpretación "pro homine"[2]

Así, hablamos no sólo de un "diálogo horizontal" entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales –Ley de Concursos y Quiebras-, sino también de un "diálogo vertical" de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional.

En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (arts. 1°, 2° y 3° del Código Civil y Comercial). Son directivas para la decisión judicial, que debe comenzar con el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento y dar explicaciones suficientemente razonables[3].

[2] Conf. MARQUES, Claudia L.: «O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme», en MARQUES, Claudia Lima (coord.): Diálogo das fontes. San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20 y ss. Cit. por Sergio S. Barocelli y Esteban J. Arias Cáu, La obligación de saneamiento en las relaciones de consumo, MJ-DOC-11931-AR | MJD11931.

[3] *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011*, presentación a cargo de Lorenzetti, Ricardo L., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

4. El derecho a la vivienda digna. Las personas humanas vulnerables.

En lo que refiere al derecho al acceso a una vivienda digna[4], si bien se encuentra en la Constitución desde 1957 (art. 14 bis), fue en 1994 con la incorporación de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) cuando tomó fuerza expansiva.

Así, está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5), entre otros.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando nos encontramos frente a personas en situación de vulnerabilidad? Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad[5] considera en condición de vulnerabilidad "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por situaciones sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultados para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (2.1.3).

Encontramos como destinatarios de estas Reglas, entre otros, a los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores, y demás servidores que colaboren en el sistema de administración de justicia de conformidad con la legislación interna de cada país, los abogados y otros profesionales del derecho (3.24).

5. En la búsqueda de una solución ante la situación de desalojos forzosos originados en el marco del proceso falencial. Antecedentes jurisprudenciales.

Se ha definido al desalojo como *forzoso* "no sólo porque resulte compulsivo o contrario a la voluntad de los desalojados, sino, fundamentalmente, porque se produce en términos incompatibles con el riguroso régimen de protección que establece preceptivamente el

[4] Boquín, Gabriela, EL derecho a la vivienda como Derecho Humano: su recepción en la jurisprudencia y en el Código Civil y Comercial, op. cit.

[5] XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, adoptada en el ámbito del Ministerio Público Fiscal mediante Resolución PGN 58/09 y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, mediante suscripción de la Acordada de la CSJN 5/2009.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[6].
Para evitar esa calificación, deben satisfacerse los requisitos de legalidad sustancial y formal y un amplio abanico de salvaguardias. Entre ellas, la obligación estatal de proveer, de ser necesario, una vivienda sustitutiva[7].

¿Cómo armonizar entonces los derechos de los adquirentes de inmuebles en subasta en el marco de una quiebra con el derecho a la vivienda digna de personas en situación de vulnerabilidad? *Veamos*.

En el fallo "Monarca, Gloria Martha s/quiebra"[8], en el dictamen de la Fiscalía al cual la Cámara remite se destaca que "el conflicto de derechos que se suscita en el caso –por un lado el que invoca el comprador tendiente a obtener la desocupación del inmueble y por otra parte el de la fallida a postergar el desalojo hasta tanto se provea una solución- debe ser decidido efectuando una ponderación de las distintas situaciones. Es claro que mientras sobre el comprador –que adquirió a sabiendas del estado de ocupación- pesaría una dilación en el tiempo en lo que concierne al efectivo uso del bien, para la fallida se encuentra en juego la vulneración de derechos humanos fundamentales. Un desalojo forzoso sin una solución alternativa afectaría la vida plena de un adulto mayor". En el caso se encomendó al juez de grado la intervención de de los organismos estatales pertinentes a los efectos de evitar que la fallida quedase en situación de calle.

En el mismo sendero, en la causa "Lofranco, Juan Bautista s/quiebra"[9] el dictamen de la Fiscalía que la Cámara recepta, refiere que "considerando el interés superior del niño que en el caso la Defensora Oficial pretende tutelar mediante la pretensión relativa a que se suspenda la tramitación del remate hasta tanto se satisfaga el derecho a la vivienda debe ser admitida, a fin de que el fallido pueda realizar las diligencias necesarias tendientes a ensayar la solución por él propuesta o que se dé intervención a los organismos pertinentes a

[6] Gialdino, Rolando E., Los desalojos y los derechos humanos, La Ley, 2010-B, 813. Este aspecto ha sido examinado por el Com/DESC mediante por un lado, la Obs. Gral 7, estrechamente vinculada con la Obs. Gral 4, y por el otro, las observaciones finales producidas al cabo del examen de los informes periódicos de los Estados Parte.
[7] Ídem.
[8] CNCom. Sala D, 14/11/2017, Revista de las Sociedades y Concursos, Año 19, 2018-1, p. 407.
[9] CNCom. Sala C, 8/8/2017, Revista de las Sociedades y Concursos, Año 19, 2018-1, p. 409-10.

fin de proveer una solución definitiva a la cuestión habitacional del grupo familiar. Ello teniendo en cuenta que se encuentra en juego el derecho a la vivienda de los ocupantes del inmueble, entre los que se incluye un menor".

En "Pellegrini, Zulma Maria Luisa s/ quiebra s/incidente art 250"[10], la Sala F de la Cámara Nacional de Comercio confirma la resolución de la instancia anterior que dispuso una medida de no innovar respecto del inmueble cuya usucapión se demandaba y ordenó suspender la orden de desahucio decretada en el incidente de enajenación. Ello a fin de proteger el acceso a la vivienda digna a la que debe asignarse preferencia, no por su valor económico, sino por su vinculación con un derecho humano consagrado en la constitución nacional y en diversos tratados internacionales de rango constitucional, que no podría ser desconocido por el dictado de actos jurisdiccionales que impidan su tutela.

¿Corresponde al Poder Judicial ser el garante del goce del derecho a la vivienda digna de los habitantes del territorio nacional?
Se ha sostenido al respecto que "para la efectividad de este derecho social es necesario un rol activo por parte del Estado en su conjunto, no sólo a través de la formulación de políticas públicas que garanticen el acceso a la vivienda a la población, sino también mediante el acceso al Poder Judicial cuando estos compromisos internacionales no se cumplen"[11].

Las reflexiones sobre los tratados internacionales como fuentes de derecho privado deben contribuir al fortalecimiento de la cultura de respeto, protección y realización de los derechos humanos. El desafío para los jueces es entonces compatibilizar las normas y directrices del derecho interno [la norma concursal] con el derecho internacional en aras de salvaguardar la dignidad del ser humano en cada caso concreto a resolver[12].

[10] CNCom. Sala F, 18/10/2016, "Pellegrini, Zulma Maria Luisa s/ quiebra s/ incidente art 250", Online: AR/JUR/84212/2016.
[11] Boquín, Gabriela, EL derecho a la vivienda como Derecho Humano: su recepción en la jurisprudencia y en el Código Civil y Comercial , op. cit.
[12] Ábalos, María Gabriela, Los tratados como fuente del Código Civil y Comercial. Los dilemas que plantea el control de convencionalidad , La Ley 2018-A, 643.

6. Conclusión

El Derecho Concursal no se encuentra aislado del ordenamiento jurídico en su conjunto sino que debe dialogar con todas las demás normas que lo integran. Ello se encuentra plasmado en el artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación, nuevo paradigma que atraviesa los microsistemas normativos, como el que aquí nos ocupa.

No obstante, en cada caso particular, deben buscarse alternativas para evitar que la protección de las personas humanas en situación de calle atente contra el derecho de los acreedores para obtener la satisfacción de su legítima acreencia.

Un nuevo desafío para los operadores jurídicos.

El Derecho Concursal frente al bloque de constitucionalidad

Claudia Ethel Raisberg y Paula Cecilia Cattelán

Ponencia

El derecho privado todo ha sido impactado por el derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 y su constitucionalización ha ido en aumento hasta alcanzar su máxima expresión normativa con la reforma del código civil y comercial de la Nación en el 2015.

El derecho concursal no puede permanecer ajeno como una entelequia cristalizada. Por ende, los privilegios concursales deben ser reinterpretados bajo el tamiz de los tratados de derechos humanos de raigambre constitucional, lo que nos lleva a concluir en que el crédito de una persona con discapacidad, cualquiera sea su causa, no puede ser considerado nunca quirografario ni aguardar el plazo para su cancelación fijado para el resto de los acreedores concursales.

Nuestra propuesta es que se lo verifique con la graduación privilegiada y se le otorgue el derecho al pronto pago, en virtud de la adecuación que toda ley debe realizar frente a la supremacía constitucional.

Fundamentos

1. Introducción

La CSJN ha destacado el carácter de norma de orden público de la Ley de Concursos y Quiebras[1]. Dentro de la disciplina concur-

[1] "...la ley de concursos es una norma de carácter eminentemente procedimental y sus prescripciones, en particular las referidas a la competencia, atienden a principios superiores de seguridad jurídica y defensa en juicio de los derechos

sal encontramos principios generales orientadores que le irrogan sus características particulares y que constituyen las directrices centrales del ordenamiento jurídico especializado. En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (arts. 1°, 2° y 3° del Código Civil y Comercial). Son directivas para la decisión judicial, que debe comenzar con el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento y dar explicaciones suficientemente razonables[2].

El fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" se ha venido desarrollando desde la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía supralegal.

Con el Código Civil y Comercial de la Nación se recepta esta constitucionalización, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. La idea central de este paradigma es aplicar al derecho privado los valores fundamentales expresados en aquélla, por lo que éstos ya no obligarán al Estado en su relación con los habitantes, sino a los particulares entre sí[3]. Existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. Las reflexiones sobre los tratados internacionales como fuentes de derecho privado deben contribuir al fortalecimiento de la cultura de respeto, protección y realización de los derechos humanos. El desafío para los jueces es entonces compatibilizar las normas y directrices del derecho interno [la norma concursal] con el derecho internacional en aras de salvaguardar la dignidad del ser humano en cada caso concreto a resolver[4].

y constituyen materia de orden público, por lo cual, ni las partes, ni los funcionarios encargados de aplicarlas, pueden dejar de lado sus disposiciones". CSJN, Arena, Evarista c. La Unión del Sud S. R. L. • 05/02/1998; También: CSJN, Savico S.A. c. Tietar S.A.C.I.F.y A., 17/03/1992, 315:316; CSJN, Garaffa y Cía., Orlando c. Acquarone Construcciones, Ignacio y otra s/ pedido de quiebra, 26/05/1983

[2] *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011*, presentación a cargo de Lorenzetti, Ricardo L., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

[3] Boquín, Gabriela, "EL derecho a la vivienda como Derecho Humano: su recepción en la jurisprudencia y en el Código Civil y Comercial", La Ley, 2006-C, 1018.

[4] Ábalos, María Gabriela, "Los tratados como fuente del Código Civil y Comercial. Los dilemas que plantea el control de convencionalidad", La Ley 2018-A, 643.

2. El orden público y los principios concursales.

El orden público está contemplado en el artículo 12 del Código Civil y Comercial. Podemos definirlo como "el conjunto de creencias, valores, y conductas que, en una sociedad o comunidad determinada, en un tiempo también determinado –época-, conforma su conciencia axiológica y social media, la que constituye un interés general irrenunciable"[5]. Las normas de orden público tienen carácter imperativo y resultan indisponibles por los particulares.

Se trata de los principios que hacen a las instituciones jurídicas esenciales para el desarrollo del ideal de vida que cada Estado promueve[6].

Más allá de estas consideraciones, las normas de orden público dictadas o vigentes en una comunidad o país en un momento determinado, pueden perder ese carácter con posterioridad si se altera el conjunto de creencias, valores, y conductas que conforma la conciencia axiológica y social media de dicha comunidad o estado[7].

En cuanto a los "principios concursales", constituyen el soporte jurídico del ordenamiento normativo concursal. Las normas previstas en la Ley de Concursos reconocen su fundamento en estos principios. Ellos se presentan como conceptos axiológicos que dirigen y sustentan la regulación positiva[8].

Entre las funciones que cumplen los principios, destacamos: (1) brindar sustento estructural a la ley y permitir probar la coherencia de las normas individuales con la finalidad de la ley, (2) insertar la normativa en el resto del ordenamiento jurídico, y (3) insertar la ley en la realidad, identificándola con su tiempo y con las necesidades que cubre.[9], resolver situaciones concretas no contempladas en forma expresa por la norma positiva.

---

[5] Vítolo, Daniel, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Erreius, Buenos Aires, T. 1, 2016, p. 19.
[6] Clusellas, Eduardo Gabriel (Coord.), *Código Civil y Comercial*, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, p. 48.
[7] Vítolo, Daniel (Dir.), op. cit., p. 19.
[8] Gerbaudo, Germán E., "Estado actual de los principios generales del derecho concursal", Cita Online: AP/DOC/474/2015.
[9] Junyent Bas, Francisco, Molina SAndoval, Carlos, Ley de Concursos y quiebras comentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, 4° Ed., p. 15.

3. La llamada "constitucionalización del derecho privado"

El constituyente argentino abrió la puerta a una nueva visión de la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, a través de la reforma constitucional introducida en el año 1994, en el art. 75, inc. 22.

Esta modificación dejó claramente establecido que los tratados de Derechos Humanos se ubican sistemáticamente, por encima de las leyes. También emerge de la misma norma que la jerarquía constitucional reconocida a dichos instrumentos, lo es en las condiciones de su vigencia, que no derogan disposición alguna de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías contemplados en ella[10].

Este reconocimiento ha conformado lo que se denomina 'bloque de constitucionalidad'. En nuestro país se asigna esta denominación al "paquete normativo formado por la Constitución nacional, los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional mencionados en el art. 75, inc. 22, de la CN, y aquellos otros a los que el Congreso les confiera tal condición jerárquica, en los términos previstos por esa misma cláusula"[11]

La gran innovación del nuevo Código viene dada por la incorporación de una multiplicidad de fuentes, entre las que se destaca el bloque de constitucionalidad, que permite concretar la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre el referido bloque, el derecho público y el privado[12]. Se adecua el Derecho Civil y Comercial al paradigma constitucional y convencional vigente. La dificultad se advierte en el derecho concursal por cuanto al no haber sido incluido en la reforma del código civil y comercial, podría erróneamente inferirse que esta constitu-

10 Kamada, Luis E., "El significado genuino de los pronunciamientos de los organismos regionales en materia de derechos humanos en el orden jurídico interno argentino", LLNOA2018 (junio), 1.

[11] Sagües, Néstor Pedro, *Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 241, cit. por Kamada, op. cit.

[12] *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis, Rubinzal Culzoni, 1° ed., año 2014 y Gil Domínguez, Andrés, *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, año 2015, página 30. Ambos citados por Martíne, José Ignacio, "Nuevo Código Civil y Comercial, constitucionalización del derecho privado y control de convencionalidad de oficio: el juez argentino como primer garante de los derechos humanos", LLBA2015 (diciembre), 1213.

cionalizacion del derecho privado no lo alcanza, tema sobre el que volveremos infra.

4. Los sujetos vulnerables

Todo el ordenamiento jurídico tiene como fin la salvaguarda de la dignidad humana, la cual se traduce en que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, en especial, las personas cuya autonomía está disminuida en cuyo caso merecen aún más una protección especial[13].

1.1. *Las Reglas de Brasilia.*

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad[14] considera en condición de vulnerabilidad "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por situaciones sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultados para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (2.1.3).

Encontramos como destinatarios de estas Reglas, entre otros, a los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores, y demás servidores que colaboren en el sistema de administración de justicia de conformidad con la legislación interna de cada país, los abogados y otros profesionales del derecho (3.24).

La participación en el proceso de la persona vulnerable requerirá de determinados ajustes, siendo fundamental la inmediatez y contacto del magistrado con la persona vulnerable, ya sea en razón de su edad, su dolencia física o mental o cualquier otra particularidad que lo coloque en dicha situación[15].

5. La recepción de las situaciones de vulnerabilidad en el ordenamiento concursal. Estado de situación jurisprudencial.

1.2. *Privilegios concursales.*

[13] Sosa, Guillermina Leontina, "Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables", La Ley, 2017-C, 653.

[14] XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, adoptada en el ámbito del Ministerio Público Fiscal mediante Resolución PGN 58/09 y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, mediante suscripción de la Acordada de la CSJN 5/2009.

[15] Sosa, Guillermina Leontina, op. cit.

El privilegio se define como la "calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro"[16]. En la Ley de Concursos, el artículo 239 dispone que "existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones".

Sin embargo, entre los pronunciamientos más destacados sobre el particular encontramos el fallo "Institutos Médicos Antártida"[17] en el cual se declaró la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales en sus arts. 239 párrafo primero, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2 de la ley 24.522, y se declaró en consecuencia verificado con una preferencia superior a los créditos privilegiados el crédito de un menor discapacitado derivado de una sentencia por mala praxis, pues se sostuvo que dichos artículos colisionan con la Convención de los Derechos del Niño, ya que dicho crédito debe tener un reconocimiento prioritario pleno y mejor que el resto de los privilegios especiales.

En el mismo sentido en el fallo "OSBA s/ incidente de pronto pago"[18] se dispuso que el crédito insinuado por un menor discapacitado –en este caso, una indemnización por mala praxis- debe gozar de un pago preferente no constituyendo ello una violación al número cerrado de privilegios, ya que el legislador al introducir a nuestro derecho positivo la Convención sobre los Derechos del Niño le otorgó a sus derechos operatividad al principio interpretativo del interés superior de los menores"

Destacamos que el derecho a la salud es un derecho humano, y en el caso de los discapacitados se halla contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo[19] y forma parte del derecho interno de naturaleza supra legal a partir de la reforma de la Constitución de 1994.

---

[16] Artículo 2753 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[17] Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 20, "Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.", 24/05/2007, Cita Online: AR/JUR/4196/2007.

[18] CNCom, Sala C, 1/10/2013, Doctrina Judicial Procesal 2014 (diciembre), cita online: AR/JUR/84364/2013

[19] Aprobados mediante la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N RES/61/106, el día 13 de diciembre de 2006 que fuera ratificada por nuestro país por la ley 26.378.

Por su parte, en el caso "Pinturas y Revestimientos"[20] la CSJN resolvió revocar la sentencia que reconoció a un crédito laboral verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general y no el especial invocado por el trabajador, pues el Convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, establece que esas acreencias deben ser pagadas con cargo a los activos del empleador insolvente antes que a los acreedores no privilegiados y ostentar un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados.

1.3. *Pronto pago de créditos laborales*.

Le Ley de Concursos en el artículo 16 prevé expresamente la posibilidad de una preferencia temporal en el cobro de ciertos rubros del crédito laboral.

Se trata de una tutela especial a los créditos de naturaleza alimentaria, se permite que los trabajadores no tengan necesidad de esperar el trámite del proceso concursal para cobrar sus acreencias. El instituto fue modificado en el año 2006 yLa norma está prevista específicamente para los créditos de origen laboral, no pudiéndose, en principio, invocar para otros supuestos.

Sin embargo en el fallo dictado en los autos "González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín S.A.C."[21] se resolvió que si bien el acuerdo arribado entre el concursado y los acreedores es ley para las partes, es inconstitucional para la víctima de un accidente de tránsito que obtuvo sentencia favorable en un proceso de daños y perjuicios, luego de varios años de litigio. Se trata de una situación que atenta contra el derecho a la vida, teniendo en cuenta la avanzada edad de la víctima y el tiempo en que se terminaría de pagar el acuerdo. Asimismo, el precedente jurisprudencial reafirma que el principio de igualdad frente a los acreedores no es aplicable cuando está comprometido el derecho a la vida de un acreedor, mientras que a los demás sólo les menoscaba el derecho de propiedad.

[20] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra", 26/03/2014, Cita Online: AR/JUR/4224/2014.

[21] Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 18/05/2004, Sup. CyQ 2004 (septiembre), 30.

6. Conclusión

La calidad de microsistema que se le atribuye al derecho concursal no justifica su interpretación estática y ajena a la realidad jurídica en el que esta imbuido, pues además de que su eficacia como norma de justicia distributiva radica en su adecuación a las nuevas realidades, no puede apartarse en su contenido de los nuevos principios y garantías constitucionales. El clásico y renovado principio de igualdad de los acreedores exige que las personas con discapacidad no sean tratadas como cualquier acreedor quirografario. De *lege lata* estos créditos deben ser verificados como privilegiados e incluidos en el instituto del pronto pago previsto en el art.16 de la L.C. De *lege ferenda* la norma requiere de una impostergable reforma que incluya en forma expresa este privilegio y preferencia temporal.

La oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria en el proceso concursal

Sebastián Carlos Chumbita

I. El boleto de compraventa en el proceso concursal. Su tratamiento legislativo

El tópico bajo estudio ha tenido un más que interesante abordaje durante el paso del tiempo. Tal es así que el tema de la verificación y oponibilidad del boleto de compraventa en el proceso concursal, carecía de una regulación inicial. Es decir, que el Código Civil no contenía ningún precepto que lo trate en forma especial. Sólo el compromiso de otorgar escritura pública o los contratos que debían observar tal formalidad y que fueran realizados por boleto, estaban comprendidos en el primigenio art. 1185 del Código velezano.

Posteriormente, con la llegada del plenario "Lozzi"[1] en la Capital Federal se estableció que no podía proceder la demanda por escrituración de un inmueble, deducida por el titular del boleto de compraventa, cuando el vendedor, con posterioridad a su otorgamiento hubiese caído en quiebra, aun cuando haya mediado tradición y pago del precio.

Con la reforma de la ley 17.711, el Código Civil pasó a contar con dos mandas trascendentales. Por un lado, la del art. 1185 bis, la cual dispuso la posibilidad de oponer el boleto a la quiebra del promitente vendedor cuando se hubiera pagado la cuarta parte del precio y, por el otro, la del art. 2355 que consideraba legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.

Hasta aquí, entonces podemos dejar establecido que antes de la sanción de la mentada ley, los boletos de compraventa de inmuebles, en

[1] C. Nac. Com., en pleno, 29/11/1967, "Lozzi v. Socha s/ Quiebra".

caso de quiebra del vendedor, no otorgaban al adquirente derecho alguno para exigir el cumplimiento de la obligación de escriturar.[2] Por su parte, la normativa concursal se encargó de regular su tratamiento con el art. 150 de la ley 19.551.[3] Allí, se implementó la posibilidad de oponer el boleto destinado a la vivienda del inmueble en la quiebra del promitente[4]. Sin embargo, como bien destaca Heredia que ello implicó la desprotección de todos aquellos adquirentes por boleto de inmuebles no destinados a vivienda, lo cual llevó a una profunda discusión en la doctrina y la jurisprudencia, referente a cuál era la vivienda a la que se refería el art. 150[5].

Tiempo después, con la sanción de la ley 24.522 en el año 1995 se regresó al sistema originario del art. 1185 bis del Código Civil. Consecuentemente, a través del art. 146 se prescindió del destino habitacional del inmueble y se amplió la esfera de la oponibilidad. Sin embargo, dejo establecido como presupuestos de admisión para el acreedor verificante en el proceso concursal a la buena fe del adquirente y el pago del 25% del precio.

Por último, con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015, se introdujo a la esfera jurídica nacional el art. 1171 el cual regula la oponibilidad del boleto de compraventa en los procesos concursales. En dicho estamento, se impone que, además de la buena fe del comprador prevista por el art. 146 de la ley 24.522, el insinuante -como mínimo- haya pagado la cuarta parte del precio y que el instrumento particular cuente con fecha cierta.

II. La fecha cierta como recaudo de oponibilidad en los procesos concursales. Las voces en la doctrina y en la jurisprudencia

La fecha cierta resulta ser el elemento más trascendente a la hora de determinar la oponibilidad de un instrumento en un proceso colec-

[2] Sólo el antecedente legislativo previsto por la ley de lotes 14.005, se podría mencionar a modo de referencia. A través de ésta, el comprador podía reclamar la escrituración luego de haber abonado el 25% del precio, siendo una facultad irrenunciable toda cláusula en contrario.

[3] De ahí que procuró brindar protección a quienes con sacrificio patrimonial concertaron la adquisición de un inmueble con destino a la vivienda, frente a la quiebra sobreviniente de aquel que se comprometió a transmitirlo. Ver Cám. 1ra. Civ. y Com. Río Cuarto, LL 1999-B-775.

[4] Di Tullio, José Antonio, "Teoría y práctica de la verificación de créditos", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 445/448.

[5] Heredia, Pablo Damián "Tratado exegético de derecho concursal" pág. 146.

tivo. A ésta se la ha definido como la designación del día, mes y año que determina la existencia legal del hecho o acto jurídico, sin que pueda ser cuestionada por tercero.[6]

Los recaudos legales a su respecto, no tienen por objeto el proteger a los terceros de todos los riesgos que pueden provenir de los instrumentos privados, sino únicamente prevenir los fraudes que podrían cometer antedatándolos.[7] De allí la importancia de su reconocimiento puesto que en su razón, se determinará la oponibilidad o, mejor dicho, verificación del boleto en el proceso concursal.[8]

Sin embargo, su falta de regulación legal, generó un amplio debate en la doctrina. Entre sus detractores, se encontraban Borda quien expresó que esta exigencia haría perder en buena medida el propósito tuitivo de la norma. No obstante, aclaró que puede servir como presunción de mala fe del adquirente el hecho de que el contrato no haya sido sellado antes del período de sospecha (en caso de quiebra).[9]

Por su parte, Grispo, en criterio que compartimos, sostuvo que la fecha cierta es un requisito indispensable, por cuanto tiene que demostrarse de forma indubitada que el instrumento fue otorgado con antelación al decreto de quiebra.[10]

Todas estas voces, a su vez, fueron receptadas por la jurisprudencia, quien también se encargó de dividir las aguas, separando a quienes sostenían su inexigibilidad de los que no.
Los primeros, titularizaban la tesis mayoritaria de la "inoponibilidad amplia" y se amparaban fundamentalmente en su omisión normativa, arguyendo además que su exigencia importaría introducir

[6] Simondi, María I., "Instrumentos privados. Fecha cierta", en Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario, dirigido por Cristina Armella, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, T° II, pág. 357.
[7] Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino, actualizado por José M. López Olaciregui, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, T° II "Parte general", p. 492; Borda, Guillermo A. Tratado de derecho civil. Parte general, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, T° II, pág. 170.
[8] Heredia, Pablo Damián "Tratado exegético de derecho concursal", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, Tomo V, pág. 248.
[9] Borda, Guillermo A.; "Tratado de derecho civil. Contratos", T° I, pág. 397, citado por Médici, Rubén A.; "Acreedores por obligaciones de escriturar. El boleto de compraventa frente al concurso", ED, 194-879.
[10] Grispo, Jorge; "Tratado sobre la ley de Concursos y Quiebras", Tomo IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 147.

un vallado a la pretensión del sujeto más débil de la relación contractual, atentando contra la intención del legislador de facilitar la regularización de la compraventa.
Los segundos, que defendían la tesis opuesta, entendían que la ausencia de fecha cierta obstaba a la oponibilidad del boleto al conjunto de los acreedores falenciales; mientras que quienes se enrolaban en una posición en cierto modo intermedia exigían la concurrencia del recaudo en cuestión, flexibilizando, no obstante, la interpretación del art. 1035 del Código Civil tendiente a ponderar su cumplimiento.[11]

Sin embargo, hubo tribunales que fueron por más. Uno es el caso del Superior Tribunal de Mendoza[12], el cual, apoyado en los grandes votos de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci[13] dijo que el adquirente de un inmueble por medio de boleto de compraventa, triunfa en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal, siempre y cuando se cumplieran con los siguientes requisitos: a) el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo a la apertura del concurso, b) el boleto tenga publicidad (registral o posesoria), c) el tercerista o peticionante en el concurso, haya adquirido de quien es el titular registral, o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes, d) el tercerista o peticionante en el concurso sea de buena fe y haya pagado el 25 % del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal.

Otra posición que merece destacarse es la que asumió el Supremo Tribunal bonaerense, cuando estableció que si bien el requisito de la fecha cierta no se encontraba expresamente referido en los artículos 1185 bis del Código Civil y 146 de la Ley de Quiebras, este era una exigencia emanada de los artículos 1034, 1035 y concordantes del primero para la oponibilidad de los instrumentos privados a ter-

[11] Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, sent. del 07/03/17, "Rusconi, Rubén Santos s/ Incidente de verificación tardía en autos "Bos, Joaquín Enrique (h) s/ quiebra" (causa n° 61.655)".
[12] SCJMza. 30-5-96, "Fernández, Ángel En J: Fernández, Ángel En J: Coviram Ltda./ Inconstitucionalidad Revisión Plenario (Libro: S265 193). Ídem. en Voces Jurídicas 1996, 3, pág. 197, con nota de Angélica Correa. Ídem. JA 1997-I-83, con nota de Adolfo Rouillón.
[13] Muchas veces en minoría, convirtiéndose sus obiter dictum en grandes trabajos académicos. Ver Cámara, Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra: Comentario de la ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589. Actualizado por Ernesto E. Martorell"; 1ra. Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, págs. 139/198.

ceros[14]. Que con carácter excepcional puede admitirse en algunos casos y frente a la imposibilidad de comprobar lo que técnicamente se denomina "fecha cierta", la equiparación a la misma de los que se denomina una "certidumbre fáctica" (entendida como la reunión de un conjunto de hechos y circunstancias, debidamente acreditado, que conduce a advertir sin esfuerzo la oportunidad y sinceridad del acto) respecto al momento en que fue suscripto el instrumento, ya que dicho recaudo excede a las partes y se impone como un extremo a probar frente al juez, quien debe decidir respecto del crédito dentro del proceso universal en el que se encuentra involucrada además de ellas, la masa de acreedores.[15]
De tal modo, la casación de la provincia de Buenos Aires, ha dotado a la prueba del recaudo de la fecha cierta de razonable flexibilidad, tendiente a impedir que el rigor probatorio -prima facie emanado del artículo 1035 C.C.-, lo convierta en un valladar formal e injusto a la procedencia del derecho invocado.

III. La importancia de su existencia como recaudo de admisibilidad

Como bien anticipáramos precedentemente, somos de la idea de que la exigencia de fecha cierta en un boleto de compraventa que intenta ser verificado a los fines de lograr la escrituración de un bien que se encuentra bajo los efectos de un proceso concursal, es correcta.

Sabemos que muchos autores han catalogado a esta clase de insinuantes como privilegiados[16], que portan una prioridad excluyente[17] y otros han reprochado al legislador la falta de justificaciones que explique la exclusión de estos sujetos de los rigores del resto. De aquí que entendemos que el juez tiene que tener un acabado conocimiento de la veracidad del instrumento en este aspecto para que pueda ser catalogado como concursal y resulte oponible hacia los terceros. El campo de su conocimiento debe ser amplio.
Por tal razón, es que también aceptamos que existan ciertos actos susceptibles de dotar de certeza al documento, tales como el timbrado bancario, el sellado fiscal, etc. De tal guisa, compartimos en enfo-

[14] Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, causa cit.
[15] Causa C. 97.118, sent. del 04/05/2011 "Flamini, Andrés s/Inc. de verificación en "Fernández, Eduardo s/ Concurso preventivo".
[16] Cámara, Hector, "El concurso preventivo y la quiebra", T°III-B-, pág. 823
[17] Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Modificaciones producidas por la ley 24.522 al régimen de prioridades concursales no excluyentes", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 11, pág. 156.

que practicado por Di Tullio[18] cuando afirma que en la búsqueda de la verdad en este aspecto, deben admitirse otros supuestos no contemplados frente a aquellas circunstancias inequívocas que revelen certeza de que el instrumento adquirió fecha cierta, pues, estas circunstancias unidas a otros elementos concordantes que se agreguen al expediente pueden llevar a concluir que existe una certidumbre fáctica de la fecha en que fue otorgado el documento sin que corresponda ponderar con extrema rigurosidad el cumplimiento estricto de alguna de las hipótesis previstas en el código de fondo[19].

IV. Breves conclusiones finales

La tarea del legislador es loable. El Código Civil y Comercial resulta ser un gran aporte en la materia. Ha llegado para complementar el ordenamiento concursal, otorgándole un claustro legal a las diversas corrientes que sobre la exigencia abordada se han generado y que son, al día de hoy, objeto de aplicación judicial.[20] Eso es lo importante. Detengámonos a pensar que la mayoría de los tribunales que conforman el sistema judicial del país tienen bajo su competencia material más de una especialidad del derecho y el conocimiento de una rama autónoma y especial como es el derecho concursal es muy vago.

Aquí lo que importa, en definitiva, es que exista una exigencia axiológica para mantener la incolumidad de la seguridad jurídica de las operaciones, evitando el perjuicio de los terceros por la vía del fraude en las fechas y si es necesario acudir al ordenamiento jurídico para perseguir la verdad material de los hechos, corresponde hacerlo.

Hace un tiempo, el maestro Mario Augusto Morello, comentando un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires recaído en la causa "González Escandón, Irineo del Carmen en Banco Oddone S.A. c/ Graetz, Rodolfo y otra", tuvo la grandeza de preguntarse: "¿Cómo no valernos de la analogía de técnicas afines para, en ambas, dar tutela a los fines que están anclados en la norma del art. 1185 bis del Cód. Civil? ¿Qué razones justificarían un desacople frustratorio de

[18] Di Tullio, ob. Cit., pág. 472.
[19] Rouillón, Adolfo A. N., "Reflexiones sobre ciertos límites al reconocimiento en quiebra del derecho a escriturar inmuebles adquiridos por boleto", JA, 1997-I-97.
[20] Ver opinión contraria en Gerbaudo, Germán Esteban "Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal", 1ra. Ed., Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 184.

lo que el legislador quiere reforzar en línea de vanguardia?[21]
Con todo esto, deseamos que la incorporación normativa culmine con al menos una de las discusiones que existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se eviten los dilates jurídicos derivados de la insoportable levedad concursal[22] que los procesos concursales sean más transparentes y que, finalmente, puedan cumplir con su objetivo -muchas veces olvidado-: la superación del estado de cesación de pagos del deudor, respetando siempre los principios de economía, celeridad, debido proceso y defensa en juicio[23].

[21] Cám. Nac. Com. Sala D., sent. del 25/4/2017 "Sibillano, Abel Horacio contra Tenca, Adrián Marcelo y otros. Ordinario", del voto del Dr. Garibotto.
[22] La denominación ha sido tomada de la brillante exposición que brindara el Dr. Adalberto Luis Busetto en las jornadas de "Actualización en Derecho Concursal", dictadas en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien, a su vez, tomó dicho concepto de Joaquín Bisbal Méndez en la Revista de Derecho Mercantil Español N° 214, pág. 845: "La insoportable levedad del Derecho Concursal".
[23] Ricardo S. Prono, "Algunos principios procesales concursales", ver su publicación digital en el sitio web https://aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Principios_Concursales_Prono.pdf

La insuficiencia normativa para la insuficiencia patrimonial del fideicomiso

Gustavo Cultraro

Sumario

Resulta necesario dotar al régimen legal del fideicomiso de un marco normativo específico que regule mas detalladamente la impotencia patrimonial por la insuficiencia de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitido; en particular, cuando el fideicomiso es el vehículo para el desarrollo de una actividad empresaria mercantil, por cuanto la mera remisión que se dispone en el tercer párrafo del artículo 1687 del Código Civil y Comercial es por demás insuficiente.

1. El fideicomiso y la empresa

La finalidad típica del fideicomiso como contrato es la transmisión de una propiedad fiduciaria sobre determinados bienes. Así lo refería el artículo 1 de la Ley 24.441 (B. O. 16/01/95), y así lo reitera con bastante similitud el artículo 1666 del Código Civil y Comercial. Por tanto, como ya destacó Favier Dubois (h), conceptualmente *el fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente. Ello implica que no hay enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial para las partes, lo que, en todo caso, resultará del otro negocio En consecuencia, el fideicomiso no existe en función de sí mismo sino de otro contrato o relación negocial, por lo que el juzgamiento de cada contrato (en su onerosidad, licitud, etc.) deberá hacerse en base a esa finalidad*[1].

Como negocio jurídico importa, por un lado, la creación de un pa-

[1] Eduardo Favier Dubois (h), en "La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso de fideicomiso en garantía frente al concurso". El Derecho T 229 p.657.

trimonio de afectación separado del patrimonio del aportante de los bienes (el fiduciante) y del patrimonio de quien los recibe (el fiduciario); desde otro ángulo de análisis, importa la concreción de un específico propósito que tiene como finalidad el beneficio de un determinado sujeto, individualizado o individualizable en el propio contrato que estructura el negocio y crea el patrimonio especial afectado.

Se crea así un centro de imputación diferenciado y referido a un patrimonio que puede, y de hecho así sucede, ser insuficiente para afrontar las deudas que se hayan generado en pos de la finalidad del fideicomiso. Por eso no debe olvidarse la afirmación de Cash al destacar que el fideicomiso, aún cuando no tenga personalidad jurídica, importa un centro de imputación diferenciado que permite la gestión de un patrimonio autónomo, al que se corresponde un activo y un pasivo[2].

Mas allá de que la Ley 26.994 introdujo cambios importantes a todo el sistema de derecho privado (derogando – entre otras varias cuestiones- los artículos 1 a 26 de la Ley 24.441), no hizo grandes cambios en materia de fideicomisos sino que, aggiornando algunos de sus aspectos jurídicos e incorporando otros, mejoró definiciones y conceptos, pero limitándose a mantener en gran medida en el nuevo cuerpo codificado (artículos 1666 a 1707) lo normado por la ley derogada. El fideicomiso se nos presenta así como un herramienta útil para garantizar el desarrollo de distintas clases de proyectos económicos y también como instrumento que garantiza el desarrollo de la inversión, llegando a admitirse – incluso – que pueden ser objeto de un fideicomiso también las universalidades, lo que incluye – va de suyo - a los establecimientos mercantiles e industriales, por ejemplo. Por tanto, cabría preguntarse si el marco normativo que tenemos es válido para regular cualquier clase de fideicomiso, incluido aquellos fideicomisos de administración constituidos sobre cualquier clase de bienes (inclusive universalidades) para explotarlos con el fin de desarrollar una actividad comercial o aquellos destinados al desarrollo de importantes emprendimientos inmobiliarios (fideicomisos de construcción), pues parece evidente que en ellos ser verifica la existencia de una empresa mercantil.

Aunque el nuevo marco legal reguló con mayor detalle al fideicomi-

2 Guillermo Cash, "El fideicomiso visto como alternativa a la sociedad comercial", *Doctrina societaria y concursal,* ERREPAR, DSE, n° 247, junio 08, t. XX, pág. 516.

so financiero, mejoró la regulación del fideicomiso testamentario y receptó normativamente la figura del fideicomiso de garantía, debe destacarse que llamativamente dejó de lado al fideicomiso que se constituye para desarrollar una actividad empresaria; en particular, el más extendido de todos que es el fidecomiso estructurado para el desarrollo de proyectos inmobiliarios que, en la mayoría de los supuestos que se verifican en la realidad, se vale del contrato de fideicomiso como un vehículo para estructurar jurídicamente una verdadera actividad de empresa comercial. El esquema contractual del fideicomiso aparece así como un negocio jurídico flexible y abierto que, al no estar prohibido, también es viable para financiar proyectos que no son ni más ni menos que la recepción de la empresa como fenómeno socioeconómico de organización de factores de producción. Así entonces, frente a la estructura societaria centrada históricamente como eje de la empresa (conforme las Leyes 19.550 y 27.349) en la realidad económica el fideicomiso aparece compitiendo con las sociedades, presentándose como un instituto que permite canalizar la actividad empresaria pero desde ya, sin la rigurosidad que imponen las normas societarias citadas, y sin las consecuencias perniciosas que impone la ley de concursos y quiebra para el sujeto empresario (que desde ya existe detrás de esta clase de fideicomisos pues siempre hay un sujeto empresario que se encuentra subyacente y que tiene por finalidad llevar adelante verdaderas actividades empresarias). Por tanto, esta cuestión exige mayores precisiones a los fines de determinar cuáles consecuencias serán aceptables y cuáles no frente a la insuficiencia patrimonial que nos refiere el artículo 1687 del CCyC.

Entiendo que en nuestro ordenamiento positivo (y más allá de la vaguedad de las palabras) no hay grandes disensos en que los términos "empresa", "hacienda" y "fideicomiso" refieren a conceptos distintos; el primero a la actividad económica organizada del empresario, el segundo al conjunto de bienes del que se vale este último para desarrollar esa actividad, y el último a un contrato que refiere al "ejercicio de la propiedad fiduciaria de determinados bienes" por parte de un sujeto, el fiduciario, a quien le fueron transmitidos, para que los administre en beneficio de un tercero. Las preguntas que se imponen entonces son las siguientes: ¿Es razonable que el fideicomiso sea receptor de la *"empresa"* como actividad económica del empresario? ¿Cuándo la ley se refiere a las universalidades involucra a de *"hacienda mercantil"* (conjunto de bienes) sin actividad organizada (*"empresa"*) o este concepto se amplía al de *"empresa en*

marcha"? ¿Permite el artículo 1670 hacer del fideicomiso un vehículo alternativo a la sociedad cuando gran parte de los ejes cardinales de la Ley 19.550 no se aplicarán pese a ser imperativos o de orden público? ¿Quién es el empresario y a qué régimen queda sujeto en razón de que el fideicomiso no es susceptible de quebrar? Prematuro dar respuestas categóricas a cada uno de los interrogantes, pero – desde ya – es necesaria la apertura del debate.

Por eso, más allá de que podamos reprobar[3] o aceptar[4] al contrato de fideicomiso como vehículo de la empresa mercantil, lo cierto es que al momento de la gran reforma del Derecho Privado argentino que se sucedió con la sanción de la Ley 26.994, se perdió la oportunidad de coordinar la vinculación de ambos institutos jurídicos (el contrato de fideicomiso y la empresa comercial) para dotar al sistema legal argentino de una regulación más eficiente frente a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

2. La insuficiencia (¿insolvencia?) del patrimonio afectado a la actividad empresaria

La figura del fideicomiso tiene cada vez más aceptación en el conjunto de los actores económicos y muy particularmente en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, que en la mayoría de los casos importa el desarrollo de una actividad típicamente mercantil como es la empresa de construcción. Pero resulta ser que, en estos casos, a pesar de existir una *empresa comercial*, no hay una figura de empresario y por ende, de un sujeto concursable en los términos del artículo 2 de la Ley 24.552, legitimado para buscar soluciones dentro del marco de dicha normativa o pasible de los efectos que implica la declaración de quiebra. Tampoco estamos frente a un patrimonio que pueda ser reorganizado por vía de la solución preventiva porque, en parte porque no hay sujeto concursable en los términos del artículo 5 de la ley citada.

Frente a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, el código solo se limita a reenviar al interprete a buscar la solución en el ordenamiento concursal pero aclarándole que este no se aplica salvo en

3 Eduardo Favier Dubois (h), ibídem nota 1.

4 Guillermo Cash, ibídem nota 2; ver también Raúl A. Etcheverry en "El fideicomiso como contrato asociativo", RDCO 2002-517.

lo que resulte pertinente; una solución que no es tal sino que es un simple subterfugio para "sacarse" el problema de encima y para evitarle al fiduciario la responsabilidad en la liquidación extrajudicial. Se adoptó entonces lo que a mi juicio es una *solución insuficiente*, esperando que la adecuada la brinde cada juez en cada caso en particular y sobre la base de una construcción pretoriana, desde ya carente de parámetros o métodos unívocos de elaboración y aceptación. Y se adoptó esa insuficiente solución sin siquiera tratar de abordar otras que permitiesen el intento de búsqueda de un saneamiento de la situación de impotencia patrimonial como sería el caso, por ejemplo, la posibilidad de que tanto el beneficiario como el fiduciante pudiesen incorporar recursos al patrimonio fideicomitido para evitar un estado de insolvencia[5]. Por tanto es evidente que dicha remisión no alcanza como solución al problema de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para hacer frente a las deudas generadas en su gestión.

En este punto conviene recordar que para gran parte de la doctrina entiende que el *estado de insolvencia* o *estado de cesación* son expresiones sinónimas que se diferencian del incumplimiento de una obligación en particular pues importan reflejar una situación de hecho que expone la imposibilidad de afrontar la generalidad de las obligaciones asumidas por un deudor; y que para otra parte de los autores dichas expresiones no son sinónimas pues en la realidad económica puede manifestarse una situación de insolvencia del deudor aunque no se esté en cesión de pagos si el insolvente aún puede seguir adelante con su giro mediante financiamiento obtenidos por medios reinosos o si logra cancelar obligaciones novándolas por otras mas gravosas. Sea como fuere, lo cierto es que para algunos autores no parecen resultar esas locuciones sinónimos de la expresión "insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones" a la que refiere el citado artículo 1687. Así Varni destaca que *el término "insuficiencia" utilizado por la norma no debe asimilarse al supuesto de "cesación de pagos" de la normativa concursal. Aquel es un concepto más restringido que implica la relación que se establece entre el patrimonio de afectación y las obligaciones contraídas en la ejecución del contrato*[6]. Ahora bien,

[5] Sebastián Varni Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.v.

[6] Sebastián Varni , ibídem nota 5.

sea como fuere, ninguna duda que para los acreedores los efectos de la situación serán idénticos: habrá pérdidas porque los bienes fideicomitidos no alcanzan a cumplir el rol de garantía común de los acreedores. Por eso, sería aconsejable que - cuando se habla de insuficiencia de los bienes fideicomitidos –se haga una distinción según la clase de fidecomiso que se analice y la calidad o clase de bienes involucrados, pues la complejidad de la noción de *empresa* trasciende la difusa estructura que se le da a esta cuando el fideicomiso cumple la función de ser el vehículo a través del cual la *empresa* trasciende en el mundo de los negocios.

Desde ya que el ordenamiento positivo argentino no realiza ninguna de estas distinciones y para situación de insuficiencia patrimonial del fideicomiso brinda – muy escuetamente – un camino que solo será un camino para empezar a buscar la solución al problema por una vía pretoriana, pero sin saber si por ese andar se la encontrará. Efectivamente, aunque el artículo 1687 CCyC le confiera al juez amplias facultades para proceder a la liquidación de fideicomiso patrimonialmente impotente, aprovechando los instrumentos previstos en la normativa concursal y falencial, esto no parece ser suficiente pues más allá de que el procedimiento judicial implique alcanzar los loables propósitos a fin de evitar la indefensión de las partes y de los terceros, de asegurar una eficaz publicidad de la liquidación, de lograr una mejor determinación del pasivo y una eventual distribución del remanente entre los beneficiarios o fideicomisarios[7], lo cierto es que falta un método válido para establecer cuáles de dichas normas serán aplicables y qué efectos jurídicos serán aquellos que se sucedan de su aplicación.

Ahora bien, es evidente que frente a la realidad descripta se necesita, cuanto menos, de una adecuada normativa legal que trate la llamada insuficiencia del patrimonio fideicomitido cuando este está afectado a una verdadera actividad empresaria; y por supuesto que no basta con la remisión a las normas pertinentes (sic) previstas para los concursos y las quiebras tal como se limitó a disponer el Código Civil y Comercial en el artículo 1687 ya referido. Por eso, se puede concluir que no es mucho lo que se ha progresado en el derecho positivo sobre esta cuestión, ya que antes, ante situaciones de insuficiencia patrimonial el artículo 16 de la Ley 24.441 disponía que los bienes del fiduciario no respondan por las obligaciones contraí-

[7] Sebastián Varni , ibídem nota 5.

das en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, ahora - con la sanción de la Ley 26.994 - solo se logró una redacción mucho más clara pero únicamente para establecer que tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario (excepto compromiso expreso de éstos asumiendo directamente o en subsidio su responsabilidad por dichas deudas).

Se impone, entonces, la necesidad de buscar otro marco legal adecuado para la solución de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso, esencialmente cuándo a través de él se vehiculiza una empresa mercantil. Primero, porque en los casos de insolvencia del patrimonio afectado a la actividad empresaria que tiene su origen en crisis propias del riesgo comercial o en factores exógenos a ésta (como resultan, por ejemplo, las recurrentes crisis sistémicas a las que estamos sometidos regularmente los argentinos), no se autoriza la solución preventiva para superar la crisis y menos se indica qué rol tienen en el proceso judicial los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios, tanto frente a la decisión del fiduciario de proceder a liquidar judicialmente el fideicomiso como ante las soluciones liquidatorias que se propongan (piénsese, por ejemplo, que no está regulado si los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios deberían ratificar la solución liquidatoria adoptada por el fiduciario, excepto lo dispuesto en el Código Civil y Comercial en los artículos 1695 y 1696 para el fideicomiso financiero, o qué pasaría si cada uno de esos actores del contrato discrepen frente a la solución adoptada). Segundo, porque en los casos de insolvencia del patrimonio afectado a la actividad empresaria que tiene su origen en crisis provocadas por los desmanejos de los verdaderos empresarios que están detrás del negocio fiduciario (y que en muchos casos no es quien aparece como fiduciario), no se pueden aplicar los efectos personales y patrimoniales que corresponden a los administradores de patrimonios ajenos. Aunque pueda llegarse a responsabilizarlos por el camino que regulan los artículos 1708 y siguientes del Código Civil y Comercial para la responsabilidad civil, la verdad es que el primer párrafo del artículo 1687 del código citado resulta una barrera difícil de franquear. Y desde ya que esto no se supera con lo dispuesto en el párrafo siguiente de dicho artículo, porque en muchos casos no es el fiduciario el verdadero empresario del negocio, sino que podrá ser el o los fiduciantes y también esa figura tan difusa de la realidad inmobiliaria como el resulta el “desarrollador”.

3. Conclusión

Frente a esa realidad se impone entonces la necesidad imperiosa de regular muy detenidamente la insolvencia del fideicomiso empresario, para discutir desde allí hasta dónde estamos dispuesto a aceptar el fracaso de la empresa, por un lado, y quién decidimos que soporte finalmente las pérdidas de ese fracaso. De mantenerse la actual regulación solo se logrará que un buen instituto jurídico como es el fideicomiso, se malogre al ser permeable a abusos o desmanejos o injusticias que se traducen en quebrantos que decididamente financiarán terceros.

Implicancias del nuevo régimen contable del CCCN y otras leyes especiales en la detección de la insolvencia y la cesación de pagos

Jorge Fernando Fushimi y Gastón Germán Eimer

1. Sumario[1]

Ni la insolvencia, ni la cesación de pagos –exceptuando el caso fortuito o la fuerza mayor- son fenómenos que se desencadenen abruptamente. Lejos de ello, la mayoría de los casos se tratan de procesos relativamente prolongados que pueden ser advertidos y prevenidos e incluso subsanados de manera tempestiva. Sin embargo, recurrentemente advertimos que en muchísimos casos la fecha de inicio de la cesación de pagos es lejana en el tiempo en relación a la presentación en concurso o la declaración de quiebra. El "reciente" Código Civil y Comercial de la Nación, las reformas introducidas a la Ley General de Sociedades, la ley de Apoyo al Capital Emprendedor (Ley 27.349) y la ley de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación (Nº 27.444) hacen insoslayable la adopción de un sistema de información contable organizado y transparente que brinde las herramientas necesarias para que podamos decidir cursos de acción correctiva en la etapa de preinsolvencia, y no cuando la cesación de pagos o la insolvencia, son ya, hechos consumados. En este trabajo se propone resaltar el valor del uso de las herramientas contables con fundamento en las leyes referidas (y otras especiales) y a partir de aquí recomendar la apli-

[1] Esta ponencia es una radical variación de otra que presentamos ambos autores en el IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y VI Congreso Nacional de Derecho Concursal, Rosario (Pcia. de Santa Fe), 27, 28 y 29 de Septiembre de 2006. FUSHIMI, Jorge Fernando; EIMER, Gastón Germán: "Herramientas predictivas de la insolvencia en la ley de sociedades comerciales y en el código de comercio. El rol de la contabilidad", en Libro de Ponencias del IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y VI Congreso Nacional de Derecho Concursal, Tº I. Pág. 333, Santa Fe, Septiembre de 2006. Los cambios introducidos han sido tan trascendentes, que realmente las premisas y parte de las conclusiones cambiaron radicalmente en los últimos 12 años.

cación restrictiva de los requisitos formales del art. 11 de la Ley de Concursos y Quiebras en los casos de los comerciantes y empresas, cualquiera sea su forma jurídica.

2. Límites al planteo de la ponencia

Debemos aclarar necesariamente que este trabajo está condicionado en su alcance en algunos aspectos:

a) Se refiere sólo a comerciantes y empresas que, por la envergadura del negocio o por la forma asociativa utilizada lleven o deberían llevar un sistema contable organizado según las pautas legales generales o especiales.

b) Como corolario del condicionante anterior, las conclusiones de este trabajo no son aplicables a los pequeños o microconcursos, concursos del consumidor, o los otrora denominados concursos civiles.

c) Como indicamos más arriba, tampoco incluimos en este razonamiento a las insolvencias desencadenadas por caso fortuito o fuerza mayor, ya que la misma naturaleza de éstos hace que sea de imposible predicción.

3. Desarrollo

3.1.- El régimen contable del CCCN.

a) Contabilidad Obligatoria: El nuevo Código Civil y Comercial establece que están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. La legislación pone en cabeza de todas las personas jurídicas privadas, la obligación de llevar contabilidad, sin excepción alguna. En el caso de las personas humanas, sólo cuando realicen una actividad económica organizada o sean titulares de empresas (sin definir con precisión el alcance o significado de la expresión) o establecimientos de los enumerados precedentemente. Esta obligatoriedad es un acierto del nuevo código al dejar claramente establecido que toda actividad económica organizada y todos los entes jurídicos privados, salvo las excepciones y exclusiones que veremos más abajo, están obligados a llevar contabilidad. Es un acierto que todo aquel que desarrolle una actividad económica organizada esté obligado a llevar registros contables

y a presentar, como mínimo, el estado de situación patrimonial y el estado de resultados una vez al año (no obstante, entendemos que debería elaborar todos los estados contables), ya que ~~ese~~ esto es esencial para la toma de decisiones y como seguridad para los terceros contratantes, como así también para eventuales procesos concursales y falenciales.

b) Contabilidad opcional: A continuación, la nueva norma permite que cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en la misma sección. Es decir, que más allá de los sujetos obligados, la ley autoriza a que otros sujetos puedan llevar contabilidad a condición de su inscripción y habilitación o rubricación de sus libros. También consideramos un acierto de la nueva legislación, el permitir que cualquier sujeto que desee llevar contabilidad, pueda hacerlo en las condiciones fijadas por la ley, y con igual valor probatorio.

c) Sujetos excluidos: Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de la obligación de llevar contabilidad las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local. Así, el art. 320 CCCN excluye de la obligación de llevar libros contables (aunque pueden optar por hacerlo bajo las condiciones mencionadas en el punto b), a quienes ejerzan profesiones liberales que pueden ser con título universitario, intermedio o terciario, pero no comprende a los oficios. Estas profesiones, por aplicación de lo expresado en el propio supuesto legal, deben ejercerse de manera individual o asociada (sin constituir una persona jurídica), pero no organizada bajo la forma de empresa, como podrían ser las consultoras privadas, sanatorios y clínicas, etcétera.

Otros sujetos excluidos de la obligación de llevar registraciones contables, son los que ejercen actividades agropecuarias y conexas, también a condición de que no sean ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Las actividades conexas a la agropecuaria son aquellas directamente relacionadas con la misma, tendientes a la transformación o enajenación de los productos agropecuarios, cuando están comprendidas en el ejercicio normal de las mismas.

Finalmente, la ley permite eximir de la obligación de llevar registros contables a las personas, que por la escasa magnitud de sus operaciones económicas, resulte inconveniente agregar esta carga, dejando en manos de la autoridad local (provincial) definir a quienes se exime de la obligación. Nuevamente, la legislación es acertada, ya que no es razonable pedir que micros y pequeños emprendimientos, o personas que desarrollan oficios, lleven una estructura administrativa que sea capaz de soportar la teneduría de libros.

Consideramos adecuada a la nueva normativa, que –por otro lado- es coherente con la legislación en materia tributaria a nivel nacional, y que es correcto que se coloque en cabeza de toda persona que desarrolle una actividad económica organizada, la obligación de llevar registros contables, con las excepciones citadas.

3.2. Regímenes contables especiales.

Régimen contable especial para las simples asociaciones y las asociaciones civiles: aunque pasa inadvertido para la mayoría, la gran novedad contable del CCCN, es que establece la obligatoriedad de las auditorías contables para estos dos entes. El art. 173 CCCN, establece que "los integrantes del órgano de fiscalización no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación", lo cual claramente implica que los estados contables deben ser "certificados", y los únicos con competencia para ello son los contadores públicos, a través del denominado "informe de auditoría". Por su parte, el art. 190 CCCN, establece para las simples asociaciones, que -aún cuando prescindan de órgano de fiscalización, por no estar comprendidos en la obligatoriedad- "subsiste la obligación de certificación de sus estados contables". Dado que para estas entidades se aplica supletoriamente el régimen de las asociaciones civiles, la palabra "subsiste", referida a la obligatoriedad de certificación contable, denota que lo que sostuvimos más arriba es correcto. Para las fundaciones, no existe obligación similar.

Régimen contable de las S.A.S. y el de la Ley General de Sociedades, modificado por Ley 27.444. La ley 27.349, al introducir a la Sociedad por Acciones Simplificada, también innovó en materia contable, ya que el art. 58 prevé que la SAS deberá llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables que comprenderán su estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deberán asentarse en el libro de inventario y balances. Hasta aquí, nada nuevo.

Pero luego, establece que podrán presentarse estados contables a través de aplicativos o sistemas informáticos o electrónicos de información abreviada, delegando en la AFIP, su contenido y forma de presentación. Los registros no son esencialmente diferentes al de cualquier sociedad regular de la LGS, pero todos pueden ser llevados en forma digital (novedad que supera la vieja disposición que no lo preveía para el Libro Inventario y Balances, y nada decía sobre los registros de acciones o los libros de actas). Todos los registros que obligatoriamente deba llevar la SAS, se individualizarán por medios electrónicos ante el registro público. A su vez, se prevé que los registros públicos podrán reglamentar e implementar mecanismos a los efectos de permitir a la SAS suplir la utilización de los registros citados precedentemente mediante medios digitales y/o mediante la creación de una página web en donde se encuentren volcados la totalidad de los datos de dichos registros (art. 58 ley 27.349).

Por su parte, la ley 27.444 (llamada "de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación", ratificatoria del DNU Nº 27/2018) sustituyó por uno nuevo, al art. 61 LGS, estableciendo que podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por los arts. 73, 162, 213, 238 y 290 de la presente ley, como así también de las impuestas por los arts. 320 y subsiguientes del CCCN para llevar los libros societarios y contables por Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de las Sociedades por Acciones Simplificadas instituidos por la ley 27.349. Además de otras consideraciones, se establece que para el caso que se disponga la individualización, a través de medios digitales, de la contabilidad y de los actos societarios correspondientes, los registros públicos deberán implementar un sistema al sólo efecto de comprobar el cumplimiento del tracto registral, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Tenemos así, un sistema un poco más moderno, y que introduce el elemento de la digitalización de la información contable y la posibilidad de alojar la contabilidad en una "página web", de modo que ni siquiera esté almacenada físicamente en el domicilio del ente en cuestión.

Creemos así, que hoy, conforme a la nueva normativa vigente, es insoslayable la adopción y mantenimiento en condiciones de operatividad de un sistema de información contable veraz, oportuno, transparente y confiable. Y, creemos que esta es una herramienta

fundamental para evitar o mitigar los efectos no deseados de la asimetría de información[2] que se produce cuando una de las partes cuenta con información y la otra no.

3.3. La información contable como requisito de presentación en concurso preventivo desde la jurisprudencia y parte de la doctrina. Desde nuestra perspectiva, y conforme a lo dicho, consideramos que las obligaciones formales impuestas por los incs. 3 a 6 del art. 11 LCQ, no pueden, a la luz de estas nuevas disposiciones, soslayarse o minimizarse al momento de la presentación en concurso preventivo.

La jurisprudencia, hasta tiempos recientes, exhibía vacilaciones en los casos reales, al poner en tensión el valor del derecho al concurso de la empresa, con la necesidad de contar con suficiente información contable para conocer la situación económica y financiera real de la empresa. Así, mientras algunos tribunales con criterio rígido sostenían que: "*la omisión de cumplimiento de cualquiera de los recaudos establecidos en el art. 11 ley 24522 para la apertura del concurso preventivo determina el rechazo de la petición*[3]", y, más específicamente[4]: "*En torno de la exigencia concerniente al detalle del activo del art. 11 inc. 3° LCQ, establece la norma referida: … Acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y los demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio. Este estado de situación patrimonial debe ser acompañado de dictamen por contador público nacional… , esta exigencia legal se encuentra orientada a facilitar la tarea de la sindicatura y la compulsa por parte de los acreedores de los rubros que conforman el activo y el pasivo, bajo la premisa de que, quien requiere del amparo excepcional del proceso universal debe en principio exhibir una situación patrimonial clara, condición que, además, impone la legislación mercantil (arts. 33 , 43 , y ss. CCom y LCQ art. 11). Las falencias en el cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 11 inc.* 5º de la ley 24522

[2] Al respecto, por exceder los objetivos de este trabajo, nos remitimos a nuestro trabajo: FUSHIMI, Jorge Fernando: "Asimetría de la información. El rol de la información contable en las empresas in bonis y en procesos concursales", en RDCO 281, 623. Cita Online: AP/DOC/1186/2016.

[3] C. Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, "Meneghello, Gustavo A. s/conc. preventivo", LL Litoral 1997-216.

[4] CNCom., Sala F, 12/07/2018: "Timuka SACI s/ concurso preventivo": MJ-JU-M-74727-AR | MJJ74727 | MJJ74727

no pueden ser analizadas separadamente de las restantes que son objeto de tratamiento en esta instancia, por lo *que aunada a esas otras, todas ellas de especial trascendencia y gravitación para el trámite, imponen que no pueda ignorarse su incumplimiento. Ello responde a la necesidad de reafirmar la realidad de las deudas denunciadas y de ese modo evitar la presencia de acreedores ficticios que pudieran eventualmente conformar mayorías inexistentes"*. Mientras, en otros tribunales (aún en fallo minoritario) se expresaba que "*el art. 13 de la ley falencial no prevé que pueda rechazarse la petición de concurso preventivo por las carencias contables, siendo la concursalidad la norma, sin agravar las exigencias legales para facilitar la conservación de la empresa*[5]". En otro caso, se sostenía que "*la deficiencia en la contabilidad societaria no autoriza la denegación de la petición de apertura del concurso preventivo, en tanto dicha deficiencia será motivo de evaluación por el juez en la oportunidad conferida por el art. 52 LC. (Del voto en disidencia de la Dra. Álvarez de López)*[6]".

En relación a los comerciantes no matriculados, la regla general era la de extrema tolerancia a la falta de información contable. Rivera, Roitman y Vítolo [7], refiriéndose a los comerciantes no matriculados, sostienen que es intrascendente que los libros estén regularmente confeccionados o no cumplan con los requisitos extrínsecos y citan fallo [8] de la Cámara 2ª de la ciudad de Córdoba, según el cual el cumplimiento de requisitos formales no impide el acceso al concurso preventivo en tanto no exista imposibilidad de formar el cuadro de situación patrimonial de la concursada. No obstante, aun cuando el sistema no sea formalmente perfecto, el requisito de presentación sería insoslayable en la medida en que se brinde suficiente y oportuna información contable. Simultáneamente, también existía un criterio más rígido, al respecto: "*Así las cosas, la exigencia regulada en el art. 11, inc. 3, LCQ, implica para el peticionante la obligación*

---

[5] C. Civ. y Com. San Martín, sala 1ª, 13/3/97, "Gallo, Pablo G.", LL Bs. As. 1997-494.

[6] C. Civ. y Com. Rosario, sala 3ª, 29/3/96, "Travassi, Rubén y otro s/conc. preventivo", LL Litoral 1997-218.

[7] RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel Roque: "LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS", Tercera Edición actualizada, pág. 305. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2005.-

[8] Caso: "La Económica –Sociedad de Hecho- s/Concurso Preventivo", dictado por la Cámara en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba, de fecha 24-09-1996, en Semanario Jurídico de Comercio y Justicial de 16-1-97, Nº 1124, Pág. 70. Citado por Rivera, Roitman y Vítolo, Ob. Cit.

de brindar un informe fundado para identificar [9]las partidas que conforman su activo y pasivo y, así facilitar la futura labor del síndico y la negociación con los acreedores. La indicación de requisitos insoslayables como lo son: la debida composición del activo y pasivo, reposan en la necesidad de verificar el estado en que se encuentran los bienes del peticionante y la realidad de las deudas que se invocan a fin de evitar la existencia de acreedores ficticios que contribuyan a formar mayorías inexistentes (cfr. Quintana Ferreyra, "Concursos. Ley 19.551", T. 1, pág. 172). Por ende, ante las falencias incurridas en torno al estado actualizado de sus negocios, ya que no se ha realizado una indicación precisa del activo y, además, surgen insuficiencias en la denuncia del estado de su pasivo, deviene procedente el rechazo del recurso[10]".

Igual tolerancia se exhibía respecto de las sociedades no constituidas regularmente: "*las sociedades de hecho que peticionan su concurso preventivo no están obligadas a presentar libros de comercio (art. 11 ley 24522) en tanto -al igual que los comerciantes no matriculados-, no pueden llevarlos en debida forma, ya que la rubricación prevista en el art. 53 CCom. sólo podrá efectuarse previa inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio. Empero, nada impide que el beneficio establecido para la sociedad regularmente constituida y el comerciante matriculado se extienda a las sociedades de hecho[11]*" (del voto en disidencia de la Dra. Álvarez de López). Por esta posición de laxitud respecto de las sociedades no constituidas regularmente, también se inclinaba parte de la doctrina.

Sin embargo, otra línea jurisprudencial, optaba por el camino restrictivo.[12]: *"Con relación a la posibilidad de concursar, brindada en la actualidad a cualquier comerciante, matriculado o no, que ello no debe entenderse como alentador del incumplimiento que en materia de contabilidad exigen en la actividad una serie de*

---

[9] MOLINS, Haydée - CARRANZA, Jorge A.: "Los requisitos formales para la procedencia del concurso preventivo del comerciante irregular o de hecho", en RDCO 1989-481. Cita Online: 0021/000370.

[10] CNCom., Sala A, 20/09/2011: "Park Yeong Ho s/concurso preventivo". Cita Online Thomson Reuters:: AR/JUR/65333/2011

[11] C. Civ. y Com. Rosario, sala 3ª, 29/3/96, "Travassi, Rubén y otro s/conc. preventivo", LL Litoral 1997-218.

[12] *"De Luca, Eduardo s/ Concurso Preventivo", Cámara en lo Civil y Comercial de San Martín –Sala I- del 01/06/2006, inédito a la fecha del presente, brindado por Actualidad Jurídica de Córdoba.*

pautas, que valorará el juez, dirigidas a evidenciar la verdadera situación económica. Por ello, todo comerciante, incluida la empresa o explotación unipersonal, aún el no matriculado, debe llevar una registración adecuada a su gestión comercial, acorde con su explotación, posibilitando una información mínima y razonable de aquella, es decir, su situación patrimonial y la marcha de sus negocios".

Desde la doctrina, Heredia[13] observa que *"la exigencia legal tiene, en el caso de quienes no lleven libros rubricados, un amplio y flexible margen probatorio. Y ello tiene razón de ser en el hecho de que, en definitiva, el examinado es un recaudo que tiende a satisfacer, antes que exigencia meramente formales, otras francamente objetivas y sustanciales, en cuanto con su cumplimiento, lejos de pretender obstaculizarse el ingreso al remedio preventivo, lo que se busca es proporcionar los datos necesarios para que los acreedores puedan contar con mayores elementos de juicio acerca de la verdadera situación patrimonial del deudor"*. Rivera[14] reporta similar criterio. Gebhardt[15], por su parte, también adhiere a un criterio más bien amplio en cuanto a la recepción favorable de la petición, aún cuando se adviertan carencias contables.

13.4. Con las reformas vigentes, la falta de información contable impide el acceso al concurso preventivo.

Recordando que este trabajo tiene limitaciones en cuanto a su alcance, cabe expresar que no existiendo la obligación, ni la carga legal de obtener matrícula de comerciante, todas las personas humanas y jurídicas contempladas en la obligatoriedad de llevar contabi-

[13] HEREDIA, Pablo D. "TRATADO EXEGÉTICO DE DERECHO CONCURSAL", Tº I, pág. 384. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000.

[14] RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal 2ª Edición Actualizada. Tº I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003. Pág. 307: "*Por ello, se ha resuelto que la determinación rigurosa del estado de activo y pasivo a los fines de otras etapas estará a cargo del órgano específico, sin que corresponda la juez adelantar opinión sobre la definitiva validez del cuadro económico descripto; lo que ha llevado a sostener que la jurisprudencia ha morigerado el cumplimiento de este recaudo referido al estado de activo y pasivo (Heredia)".*

[15] GEBHARDT, Marcelo: LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – LEY 24.522 Y MODIFICATORIAS. Tº 1, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, pág. 72: *"Este temperamento deviene, actualmente, correspondido con el ostensible auspicio de la ley a solicitud preventiva, en cuyo marco se autoriza la apertura, aun frente a carencias contables".*

lidad, deben hacerlo de manera insoslayable. Otro tanto ocurre con las sociedades hoy denominadas simples, o de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades, que no están exceptuadas de llevar un sistema contable, y la única opción para rendir cuentas, conforme a la nueva legislación vigente, es mediante la presentación de los estados contables confeccionados y presentados conforme a la ley[16] [17] [18].

La cuestión, creemos, es simple. La solución concursal es un negocio jurídico colectivo, reglado, normalizado y supervisado, entre deudor concursado y sus acreedores. Y, todos aceptamos que entre los acreedores quirografarios rige el principio de "*pars conditio creditorum*". Sin embargo, no existe una "*pars conditio*" entre el concursado y los acreedores, toda vez que el primero se encuentra en una mejor posición en cuanto al dominio de la información, mientras los acreedores se hallan en un contexto de absoluta incertidumbre. Se rompe así, el equilibrio entre ambas partes, y se produce lo que más arriba denunciamos como "asimetría de información". Y, esta asimetría genera dos resultados no deseados: se consagran así los dos efectos indeseados de tal asimetría: el riesgo moral y la selección adversa[19]. No debería el juez, permitir que los acreedores deban

[16] En tal sentido: FUSHIMI, Jorge Fernando: REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO ARGENTINO, Ed. Asoc. Coop. Facultad de Ciencias Económicas UNC. Córdoba, 2017. Pág. 99. También: "La rendición de cuentas en las sociedades no constituidas regularmente a la luz del nuevo Código Civil y Comercial", Ponencia en la en la VIII Jornada Nacional de Derecho Contable, Buenos Aires 18 de junio de 2015, en el Libro de ponencias de la Jornada, pág. 141, Bs. As. 2015.

[17] Nuestro art.: FUSHIMI, Jorge Fernando: "Sociedades no constituidas regularmente según el régimen introducido por el Código Civil y Comercial. Ley 26.994 DSCE, Tº XXVII, pág. 817, Agosto de 2015: *"...consideramos que, a partir de la vigencia del CCyCo, sus normas no permiten soslayar la obligación de llevar contabilidad, ya que la misma alcanza (conforme lo dispone el art. 320 CCyCo.)"a todas las personas jurídicas y privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios*".

[18] Cfr. también MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Las sociedades simples y los concursos y quiebras", DSCE Tº XXVII, pág. 813.
Agosto de 2015

[19] GÓMEZ JACINTO, Luis Gerardo: "Información Asimétrica: Selección Adversa y Riesgo Moral", en Actualidad Empresarial, N° 170 –Primera Quincena de Noviembre 2008, pág. IX-1: "*así como la selección adversa en general se relaciona con asimetrías de información ex-ante, una vez iniciada la relación entre las partes la asimetría de información ex-post, es decir, sobre las actuaciones futuras de una de las partes, provoca el problema conocido como de "riesgo moral", relacionado con los comportamientos oportunistas que am-*

adoptar decisiones en tan desfavorables condiciones, ya que la presentación de un adecuado cuadro a través de los estados contables requeridos por el inc. 4 del art. 11 de la ley de Concursos y Quiebras (3 estados contables, que -si se cumplen con las exigencias profesionales- en realidad exhiben 4 ejercicios contables), y la información de los incs. 3 y 5 de dicho art. que fijan la situación al momento de corte, son, entre otros, elementos de juicio esenciales para la toma de decisiones por parte de los acreedores frente a la propuesta de acuerdo preventivo; a esto debe adicionarse la falta de regulación sobre una justificación de la propuesta concordataria con un plan de negocios que la respalde, el cual consideramos también esencial para la toma de decisiones de los acreedores.

En definitiva, quien estando obligado a llevar contabilidad y a presentarla ante quien corresponda -en nuestro caso, el juez concursal, el síndico y los acreedores, no cumple con el estándar jurídico de ser un buen hombre de negocios, ya que no actúa ni con lealtad, ni con diligencia. Así, Richard [20] ha sostenido que "*El propietario o administrador que opera sin los medios financieros suficientes no lo hace sólo corriendo los riegos de empresa, propios del comercio, sino a sabiendas –desde su generación- de la imposibilidad de cumplir las obligaciones normalmente asumidas",* dejando claro que si bien es un bien valioso la empresa, la solución concordataria involucra mucho más conceptos y bienes jurídicos y que también son merecedores de tutela jurídica.

4. Conclusión

A modo de conclusión, diremos:

a) Las reformas y las novedades legales que se introdujeron a partir de la sanción del nuevo CCCN, han implicado un cambio notable en la obligación de llevar registraciones contables y de presentar estados contables, permitiendo un sistema de habilitación del sistema de información contable más ágil y sencillo, a la vez que más

para la asimetría de la información. Se considera que existe un problema de riesgo moral (o acción oculta) cuando una parte de la transacción puede adoptar determinadas acciones que afectan a la valoración que la otra parte ha hecho de la transacción, pero que esta no puede controlar perfectamente

[20] RICHARD, Efraín Hugo: *"La ineficacia de la ley concursal", en la página web de la Academia Nacional de Derecho, http://www.acader.unc.edu.ar/artinefi-cacialeiconcursa.pdf*

accesible y transparente.
b) Las personas jurídicas privadas (todas) y quienes realizan una actividad económica organizada, cualquiera sea la forma jurídica adoptada, están obligados a llevar contabilidad en legal forma y a presentar estados contables. Esta obligación, incluye a las sociedades no regulares de la Sección IV del Capítulo I de la LGS.
c) Las personas humanas titulares de empresas con actividad (empresarios), también están obligados a llevar contabilidad en legal forma y a presentar estados contables.
d) Los requisitos exigidos por el art. 11 LCQ para la presentación en concurso preventivo, son insoslayables para los sujetos alcanzados por este trabajo.
e) Los requisitos contables de los incs. 3, 4 y 5 y también el inc. 6 (poner a disposición los libros contables) del art. 11 LCQ, para los peticionantes enunciados precedentemente, no pueden ser soslayados sin una interpretación "contra legem".
f) Desde un sentido práctico, el magistrado debe considerar que la información contable requerida por la ley (y ahora obligatoria para los mencionados más arriba), es un requisito esencial para que los acreedores puedan tomar decisiones válidas en relación a la propuesta concordataria, y evitar que éstos puedan verse afectados negativamente por la denominada "asimetría de información", en la que -por regla- están sumidos desde el momento en que no se presenta una propuesta con un plan de negocios que la sustente.
g) La información contable no es un requisito formal de acceso cuyo contenido carece de relevancia y se convierte sólo en un conjunto de papelería que engrosa el expediente, sino que es la fuente base de la tarea de la sindicatura, de la indagación del juez para conocer las causas reales que derivaron en la cesación de pagos o en la insolvencia, y las señales que lanza el deudor para hacer saber a los acreedores que la propuesta es seria, viable y digna de su apoyo.
h) De lege ferenda, se propone que toda reforma futura incluya la auditoría obligatoria de la información contable y la obligatoria publicación de los estados contables con todos sus componentes y la memoria.

Armonización de normas: art. 20 LCQ y art. 1011 CCyC. Una nueva alternativa en el régimen de opciones

Silvana Mabel García

Ponencia

El artículo 20 de la LCQ y el 1011 del CCyC son ambas normas imperativas.

En el orden contractual, para el supuesto de concurrencia en un caso de normas imperativas de la ley especial y normas imperativas del código, el art. 963 CCyC inc.a) no impone la prevalencia de la ley especial por sobre la general, en tanto resulte viable la armonización de ambas en base a un correcto diálogo de fuentes.

En función de principios, valores y finalidades involucradas, que exceden el mero interés de las partes, es factible la armonización y por tanto, aplicación concurrente de ambos regímenes, el especial y el general. La vigencia en concreto de los principios debe ser cotejada por el juzgador.

Por lo dicho, con carácter previo al ejercicio, dentro del sistema del art. 20 LCQ, de la opción resolutoria de un contrato de larga duración, habrá supuestos en que deberá conferirse a la contraparte la oportunidad de renegociarlo, por aplicación del art. 1011 CCyC, emergiendo así una nueva alternativa dentro del régimen especial, sustentada en la imperatividad de la norma general involucrada.

Fundamentación

El art.1011 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), en su tercer párrafo, establece que en los contratos de larga duración, la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe.

Nos preguntamos: ¿es esta disposición aplicable en situación concursal (concurso preventivo)?, ¿confiere una alternativa adicional dentro del régimen de opciones previsto en el art.20 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ)?

El art. 20 LCQ y su régimen

1- El principio de conservación de la empresa es el fundamento de incorporación del art. 20 de la LCQ y el criterio rector para interpretar todo lo atinente a los contratos con prestaciones recíprocas en curso de ejecución. De esta regla deriva asimismo otra: que en caso de duda sobre la vigencia o no de una relación contractual corresponderá adoptar la solución favorable al mantenimiento de la misma.[1]

2- Todo es problemático en torno al art.20: determinar qué tipo o clase de contratos abarca, cuáles son las opciones que otorga a los contratantes, qué consecuencias derivan en cada caso.
Los autores discrepan en la interpretación que debe darse a estas cuestiones, y la jurisprudencia es también vacilante.
Adherimos a la opinión de quienes sostienen que lo están tanto los de ejecución diferida como los de ejecución continuada[2] (o fluyente, o de duración, o de tracto sucesivo, según la terminología que se adopte), pues el art. 20 no diferencia al respecto[3].

De la ley emerge que el concursado puede optar por la continuación del contrato y el tercero por la resolución. Pero se ha admitido asimismo, la facultad del concursado de optar por no continuar el

1 ROITMAN Horacio; *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes,* Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pág.68 y 62, quien cita opinión en el mismo sentido de BARBIERI, Pablo "Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada y concordada" Universidad, Bs.As, 1995, pág.89

2 Hasta ahora, se ha descripto a los *contratos de ejecución diferida*, como aquellos en los que la ejecución de las prestaciones, al menos de una de las partes, se difieren en el tiempo bajo la modalidad de plazo o condición; y los de *ejecución continuada,* o tracto sucesivo, cuando las prestaciones se van cumpliendo en forma periódica o fluyente de una manera individual y distinta a través de diferentes momentos temporales (MARZORATI, Osvaldo; "Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes", en *Derecho Concursal,* Gomez leo, Osvaldo director, Santa Fe, Rubinzal Culzoni,2002, pág.349 y sgtes.)

3 JUNYENT BAS, Francisco; "La prestación de servicios públicos ante el concurso del deudor" en *Derecho Concursal*, op.cit, pág. 307 y sgtes; ROITMAN, Horacio; op.cit. pág.70.

contrato y resolverlo[4], y del tercero de instar la continuación.[5]
La terminología de la LCQ no es del todo precisa, y en rigor, se trata de una causal legal de *rescisión.*[6]
También se sostiene que pasado el lapso temporal de treinta días desde la apertura, si el tercero no comunicó su voluntad rescisoria, debe permitirse aún al concursado optar por la continuación del contrato.[7]

A los fines de esta ponencia, las alternativas que interesan son las que se vinculan con una opción "rescisoria" (no continuativa) por alguna de las partes contratantes.

El art. 1011 CCyC

1- Se señala que la norma constituye una novedad tanto en el derecho nacional como en el comparado, al imponer, como alternativa previa a la rescisión, la obligación de renegociar sus términos de buena fe.[8]

La renegociación se exige como consecuencia del deber de colaboración que también se consagra en este artículo, y apunta a superar la ruptura de la ecuación económica de lo pactado causada por la modificación de las circunstancias económicas o financieras de las partes. La obligación de renegociar se corresponde pues, con una

[4] CHIAVASSA, Eduardo N; "Los contratos en curso de ejecución en el concurso preventivo: alternativa resolutoria", ubicable al 20-7-18 en www.saij.jus.gov.ar , Id SAIJ: DACF110056. Cita opiniones concordantes de CAMARA, QUINTANA FERREYRA, ZAVALA RODRIGUEZ, ROITMAN, RUBIN. En contra BARBIERI

[5] ROITMAN, op.cit, pág.81. Parece ser también la opinión de ROUILLON, Adolfo en *Régimen de concursos y quiebras,* Ley 24.522, edición 17ma. Bs.As, Astrea, 2016, pág.67

[6] CAMARA, Héctor; *El concurso preventivo y la quiebra,* 2da edición actualizada por Martorell E, director, Lexis Nexis, 2004, T.1, pág, 583; GHERSI "Reflexiones sobre la Ley de Quiebras y sus efectos sobre los contratos; coordinación con la ley 24.441 de Financiamiento en materia de leasing" J.A, 1996-II-765, citados por GRAZIABILE, Darío; *Instituciones de Derecho Concursal*, Bs.As, LL, 2018, Tomo II, pág. 418, quien se manifiesta de acuerdo con esta posición, y agrega, que en los términos del nuevo CCyC es un supuesto de extinción del contrato por declaración de una de las partes (art.1077 y 1078 CCyC) más específicamente una rescisión unilateral. HEREDIA, Pablo, sostiene que es una causal legal de rescisión: *Tratado exegético de Derecho Concursal,* Bs.As, Editorial Abaco, 2000, tomo 1, pág.515

[7] C1raCC de la Plata, Sala II, 14-7-98, "La Portada S.A s/concurso preventivo s/ incidente de continuación de contrato" citado por ROITMAN, op.cit, pág.78 nota 23. Este autor entiende que en tal supuesto el contrato sólo podría continuar si el tercero está de acuerdo en ello, ya que pasados los 30 días la opción permanece en cabeza del cocontratante in bonis.

[8] ARIZA, Ariel; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* Lorenzetti, Ricardo, director; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, tomo V, pág 746.

situación afectante del vínculo, procurando la máxima reciprocidad de intereses entre los contratantes.[9]

No hay certeza aún respecto del ámbito de aplicación del art. 1011 CCyC, sobre si la norma estaría enfocando los contratos de larga duración cuando no tienen plazo (o el mismo es indeterminado, o se vuelven de plazo indeterminado) o también cuando existe plazo pactado[10]. Se duda si cobra aplicación aún mediando preaviso de la terminación del contrato.[11] Una tesis sostiene que únicamente se aplica a la rescisión con causa (o protectoria).[12]

Los contratos abarcados, como regla, son los innominados de larga duración y aquellos nominados que pueden calificarse como de larga duración: agencia, concesión, franquicia, suministro y contratos asociativos.[13]

Se afirma que el deber de renegociar no existe si una de las partes incurrió en incumplimiento y la contraria ejerce su derecho de extinguir el contrato por tal razón, aunque se aclara que si el incumplimiento tiene su causa en una modificación relevante de las circunstancias económicas del acuerdo, debe priorizarse la obligación de renegociar por sobre la voluntad rescisoria.[14]

2- Nos preguntamos entonces, si en virtud del art. 1011 CCyC, antes de comunicar la opción por la terminación de un contrato en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes, los contratantes (concursado y/o tercero) deberán otorgarse, recíprocamente, la posibilidad de renegociar el contrato.

---

[9] Idem, pág. 750. CARAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado",* Herrera-Caramelo-Picasso, directores, Bs.As, Infojus, 2015, Tomo 3, pág.414

[10] LEIVA FERNANDEZ, Luis; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* Lorenzetti, Ricardo director; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, tomo III, pág. 640. CARAMELO, Gustavo, op.cit pág.413

[11] DI CHIAZZA, Iván G; "Contrato de suministro en el nuevo Código. Análisis crítico-comparativo con la doctrina y jurisprudencia previas", RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 96. La oportunidad de renegociación se suma al preaviso: CARAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Herrera-Caramelo-Picasso, directores, Bs.As, Infojus, 2015, pág.413

[12] SANCHEZ HERRERO, Andrés; "La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar" LL 19/03/2018, AR/DOC/461/2018. Desde esta perspectiva, la del art. 20 de la LCQ sería rescisión causada.

[13] ARIZA, Ariel, op.cit, pág 752

[14] ARIZA, Ariel; op.cit. pág 751

Responder afirmativamente, significa sin duda, agregar una nueva alternativa (la de "renegociación") a las ya existentes ("continuación" y/o "resolución" –*rescisión*-)

La prelación normativa en el orden contractual. ¿Prelación o armonización?

1- Nos hallamos frente a normas pertenecientes a dos regímenes diferentes, uno general (el CCyC) y otro especial (la LCQ). La cuestión a dilucidar es si una de ellas desplaza en su aplicación a la otra, o si corresponde –en tanto resulte posible- una solución armonizadora que torne operativas ambas.

El CCyC ha establecido, en materia contractual, una prelación normativa para el caso de *concurrencia* de sus disposiciones con un ordenamiento especial.

Así, el art. 963 del CCyC establece que las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de la ley especial ***Y*** del código; b) las normas particulares del contrato; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias del código

Cabe aquí reflexionar acerca del carácter dispositivo y/o imperativo de las normas en cuestión[15].

Más allá que el orden público tiñe toda la normativa concursal, el carácter indisponible del régimen emergente del art. 20 LCQ surge expreso del art.22 LCQ, al sancionar con nulidad una estipulación contraria a lo dispuesto por el primero de los nombrados. Ello abarca a los actos, trámites, resoluciones y afines que resulten contrarios a tal normativa.[16]

En cuanto a la norma del art.1011 del CCyC, se la describe como imponiendo un deber u obligación legal de renegociar, lo cual surge claro de su propia redacción.[17]

[15] La imperatividad de la norma puede ser un efecto atribuido por la ley misma. También puede resultar de una interpretación del texto, que contiene un elemento gramatical de donde se deduce inequívocamente su aplicación aún cuando las partes hayan pactado lo contrario. Asimismo, cuando su contenido predica las consecuencias que aparejarían su inobservancia, tales como el quedar "sin efecto", la nulidad, la invalidez, la ineficacia o la prohibición de pactar en contrario. (STIGLITZ, Rubén; en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* Lorenzetti, Ricardo, director; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, tomo V pág 553)

[16] Conf: ROITMAN, Horacio; op.cit., pág.133; ROUILLON, Adolfo; op.cit, pág.81

[17] ARIZA, Ariel; op.cit. pág. 750. MARZORATI, Osvaldo, op.cit. afirma en cambio, que el tercer párrafo del 1011 es de carácter dispositivo, aunque más bien parece

Debe hacerse notar que a diferencia de otros artículos con similares consecuencias[18], el 963 del CCyC ubica ambas fuentes indisponibles (ley especial y código) *en un mismo inciso*[19]. ¿Significa ello que la norma imperativa de la ley especial prevalece siempre sobre la imperativa del código (ley especial por encima de la ley general)? ¿o que las normas imperativas de la ley especial deben armonizarse con las normas imperativas del código en tanto ello sea posible (en vez de dar prevalencia a una por encima de otra)?.

Porque puede suceder que concurran normas imperativas de fuentes diversas (como es el caso del art. 20 LCQ y el 1011 del CCyC) pero no exista necesariamente colisión entre ellas, de modo que resulte viable aplicar (armonizándolas) ambas, sin excluir ninguna. La solución para este supuesto sería: ley especial *más* ley general (el código utiliza la conjunción "y")

La aplicación de normas del derecho de fondo en situaciones de índole contractual-concursal, ha sido cuestión admitida desde antes de la vigencia del CCyC.[20] Sin dejar de resaltar que el propio art. 20 LCQ remite a normas del derecho común.[21]

2- Nuestro régimen jurídico a partir de la vigencia del CCyC consagra un sistema de fuentes complejo, que insta a recurrir a un diálogo de fuentes, el cual exige utilizar no sólo reglas sino también principios y valores. El gran cambio está allí, y radica en que se admite una pluralidad de fuentes y que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes (art.1 y 3 CCyC).
Si bien las leyes especiales son respetadas, se declara que la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. La interpretación debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, cuidando de no alterar el equilibrio del conjunto.[22] Se propugna una interpretación "dialógica", que supere los criterios

una consideración de "lege ferenda", pues sostiene que "debería comenzar así: "Salvo pacto en contrario". Claro está que no es la redacción actual.

[18] Existen otras disposiciones que refieren a la prelación normativa en caso de concurrencia de fuentes (arts.150, 1709, 1094 del CCyC). El codificador no ha utilizado en todos los casos la misma redacción, ni el mismo orden.

[19] Adviértase que cuando el código refiere a las normas supletorias, no las ubica en el mismo inciso, sino en diferentes, marcando así un orden de prelación.

[20] Ej: autorizada la continuación del contrato, vigencia de las normas comunes sobre resolución del contrato por incumplimiento de las prestaciones por el concursado, (HEREDIA, Pablo; op.cit. pág.523 y sgtes), y aplicación de las normas sobre reparación de daños en razón del incumplimiento (ROITMAN, Horacio; op.cit, pág. 124);

[21] Aludimos a la mención del art. 753 del CC que hoy se postula reemplazado por el 353 CCC (ver sobre el tópico: ROUILLON, Adolfo, op.cit, pág. 67)

[22] Título preliminar, fundamentos de la comisión redactora.

de ley general o especial, anterior o posterior y atienda a todo el sistema de fuentes. Se trata no sólo de subsumir los hechos en las normas, hay que ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores que pueden entrar en conflicto.[23]

A la luz de estos postulados, pensamos que en aplicación del art. 963 inc.a) del CCyC, al concurrir, en la solución de un caso, normas imperativas del Código y de la ley especial, el intérprete no debe dar superioridad a una norma sobre otra (ley especial *sobre* ley general) sino que debe *armonizar ambas* en tanto ello resulte posible. Sólo cuando la norma imperativa de la ley especial colisiona con la del Código, en ese caso, prevalece la primera[24].

Aplicación armónica de ambas normas (art. 20 LCQ y art. 1011 CCyC)

Visto lo anterior, y pronunciándonos por la respuesta armonizadora como primera solución, intentamos analizar si ello es posible, para lo cual habremos de recurrir a los principios, valores y finalidades que dimanan de las normas involucradas.

Expusimos al inicio, que el principio de conservación de la empresa es el que sustenta el régimen del art.20 LCQ, y que como regla, debe estarse por la solución favorable al mantenimiento de las relaciones contractuales.

En cuanto al art. 1011 CCyC, consagra el principio-deber de colaboración entre contratantes, consecuencia del cual, en caso de ruptura de la ecuación económica del contrato por alteración de las circunstancias económico financieras de las partes, se impone la renegociación para respetar la reciprocidad de intereses entre los contratantes.

Se trata entonces de ponderar principios, medir la importancia que cada uno tiene, buscando una solución que respete la finalidad de las normas, la coherencia interna del ordenamiento jurídico, y tenga en cuenta las circunstancias del caso. Por esto último, la solución final podría variar, en función de cuál de los contratantes la ejercita (el concursado o el tercero in bonis).

a- Caso en que el tercero quiere resolver (*rectius* "rescindir") el contrato y el concursado pretende la renegociación.

En respeto del principio de conservación de la empresa y del contra-

[23] KEMELMAJER de Carlucci, Aída, "Pautas para interpretar el código", en *Código Civil y Comercial*, Bs.As, Astrea, 2015, pág. 8.

[24] Conf.LOPEZ HERRERA, Edgardo, en comentario al art.1709, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* Rivera, Julio-Medina Graciela, directores, Bs.As, La Ley, 2014, 1ra edicion, Tomo IV, pág.991

to, la alteración de las circunstancias económico financieras que de por sí implica la situación de insolvencia, reclaman el deber de colaboración entre las partes y justifica la exigencia de renegociación.

Pensamos que los principios involucrados se armonizan y se respeta la finalidad de ambas normas, si se confiere al deudor frente a la pretensión rescisoria del tercero, la posibilidad de instar la renegociación del contrato, aún cuando hubiera fenecido el plazo legal para optar por la continuación en función del art.20 LCQ. Con más razón si ninguna de las partes hubiera ejercitado a tiempo alguna de las opciones legales. En este sentido, no debe olvidarse que las alternativas de continuación o resolución se proporcionan a fin de favorecer la recomposición económica del concursado.[25]

El tercero in bonis pues, con carácter previo a extinguir el contrato, debe dar a la concursada la oportunidad de renegociarlo.[26]

b- Caso en que el concursado quiere resolver *(rectius:* rescindir) el contrato y el tercero pretende la renegociación.

No será la alternativa más frecuente. Sin embargo podría suceder que fuera el tercero quien tuviera interés en la conservación del contrato.

Si la opción por la resolución (*rescisión*) del contrato manifestada por el concursado, encuentra su causa en la necesidad de atender a la conservación de la empresa (porque el contrato es disvalioso a esos fines) pensamos que éste principio adquiere preponderancia por sobre el principio-deber de colaboración entre las partes, y la pretensión de resolución del concursado basada en la norma del art.20 LCQ adquiriría prevalencia por sobre el art. 1011 CCyC. No existirá en tal caso para el concursado, deber de conferir al tercero la oportunidad de renegociar.

Pero si pudiera comprobarse que la renegociación pretendida por el tercero colabora con el principio de conservación de la empresa y del contrato mismo, la conclusión podría ser inversa, adquiriendo prevalencia la solución del CCyC posponiendo la pretensión de resolución del concursado.

Concluimos entonces, que no existe necesariamente colisión entre la norma del art. 20 LCQ y la del art.1011 del CCyC que imponga siem-

[25] ROITMAN, Horacio; op.cit. pág.74. Es frecuente observar en la práctica, que los contratos continúan ejecutándose "de hecho", incluso vencidos los plazos legales para ejercer las opciones que el art. 20 LCQ prevé.

[26] Se ensayan diversas tesis en cuanto al auténtico alcance del deber. Una explicación muy amplia y clara realiza SANCHEZ HERRERO, Andrés, op.cit.

pre la prevalencia de la ley especial, y que contrariamente, en función de los principios involucrados, es posible la armonización y aplicación concurrente de ambas normas en determinados supuestos.

Nuevo Código Civil y Comercial. Marco legal para la constitución de los estudios integrantes de las listas clase "A" en concursos y quiebras

Mariano Hugo Izquierdo, Ramiro Izquierdo, Rodrigo Izquierdo y Mónica Guadalupe Marinaro

Sumario

En el presente trabajos analizamos cuales son las principales modificaciones del nuevo código civil y comercial en cuanto a la funciones y responsabilidades del síndico concursal y las nuevas formas jurídicas para la asociación de profesionales para la constitución de las listas A.

Introducción

El 23/2/2011, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 191/2011 por el cual creó una "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".
La Comisión se integró con dos ministros de la Corte Suprema, doctores Ricardo L. Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y con la profesora y ex jueza de la Corte de Mendoza, doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.
Estos juristas se dividieron el trabajo entre sí y contaron con la colaboración de un grupo de especialistas de distintas ramas jurídicas, y elaboraron un Anteproyecto.
El mismo fue presentado al Poder Ejecutivo el 27/3/2012, organismo que por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos practicó una revisión, realizó supresiones e introdujo algunas modificaciones dando lugar al texto de un Proyecto.

Dicho Proyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso para que fuera sancionado luego de su análisis por una Comisión Bicameral durante el plazo de 90 días.
Finalmente el 16 de Diciembre de 2014 con 130 votos positivos contra 93 negativos, se convierte en ley el Nuevo Código Civil y Comercial, con fecha de entrada en vigencia el 1 de Agosto de 2015, con lo cual queda derogado el Código de Velez Sarsfield con 145 años de vigencia.
Si bien en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios.[1]
Uno de esos cambios está relacionado con la Función de la Sindicatura, y es lo que analizaremos en el presente trabajo.

Status y funciones del síndico concursal

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1768 establece lo siguiente: "La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757."
La obligación "de hacer" tiene como efecto desvincular al síndico del resultado del proceso, debiendo solo acreditar que empleó la diligencia necesaria en su conducta, lo que reviste la mayor importancia en situaciones tales como la venta de inmuebles del fallido por no traba de la inhibición en extraña jurisdicción cuando no había ningún elemento que obligara al síndico a trabar la medida en aquella.

Contratos asociativos

El artículo 1442 del CCC establece que "Las disposiciones de

[1] Dubois, Eduardo M. Favier (Pater) y Dubois, Eduardo M. Favier (Hijo). "Cambios al sistema Concursal derivados del Proyecto de Código Civil y comercial". Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013, pág. 4.

este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituye, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho...."

Los contratos asociativos, podemos decir que son un acercamiento de colaboración entre distintas partes, interesadas en perseguir un fin común, que en principio, le permita obtener un rédito a cada partícipe. No se trata de una sociedad en sí misma y no constituye un patrimonio separado de sus socios o partícipes.

La actuación profesional organizada en forma societaria se ha visto modificada a partir de la unificación de los anteriores códigos civil y comercial, hoy derogados, en el Código Civil y Comercial de la Nación. Si bien, el nuevo Código, no tiene una regulación específica sobre ellas, en general, sí posee disposiciones que afectan su situación anterior a la vigencia.

Se destaca entonces, que a partir del nuevo Código, los profesionales pueden asumir algún tipo empresarial o bien alguna forma de contrato asociativo, sin personalidad jurídica, siempre que le esté permitido. En este sentido, será necesario tener en cuenta las disposiciones que en materia de incumbencias profesionales, emitan los Concejos y Colegios profesionales en el ejercicio del poder de policía que tienen delegado, como así tambien, el contenido de la normativa que dicten.

Características de los Contratos Asociativos

- Libertad en el contenido: es acorde teniendo en cuenta la dinámica, globalización y competitividad de los negocios actuales
- La asociación en participación no tiene razón social ni denominación
- El asociante actúa en nombre propio
- No existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.
- Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados, ni éstos ante aquéllos.
- No es necesario que existan aportes como lo exige el derecho argentino para la constitución de sociedades

Tipos de Contratos Asociativos

El CCC si bien establece una libertad de contenido, sin per-

juicio de ello, regula claramente cuatro tipos de contratos asociativos:

1- Los negocios en participación
2- Las Agrupaciones de colaboración
3- Las Uniones transitorias
4- Los consorcios de cooperación.

Consideramos que este artículo referido a los contratos asociativos es de importancia en la Sindicatura, ya que el art 253 inc 1 de la LEY 24522, prevé la inscripción de Estudios de Contadores para actuar en la función de sindicatura, e integrarán la Lista A.
Al igual de los Dres. Dubois, podemos decir que tales "estudios de síndicos Clase A", como regla, carecen de personalidad jurídica propia a menos que expresamente revistan forma societaria o actúen como sociedades de hecho, lo que debe ser apreciado en cada caso.[2]
En la práctica, en algunos tribunales se solicitaba que tales estudios se inscriban como sociedades, atribuyéndoles de esta forma, personalidad jurídica y fiscal, distinta de sus miembros.
Con la aparición de este artículo en el nuevo CCC, este tema quedaría solucionado, basado en un lineamiento legal.

Conclusión

Como reflexión podemos decir, que el nuevo código puso mayor claridad y precisión en el tipo jurídico que pueden adoptar las uniones de profesionales para llevar a cabo la labor de la sindicatura concursal, pudiendo optar por dos vías, la constitución de sociedades comerciales reguladas en la Ley de Sociedades Comerciales, u optar por la realización de un contrato fuera de dicho marco societario, el que puede tener libertad de contenido pero sobre las bases que determina el nuevo Código Civil y Comercial desde art. 1442 al 1478 y las disposiciones específicas que en el marco de su poder de policía ejercen los Concejos y Colegios Profesionales de cada Jurisdicción.

[2] Dubois, Eduardo M. Favier (Pater) y Dubois, Eduardo M. Favier (Hijo). Ob. Cit. Pág. 11

Caducidad de plazos en el concurso preventivo

Antonio L. García y Patricio M. Prono

Sumario

Las diferentes finalidades que inspiran el concurso preventivo y la quiebra liquidativa ameritan distintas soluciones respecto de la caducidad de los plazos de las obligaciones. Así, en el concurso preventivo se justifica la vigencia del plazo de las obligaciones previsto en el art. 353 del Código Civil y Comercial, mientras que en la quiebra necesariamente se impone la caducidad de los plazos pendientes (art. 128 LCQ).

El acreedor con plazo pendiente tiene la carga de verificar su crédito y se los debe verificar como eventual. El cumplimiento del plazo durante la tramitación del concurso quita el carácter de eventual, no obstante lo cual, rige la imposibilidad de pago.

El mantenimiento del plazo frente al concurso preventivo es una regla que se aplica a todos los acreedores, sin distinción de causa o privilegio. También se aplica a todos los tipos de plazos.

El art. 353 del Código Civil y Comercial se trata de norma concursal imperativa e indisponible para las partes.

El vencimiento del plazo en el concurso y en la quiebra. Diferentes fundamentos

Respecto de las normas que regulan los efectos de la apertura del proceso concursal no encontramos en la ley 24522 una norma similar a la prevista para la quiebra (art. 128 LCQ), que aplica el principio del vencimiento anticipado de los plazos pendientes. Esto ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la aplicabilidad del referido artículo a los concursos y a la

interpretación que debía darse al derogado artículo 572 del Código Civil velezano.

En efecto, la redacción original del Código Civil establecía, respecto de las obligaciones a plazo, que el acreedor se encontraba facultado para exigir el pago antes del vencimiento del plazo cuando la insolvencia del deudor fuera declarada judicialmente (art. 753). En concordancia con lo allí dispuesto, el viejo artículo 572 disponía que *"El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación"*; es decir que la insolvencia del deudor producía el decaimiento del término y la consiguiente pérdida del beneficio que tenía para postergar el cumplimiento.

La discusión fue solucionada con la sanción del Código Civil y Comercial, cuyo artículo 353 dispone: "La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal".

En definitiva, el nuevo esquema establece que la apertura del concurso del deudor no torna exigible el cumplimiento de las obligaciones de plazo no vencido; sin perjuicio de la imposición de la carga verificatoria en cabeza del acreedor a plazo (art. 32 LCQ).

La solución de acelerar los plazos en la quiebra se justifica por la necesidad de la fijación exacta del pasivo a una fecha determinada, de modo encauzar la liquidación y distribución de forma ordenada. Por otra parte, el régimen concursal liquidativo está referido principalmente a las obligaciones vencidas[1]. La situación de insolvencia patrimonial le hace perder este beneficio y torna exigibles las obligaciones, de modo que todos los acreedores puedan verificar sus

[1] Ernesto I. Granados, *La exigibilidad de los privilegios en el derecho concursal,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 71 y sgts. En igual sentido, Carlos Molina Sandoval, "Caducidad de plazos en el concurso preventivo", en *La Ley,* 2016-C, pp. 1228-1229. También puede verse Silvina Príncipe, "Efectos de la apertura del concurso preventivo sobre las obligaciones no vencidas", en *Derecho concursal*, Adolfo A. Rouillón (director), La Ley, Bs.As., 2004, p. 640: la autora justifica la solución en la aplicación del principio *favor debitoris*: favorece la recuperación del empresario en dificultades. Previo a la sanción del Código Civil y Comercial se podían encontrar algunos precedentes judiciales en los que se aplicaba la caducidad de los plazos prevista en el artículo 128 LCQ en caso de concurso preventivo; entre ellos, puede verse CNCom., sala C, 4/02/2004, "Max Dan SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Guilford Argentina SA", en *La Ley*, 2004-D, p. 354.

créditos y de esa manera se cumpla el objetivo de cristalizar el pasivo a la fecha de la quiebra. El plazo de la obligación en definitiva se concede para otorgar al deudor una oportunidad de cumplimiento de la prestación debida[2], y la quiebra se basa precisamente en la imposibilidad generalizada del deudor de cumplir con normalidad sus obligaciones. La espera se torna inútil ante la situación de impotencia patrimonial[3].

No obstante ello, como se verá a continuación, el ámbito de aplicación se verá reducido en la práctica a los créditos privilegiados, ya que respecto de los créditos quirografarios, con plazo pendiente o no, el acreedor debe estar a las resultas de la propuesta y su eventual homologación.

La solución es concordante con el principio establecido en el Código Civil y Comercial: "el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento" (art. 351). Dado que el plazo es un elemento de la obligación puesto en beneficio del deudor y ya que la finalidad del concurso preventivo es la de reestructurar el pasivo del deudor, sería incoherente que el concurso produjese su caducidad.

Régimen de las obligaciones sujetas a plazo en el concurso preventivo

Preliminarmente, corresponde aclarar que las únicas obligaciones a las que se refiere la norma son las que tiene el concursado como deudor; situación que se presenta cuando el cocontrante ha cumplido íntegramente con las obligaciones a su cargo con anterioridad a la pre-

[2] Marcelo López Mesa, *Derecho de Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial;* Bs.As., Euros Editores, 2015, Tomo I, p. 906.

[3] Pablo Heredia, "El vencimiento anticipado de las obligaciones por causa de quiebra", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* 2004, p. 1202. Manifiesta el autor que existen fundamentos tanto en el orden práctico-procesal como así también en el sustancial para la solución impuesta por la ley. El aspecto práctico está dado por la necesidad de organizar el proceso liquidatorio a través de la formación de una masa pasiva homogénea. El fundamento sustantivo, por su parte, está en la fijación del crédito sobre los bienes del deudor, despejando el obstáculo del plazo para que el acreedor pueda concurrir junto con el resto de los acreedores con la finalidad de satisfacer su acreencia. En definitiva, el fundamento último es la protección del crédito.

sentación. Distintos es el caso que se da en materia de contratos bilaterales con prestaciones pendientes de ambas partes, a los que se aplica el régimen establecido en el artículo 20 de la Ley N° 24.522.

La norma aclara que la no caducidad del plazo es sin perjuicio del derecho del acreedor de verificar su crédito en el pasivo del concurso y conlleva todas las consecuencias previstas en la legislación concursal. Estimamos que la norma debió referirse a la "carga" de verificar más que al "derecho" del acreedor.

La disposición deja una serie de dudas, sobre todo respecto de los acreedores quirografarios. A ellos irá dirigida naturalmente la propuesta de acuerdo: si el acreedor no puede invocar la caducidad del plazo y a su vez tiene la carga de verificar su crédito, la interpretación que se impone es que se tratará como un crédito eventual. De modo que, si se cumple la eventualidad (el no pago en los términos originarios al vencimiento del plazo), el acreedor quedará incluido en el acuerdo, con todos los efectos. Pareciera que la norma del Código Civil y Comercial permite al concursado pagar una deuda concursal sujeta a plazo, sea privilegiada o quirografaria, siempre y cuando el acreedor verifique su crédito. Sin perjuicio de ello, la norma debe ser interpretada armónicamente con los principios concursales, especialmente con el régimen de administración y la imposibilidad de pagar deudas anteriores al concurso (arts. 15, 16, 17 y 18 LCQ), por lo que resulta razonable la exigencia de autorización judicial para pagar estas deudas[4].
Pasando en limpio: tratándose de un crédito quirografario a plazo, el acreedor deberá someterse al proceso de verificación de créditos, a través del cual, para el caso de ser admitido en el pasivo concursal, lo será con el carácter de eventual. En consecuencia, quedaría ex-

[4] Carlos Molina Sandoval, "Caducidad de plazos en el concurso preventivo", cit., p. 1236. En contra, Darío J. Graziabile, "Brevísima crítica al proyecto de Código Civil y Comercial y la pretendida inexistencia de la caducidad de los plazos en el concurso preventivo", en *Doctrina Societaria y Concursal,* nro. 306., p. 469. Sostiene el autor que la norma es contradictoria, toda vez que al solicitar la verificación de créditos el acreedor queda sometido a los efectos del concurso y el deudor no puede pagar el crédito en virtud de lo establecido por el artículo 16 LCQ. El crédito quirografario al momento del vencimiento será sometido a los efectos del acuerdo, como si hubiera sido considera de plazo vencido al momento de la demanda, por lo que considera que la verificación produce *ipso facto* la caducidad del plazo. Por su parte, Osvaldo Maffía, "¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?", en *La Ley*, 1996-E, p. 897, advierte que la aplicación del concordato a todas las obligaciones anteriores, sin distinción de si estuvieran o no vencidas, podría acarrear una seria violación al principio de igualdad de acreedores.

cluido de la votación del acuerdo que el concursado proponga a sus acreedores. Distinta es la situación del acreedor privilegiado especial, respecto del cual si bien también rige la no caducidad de plazos, éste, previo trámite de verificación de su crédito, una vez vencido el plazo de la obligación, podrá obtener la subasta judicial del bien sobre el que recae la garantía de su crédito; lo cual, en la práctica, obligará al deudor a solicitar autorización judicial para pagarle al efecto de evitar la liquidación del bien que se trate.

En este sentido, destaca la doctrina que se trata de una solución "más aparente que real" ya que la carga de verificar los créditos impone necesariamente la suspensión de los plazos, y no solo de los intereses. Ello así, pues el acreedor concurrente al proceso concursal acepta la reorganización de la relación creditoria, cualquiera sea la propuesta del deudor, y la homologación del acuerdo implica la novación de la deuda anterior[5]. Es decir que, con plazo o sin plazo, el acreedor no puede cobrar y el deudor no puede pagar. A lo sumo, si se trata de un acreedor con privilegio especial, como hemos señalado ut supra, podrá recurrir a la autorización judicial para pagar el crédito y evitar la ejecución[6].

Esto queda claro en la última parte del artículo 353 CCCN cuando dice que el acreedor "queda sometido a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal", es decir que si se trata de un quirografario deberá cobrar en los términos de la propuesta y si se trata de un privilegiado y no hay propuesta para esta categoría, deberá aguardar la homologación del acuerdo para ejecutar su crédito.
Nada obsta que el concursado proponga una categoría especial para los quirografarios sujetos a plazo y a ellos les proponga una propuesta de pago diferente que al resto de los quirografarios.

La aplicación de todas las normas concursales implica, entre otras, la regla de la suspensión de los intereses en curso. Es decir que, tratándose de una deuda quirografaria a plazo, el acreedor no solo

[5] Francisco Junyent Bas y María Vicotia Peretti, "Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen concursal", en RCCyC 2018 (febrero), 02/02/2018, 22.

[6] Adolfo A. Rouillón, "Abierto el concurso preventivo: ¿puede el concursado pagar créditos hipotecarios o prendarios anteriores a la presentación concursal?", en *La Ley Litoral*, 1999, p. 1013. El autor comenta un precedente judicial que decidió en este sentido: CCiv. y Com. Rosario, Sala II, 12/8/1999, "Laromet S.A. s/ concurso preventivo", en *La Ley Litoral*, 1999, p. 1010. En igual sentido, Jorge D. Grispo, "El pago anticipado de deudas en la Ley de Concursos y Quiebras", en *El Derecho*, 201, p. 792.

no podrá invocar la caducidad del plazo, sino que además deberá soportar la suspensión de los intereses[7].

Aplicación a todos los acreedores y a todos los plazos

La regla de la no caducidad de los plazos no distingue entre las diferentes clases de acreedores, por lo que se aplica respecto de todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación, sin distinción de la naturaleza privilegiada o común de su crédito: acreedores quirografarios, con garantía prendaria, con garantía hipotecaria o cualquier otro privilegio.

La regla tampoco distingue entre los distintos tipos de plazos, y es aplicable cualquiera que sea su origen (contractual, legal, judicial) y naturaleza (determinado, cierto, incierto, tácito o indeterminado).

Imperatividad de la norma

Como se dijo, el efecto de preservar el plazo está previsto en una norma contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación, más precisamente en la Sección 2 ("Plazo"), del Capítulo 7 ("Modalidades de los actos jurídicos") del Título IV (Hechos y actos jurídicos") del Libro Primero ("Parte General"). Ello podría dar lugar a suponer que estamos en presencia de una norma supletoria.
Por nuestra parte, interpretamos que, a pesar de no estar contenida en la letra de la ley 24522, se trata de norma estrictamente concursal y como tal tiene el rasgo de imperativa. Por lo tanto, es indisponible por la autonomía de la voluntad de las partes y todo acuerdo que modifique o altere esta regla es nulo, sin perjuicio de la validez del resto del acuerdo, siempre y cuando se den los supuestos previstos para la nulidad parcial previstos en el artículo 389 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe señalar que, en la materia concursal, los intereses comprometidos trascienden la esfera del deudor (concursado) – acreedor, afectando a un sinnúmero de actores ajenos al negocio jurídico celebrado entre partes; de allí que los intereses comprometidos en la materia son considerados de carácter público. Sostenemos, por ello, que la situación planteada por la norma se encuentra sustraída del

[7] Carlos Molina Sandoval, "Caducidad de plazos en el concurso preventivo", cit., p. 1234.

ámbito de la autonomía de la voluntad, revistiendo el carácter de norma de orden público y por tanto indisponible para las partes.

Corolario

Entendemos que si bien la incorporación del artículo 353 del CCCN ha establecido una regla clara de tratamiento en cuanto a los efectos del concurso preventivo respecto de las obligaciones a plazo; por otro lado ha dejado un vacío importante en su camino; cual es que su aplicación lleva a imponer la eventualidad, calificación susceptible de generar situaciones de injusticia para aquéllos acreedores que no disponen de herramientas normativas efectivas para obtener la satisfacción de su créditos (en la proporción disponible, claro está), como lo son los quirografarios.

En efecto, basta pensar en un concurso cuyo pasivo esté compuesto en su mayoría por obligaciones a plazo. Amparándose en esta norma, el concursado podría relegar a la real mayoría de sus acreedores, imponiéndole un acuerdo estipulado con los acreedores de obligaciones vencidas.

En virtud de lo expuesto, consideramos necesario una reforma legislativa que atienda la situación que planteamos en este trabajo. A dicho efecto, proponemos orientar la reforma en el sentido de establecer que sin perjuicio de la no caducidad de plazos, dichos créditos serán considerados puros y simples a los efectos del cómputo de la mayorías del artículo 45 LCQ, otorgándoles, en consecuencia, la posibilidad de participar y votar en la propuesta preventiva que realice. De este modo, por un lado se estaría poniendo a resguardo el giro del concursado (principio de conservación de la empresa), y, por el otro, el legítimo derecho de sus acreedores.

La tutelas diferenciadas. Una necesaria reformulación de los principios concursales

María Indiana Micelli

Sumario

Las tutelas diferenciadas surgen en el proceso concursal como una respuesta excepcional ante casos extremos, donde estaban comprometidos derechos humanos esenciales, como el derecho a la vida, la salud, la integridad física. Derechos de rango constitucional que no cuentan con ningún tratamiento diferenciado en nuestra ley concursal, la que aún guarda silencio para estas situaciones. Ante ello, ha sido tarea de los jueces dar respuesta a estos casos, ponderando las circunstancias y jerarquizando los derechos involucrados. Y si bien el Código Civil y Comercial hoy nos brinda el marco normativo para tutelarlos, entendemos, que se torna necesaria la reformulación del régimen concursal para que frente a estos casos las reglas sean claras y justas para todos los involucrados, concursados, acreedores.

I. Las tutelas diferenciadas

A partir de la labor de los jueces, años atrás, irrumpieron en nuestro derecho concursal las "tutelas diferenciadas" o también llamados en doctrina como "acreedores involuntarios" dado que comprende a aquellos acreedores que quedaron vinculados con un deudor insolvente por razones ajenas a su voluntad. Los mismos han sido víctimas de un accionar antijurídico del deudor, como ser una mala praxis o un accidente de tránsito, que les ocasionara un daño grave en su salud, en su integridad física, en su vida misma.

Estas tutelas fueron otorgadas ante casos extremos que requerían soluciones excepcionales, siendo que lo que estaba en juego eran

derechos humanos esenciales que poseen rango constitucional y prioridad en su protección. Y surgen, cuando se advierte que a estos acreedores no se les podía dar el mismo tratamiento que aquellos cuyas acreencias eran de contenido netamente patrimonial, ya que de quedar comprendidos en los términos de un acuerdo preventivo homologado o de ser sometidos a las reglas del reparto en la quiebra, quedaban sin una justa reparación.

Así fue que, se dictaron los conocidos precedentes que marcaron el camino, el caso "González Feliciana"[1] dictado en el marco de un concurso preventivo y el caso "Fava"[2] dictado en una quiebra, que tuvieron el enorme mérito de proteger derechos que hacen a una vida digna recurriendo al amparo de normas constitucionales y supraconstitucionales, ante la falta de respuesta de la ley concursal.[3]

II. Sus circunstancias y sus fundamentos

Las tutelas fueron respuestas a casos límites, en donde los daños sufridos por los acreedores eran tan irreversibles como irreparables. Basta solo con leer las circunstancias fácticas de los precedentes dictados para comprender su magnitud.

Estamos frente a derechos fundamentales de toda persona, como la vida, la salud, la integridad física que no cuentan con ningún tratamiento diferenciado en nuestra ley concursal, la que aún guarda un inexplicable silencio para estas situaciones.

Recordemos que a partir de la reforma introducida por la Ley 26.684 del año 2011, se faculta al juez para que "excepcionalmente" autorice dentro del régimen de pronto pago el adelantamiento del pago para los acreedores laborales con derecho a dicho beneficio, que por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras, art.16 LCQ. Este tratamiento diferenciado

[1] SCJ, Buenos Aires, 15/07/2015 "González Feliciana c/ Micrómnibus General San Martin SAC, LLBA 2006,904.

[2] Juez.Nac.1ra.Inst en o Comercial, Nº20, 24/05/2007, "Institutos Médicos Antártida SA s/quiebra s/incidente de verificación", (Ricardo Abel Fava Liliana Rosa Harreguy de Fava), La Ley 2007-E-552.

[3] MICELLI, María Indiana, "Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios", La Ley Litoral, Sección Doctrina, febrero 2011, pag.30 y sigtes.

sólo es aplicable a los trabajadores, no avanzando la reforma sobre ninguna otra situación aunque estén comprometidos los mismos derechos. De sostenerse lo contrario, se forzaría, aunque con buen propósito, la interpretación de la norma

Una nota común en todos los casos es que el acreedor llega al concurso después de transitar un extenso proceso para lograr el reconocimiento de su crédito, que le insume una década o aún más, para quedar luego sometido a los tiempos del proceso concursal. Surge claro que estos tiempos no se compadecen con la urgencia de su reparación

Todas estas circunstancias son las que han llevado a los jueces a otorgarlas, ponderando la jerarquía de los derechos comprometidos y recurriendo para ello a normas de rango constitucional y supraconstitucional, que protegen especialmente los derechos del niño, de la ancianidad, de la persona con discapacidad. Fundado además, en el carácter operativo de los derechos humanos involucrados, conforme lo tiene consagrado la Corte Suprema.[4] Por ello, han expresado en sus sentencias que se basan en la aplicación del derecho vigente, integrando e interpretando el ordenamiento jurídico en su totalidad que prioriza el derecho a una vida digna.[5]

Debemos señalar, que la mayoría de los pronunciamientos son previos a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que en su art. 1 establece que los casos deben ser resueltos según las leyes, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. Así, al asistir a la llamada "penetración del derecho constitucional en el derecho privado" la operatividad de las normas que protegen estos derechos se encuentra fuera de todo debate.

Con lo cual, el problema radica en la prelación normativa, esto es, si es posible o si corresponde el desplazamiento de la normativa con-

[4] CSJN, "Ekmekjdjian c/Sofovich", Fallos 315:1492, LL,1992-C-543.

[5] En tal sentido, expresaba Alegría "Nuestro ordenamiento jurídico, que reposa en la supremacía constitucional, reconoce al humanismo como centro de su parte dogmática basada en la dignidad de la persona. El derecho de los negocios, como integrante del plexo normativo constitucional, está regido por aquellos mismos principios. Agrega, hay derechos humanos de primera generación, vinculados a la vida, a la libertad, la igualdad y los políticos....No puede haber en todo el ordenamiento jurídicos normas que sean repugnante a los principios del humanismo", argumentos que se plasman en los fallos dictados. ALEGRIA, Héctor, "Humanismo y derecho de los negocios, La ley 2004-E-1206.

cursal por normas constitucionales, como analizaremos.

III. La problemática que permanece planteada, ¿pueden las tutelas desplazar la aplicación de las normas concursales?

[6] Uno de los principales cuestionamientos formulados por la doctrina es que estos fallos eran *contra legem* al desplazar y dejar de lado la normativa concursal, la que por ser de "orden público" se tornaba imperativa en su aplicación. En este sentido, se argumentó que se desconocía la colectividad de los acreedores y el principio de igualdad de trato de los acreedores, siendo que los daños a la salud o la integridad física tienen rango quirografario en nuestra ley concursal y por ende se encuentran sometidos a las mismas reglas. Al otorgárseles un tratamiento diferenciado como ser un "pronto pago de salud" o crearles un "privilegio" se contrariaba el régimen vigente lo cual resultaba contraindicado y hasta peligroso.[7]

Ahora bien, el tema es que aquí nos enfrentamos a una "jerarquía de derechos a tutelar" siendo que no se encuentran en la misma situación los acreedores cuya acreencia es estrictamente patrimonial a la de aquellos que lo que tienen afectados son derechos humanos básicos y en donde toda demora en su reparación genera inevitablemente más daño.

Como bien lo expresará la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en estos casos las normas concursales no afectan equitativamente a sus destinatarios, ni a los acreedores, puesto que mientras a unos empobrece a otros les pone en riesgo la vida.[8]

La ponderación de estas circunstancias son las llevaron a los jueces a otorgarlas. En una reciente tutela dictada en Rosario en el concurso preventivo del "Hospital Italiano" el juez desplazó la aplicación

[6] Al conceptualizad el "orden público" Brebbia nos decía que, el orden público es un concepto jurídico que debe ser aprendido por el legislador o el juez a través de un examen de los principios que rigen el contenido de la materia regulada. La calificación del legislador de una ley como de orden público no es obligatoria para los jueces. (Brebbia, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Juris, T.I, pag.78). Esta evaluación es la que han hecho los jueces al dictar las tutelas.

[7] VITOLO, Daniel Roque, "Bajo el régimen actual de la ley 24.522 los jueces no pueden establecer preferencias en el tratamiento de los créditos de titularidad de los denominados "acreedores involuntarios", cualquier innovación debe ser incorporada por medio de una reforma legislativa". Ponencia presentada en el "VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Mendoza, año 2009.

[8] Cfr. SCJBA, "González Feliciana", fallo citado.

de la ley concursal y recurrió normas constitucionales y al "Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad" y la ley Nº 24.901 de "Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad", bajo ese plexo normativo declaró la inconstitucionalidad del acuerdo preventivo respecto del acreedor y resolvió un "pronto pago de salud"[9]. En este nuevo caso, el acreedor a raíz de una mala praxis quedó cuadripléjico, con una incapacidad absoluta, siendo un joven padre de familia. La justicia de la solución adoptada surge por sí sola.

Es que se trata ni más ni menos que de brindar justicia cuando lo que está en juego es el "derecho a la salud", que implica contar con los medios necesarios para su curación.[10]

En esta tarea el Código Civil y Comercial abrió el camino para el "dialogo entre fuentes" a fin de superar los ámbitos normativos cerrados, los denominados "microsistemas" (art.1), debiendo por ello integrarse e interpretarse nuestra ley concursal con el resto del ordenamiento, priorizando la protección de los derechos humanos y teniéndose en cuenta los principios o valores jurídicos comprometidos (art.2 CCyC).

En suma, el orden público concursal y el consecuente carácter imperativo de sus normas deben ceder en estos casos, porque hay derechos humanos a tutelar y principios que trascienden a las normas.

IV El rol del juez concursal, los "jueces activistas"

Frente a esta problemática ha sido fundamental la labor de los jueces quienes para poder otorgar estas tutelas han debido superar las vallas normativas impuestas por nuestra ley concursal, que no las contempla. Han ponderado los derechos en juego y priorizado su tratamiento.

Hoy calificada doctrina se refiere a los "jueces activistas" que ante la fácil alternativa de atarse a criterios ortodoxos para la solución del caso, optan por poner en juego todo su ingenio y capacidad argumentativa para resolver un caso que requiere suma atención para

[9] MICELLI, Maria Indiana, "Un nuevo precedente de tutela diferenciada", La Ley Litoral online, Diciembre 2017.

[10] MORELLO,A. M., "El derecho a la salud desde el plano constitucional", publicado en Ana, es de la Academia de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, N 27, 1990,pag.247 y sigtes.; "El derecho fundamental a la vida digna", El Derecho 24 de noviembre de 2000, pag.1 y sigtes

un justiciable sumido en una situación de vulnerabilidad.[11]
El Código hoy les otorga amplias atribuciones al momento de resolver, una discrecionalidad sujeta al deber del dictado de una decisión razonablemente fundada (art.3 CCyC) bajo el "test de razonabilidad" que versa precisamente sobre la justicia de la solución adoptada en el caso concreto, tal como se evidencia en estos pronunciamientos.
Hablamos de jueces con "responsabilidad social" que sepan interpretar las necesidades y dar respuestas efectivas, porque como bien se dijera el juez no es un fugitivo de la realidad.[12]

A la par, corresponde destacar, que a la fecha son muy pocos los precedentes existentes, siempre otorgados en casos extremos lo que nos da cuenta de la prudencia con que han obrado los magistrados. No se dio así la tan temida "proliferación de casos" que por analogía pudieran quedar incluidos en la tutela, poniendo en peligro el sistema concursal como se había advertido.

Y en este punto, recordemos, que otro de los cuestionamientos formulados fue que por esta vía se podría poner en riesgo la continuación de la empresa o se podría comprometer el pago de los demás acreedores, desconociéndose al aplicarlas los principios rectores del derecho concursal: conservación de la empresa y protección del crédito.

Lo que lleva a preguntamos, ¿la "tutela individual" es incompatible con la "tutela colectiva"? Creemos que la respuesta en negativa, ante el conflicto puede lograrse un justo aunque delicado equilibrio. Nótese, que los jueces respetaron la quita acordada y solo adelantaron su pago, las empresas continuaron y los acreedores percibieron sus pagos. Sí es cierto y reconocemos, que en caso de creárseles un privilegio como ha ocurrido, es más compleja la respuesta a dar.[13]

[11] BARACAT, Edgar J., "Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario", La Ley 2014-B-90.
[12] MORELLO, A M., "Memorias. Bases de una vocación", Ed.Platense-Perrot, La Plata, 2006, pag.41.
[13] En el caso "Institutos Médicos Antártida", el juez efectuó un control constitucional de oficio, y considero que una norma concursal no puede preferir el derecho de propiedad patrimonial de la persona jurídica que es acreedora hipotecaria cuando la percepción de cuyo crédito tendría el efecto de eliminar la indemnización por el darlo material por incapacidad sobreviniente y Dalí moral del menor. Concluyó que la si el privilegio respetado por el ordenamiento concursal emana de una norma de jerarquía superior y no se puede aplicar por el paladar impuesto por el art.239 LCQ, la norma concursal colisiona con la norma constitucional, tornando a la primera irrazonable en los términos del art.28de de la C.N. en real caso debe descalificarse la norma concursal por repugnante a

Concluyendo, entendemos, que ante ello se torna necesaria la reformulación del régimen concursal para que frente a estos casos las reglas sean claras y justas para todos los involucrados, concursados, acreedores, jueces, mientras tanto seguirá estando en manos de los jueces su tutela. Frente a las necesidades un justo camino jurisprudenciales a seguir transitando.

---

la Constitución y con los principios humanistas en que esta imbuida en el caso. Con este argumento, creo un privilegio especial a favor del menor, Brian Fava.

Buena Fe ... ¿estás ahí?*

Carlota Palazzo

Sumario

La ponencia reinvindica, a partir de un análisis sistemático del derecho, el rol protagónico de la Buena Fe como principio regulador de conductas antifuncionales en el proceso concursal

*Tomamos prestado el título de Pablo Augusto Van Thienen y su ensayo "Orden público societario....¿estás ahí?" quien a su vez lo tomó de Adrián PAENZA y su libro "Matemática... ¿estás ahí?"

I. El principio de Buena Fe en el derecho argentino

(a) La evolución histórica legislativa

El Código Civil en su redacción original no contempló la aplicación general de la buena fe sino que realizaba reconocimientos segmentados de la misma en normas particulares[1].

A fuerza de impulso de la doctrina en la reforma de la ley 17.711 se intentó receptar el principio general contenedor de la buena fe a partir de su inclusión en la norma del artículo 1198[2] aunque meto-

[1] Ejemplo de alguna de ellas eran los artículos 3430 del Código Civil, que protegía al tercero que hubiese contratado de buena fe y que sancionaba al heredero de mala fe; el artículo 3428 del Código Civil, que reconocía no solo el error de hecho sino también, y llamativamente, el error de derecho, en caso de poseedor de buena fe; las reglas establecidas en el capítulo que regulaban las obligaciones y derechos del poseedor de buena y mala fe; la consecuencia de la venta de cosa ajena cuando medió buena fe del enajenante que preveía el artículo 1329 del Código Civil y, la presunción de ausencia de buena fe en ciertos casos de pago adelantado, regulada por el artículo 1575 Código Civil.

[2] Artículo 1198: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión....."*

dológicamente no implicó un avance ya que se insertaba en el plexo normativo referido solo a ámbito contractual. Luego la noción social que reconocía valor al comportamiento de buena fe continuaba fuera del derecho positivo como constitutiva de un principio.

Sin embargo, fue esta última modificación la que derivó en profusa elaboración doctrinaria y jurisprudencial que construyó y elevó jurídicamente la buena fe a la categoría de principio general del derecho, aunque sin positivización hasta la reforma del Código Civil y Comercial.

Con el advenimiento de la reforma unificatoria se plasmaron las siguientes normas:
- *Artículo 9 Principio de buena fe: Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*
- *Artículo 10 Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización

Tanto su nominación expresa como "principio" como su ubicación metodológica en el "Título Preliminar" conllevaron la positivización de la buena fe como principio general del derecho con proyección a todo el sistema normativo y a los microsistemas normativos que abrevan de aquel.

(b) La buena fe como principio: su conceptualización y función

Los principios generales no son consecuencia de la creación de la doctrina ni del legislador, ellos son tan solo los intérpretes del comportamiento social que los impone y quienes facilitan la transferencia de la evolución social a la estructura normativa[3].

En esa dirección las juristas uruguayas Mabel Rivero y Beatriz Ramos explican que el derecho es algo más que la ley, que aparece integrado por valores y en este caso los principios no son reglas obtenidas de la deducción axiomática, sistemática o lógica, sino que

[3] Así resultan reconocidos por la doctrina como principios generales el de equidad, libertad, justicia, igualdad, buena fe, *pacta sunt servanda* y el de *venire contra factum propium non valet*, etc..

aparecen como preexistentes respecto de las normas que no son más que su resultado.[4]
Ahora bien, cabe distinguir entre principios y normas. Mientras que las normas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, los principios configuran de forma abierta el supuesto de hecho, pero no la consecuencia jurídica. El hecho de que las reglas tengan configurado el supuesto de hecho de forma cerrada significa que se sabe no sólo qué prescriben, sino también en qué casos es aplicable. En relación con los principios, en cambio, se sabe qué prescriben, pero, dado que el supuesto de hecho está configurado de forma abierta, no está determinado explícitamente en qué casos es aplicable[5].

De lo dicho resulta con claridad que el contenido del artículo 9 del Código Civil y Comercial constituye un principio.

Sin soslayar las dificultades que existen a la hora de aprehender este principio[6] – ya que el derecho ha recibido la expresión con la misma vaguedad e imprecisión que ya tenía en el lenguaje ordinario –[7] a los fines de esta ponencia nos referiremos a la buena fe como un *standard* de conducta que el derecho positivo impone y a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres en las relaciones contractuales y extracontractuales.
Lo decisivo cuando se considera la buena fe es la desarmonía objetiva entre el *standard* de conducta esperado y el concretado[8].

[4] RIVERO, Mabel y Ramos, Beatriz, "La adopción en el Uruguay", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 26.
[5] RODILLA, Miguel Angel, «Teoría del Derecho», Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2013, p. 179-180.
[6] Lo que se traduce en las distintas facetas en que se presenta: la buena fe subjetiva como una guía para la intención o convicción subjetiva del propio derecho en ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno y, la buena fe objetiva, en la que no se indaga en la conducta del sujeto y resulta irrelevante cualquier aspecto sicológico y se limita a analizar la actuación adecuada por su resultado; y que lleva a muchos a interrogarse sobre si existe un noción unitaria y homogénea de buena fe (De Trazegnies Granda, Fernando); mientras que otros sostienen que la ambivalencia señalada no debe obscurecer la circunstancia de que la buena fe en definitiva es una sola y que en una u otra manifestación expresan comportamientos que serán de buena fe solo si responden a las improntas éticas (Alterini).
[7] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Desacralizando la buena fe en el Derecho", en CÓRDOBA Marcos M., "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 21.
[8] Piaggi, Ana I., "Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios" , en CÓRDOBA Marcos M., "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 112.

Como todos los principios generales del derecho, la buena fe:
- contribuye a la aplicación de las normas desde que ninguna regla jurídica es valor absoluto y en determinadas circunstancias una regla debe limitarse y un valor debe dar paso a consideraciones que son superiores;
- es fuente supletoria en caso de insuficiencia de la ley ante la imposibilidad de que ella abarque todas las innumerables posibilidades que se presentan en la realidad;
- opera como criterio de interpretación cuando los textos legales admitan más de una significación, como consecuencia de que existan preceptos jurídicos que no se manifiesten con claridad. Adviértase que el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 2 del capítulo primero del título preliminar relativo a la interpretación refiere a los principios y los valores jurídicos. La buena fe constituye un verdadero principio jurídico rector de todos los principios generales del derecho, en razón que todos ellos contienen su noción, sobre la cual se asientan otros principios y normas que organizan la sociedad.
- en la casuística jurídica sirve para dar mayor consistencia interna a una decisión o a determinado razonamiento.

En definitiva, coadyuva a la armonía en el comportamiento social y a los jueces en su tarea de dictar la norma individualizada aplicable al caso concreto. Eso sí siempre con el límite de no causar modificaciones en las consecuencias que el legislador previó ya que no está destinada a sustituir la ley, sino a integrarla señalando una perspectiva sustancial, y no meramente formal del ordenamiento[9].

II. El principio de buena fe en el proceso concursal: análisis de *"lege lata"*

La ley concursal argentina por su parte no dispone de una positivización análoga a la del Código Civil y Comercial con relación al principio de buena fe. De hecho, en la ley vigente su única referencia expresa se circunscribe a normas periféricas que no hacen al corazón de la legislación concursal (véanse artículos 140 y 146 ley 24.522).
Sin embargo, el jurista debe advertir y propender el cambio de aquello de la estructura jurídica que funciona inadecuadamente[10]. La práctica concursal está plagada de actos y conductas que se recono-

[9] Córdoba, Marcos M., La buena fe positivizada como principio general del Derecho, RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 125
[10] CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público", La Ley, Buenos Aires, 2015, p. XI.

cen pacíficamente de mala fe: denuncias de extravío o destrucción de los libros del artículo 11 inciso 6 ley 24.522 en períodos temporales cercanos a la presentación en concurso preventivo; cesiones de créditos verificados o declarados admisibles en condiciones de dudosa credibilidad ya que ponen al cesionario en una situación peor a la que tenían antes de la adquisición del crédito pero que "casualmente" coadyuvan a la obtención de las mayorías; toma de créditos por personas humanas en períodos temporales casi coetáneos a su presentación concursal, entre tantas que podrían listarse.
A partir de la reforma del Código Civil y Comercial se traslada expresamente la aplicación operativa del principio de buena fe a todos los intersticios del mundo jurídico y se le habilitan expresamente al juez concursal herramientas concretas que le obligan a contemplar la integridad del sistema normativo y advertir la inserción de las conductas que se encuentren bajo su análisis sin indiferencia y con una aguda percepción realista hasta llegar el fondo de la cuestión en su interpretación[11].

La aplicación del principio general de buena fe se impone luego para el juez concursal como un regulador por excelencia de conductas antifuncionales en el concurso preventivo a las que "puede" y "debe" poner coto en cumplimiento de la manda del artículo 10 in fine del Código Civil y Comercial.

¿O acaso el ejercicio antifuncional en el concurso preventivo no es un ejemplo de abuso del derecho y a la vez de mala fe que debe ser erradicado por imperio del artículo 9 del Código Civil y Comercial?[12]
Adviértase de hecho que allí donde la legislación concursal guardó silencio, la jurisprudencia argentina recurrió indirectamente a la buena fe cuando detectó situaciones de abusividad en el ejercicio de los derechos echando mano a lo que hoy expresamente dispone el artículo 10 in fine del Código Civil y Comercial: ordenar lo necesario para evitar los efectos derivados de ejercicios abusivos de derecho o situaciones jurídicas abusivas. Véanse entre muchos otros los fallos dados en: "Arcángel Maggio SA – Concurso Preventivo"; "Paleco SA s/Concurso Preventivo" y "MANDALUNIS, TOMAS EDUARDO S/ Concurso preventivo"[13].

[11] RICHARD, Efraín Hugo, "Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria" en CÓRDOBA Marcos M., "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 781.
[12] BIDART CAMPOS, Germán J. "Una mirada constitucional al principio de la buena fe", en Córdoba Marcos M., "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 49.
[13] Richard, Efraín Hugo, "De nuevo sobre la exclusión de voto de cesionarios para aprobar la propuesta (y sobre los fondos buitres)"publicado en Microjuris,

III. El principio de buena fe en el proceso concursal: propuesta de *"lege ferenda"*

Hay quienes criticaron la tesis sostenida en precedentes como "Paleco SA s/Concurso Preventivo" y "MANDALUNIS, TOMAS EDUARDO S/ Concurso preventivo" por considerar que el razonamiento aquí expuesto genera o una restricción por analogía (vedada en nuestro derecho) o, lo que es peor, una inversión sobre la presunción de dolo en tanto se parte de la base de que se está frente a trapisondas hechas[14]; y por tanto posiblemente resistan también una interpretación sistemática como la propuesta en el acápite anterior.

Entiendo no obstante que el juez en casos como estos más que presumir la mala fe puede corroborarla a partir de indicios materializados en hechos concatenados, precisos, graves y concordantes[15].
Por otro lado, si bien la buena fe como regla se presume en el sistema normativo (entendido éste como el código civil y comercial), dicha presunción solo opera en la medida que el propio sistema normativo o microsistemas normativos no dispongan lo contrario.
Véanse artículos 2362 y 969 del viejo Código Civil y artículos 1919 y 340 del actual Código Civil y Comercial[16]; artículo 19 ley general

MJ-DOC-6842-AR/MJD6842

[14] E. Daniel Truffat, *La cesión de créditos en los concursos preventivos,* Jurisconcursal, San Miguel de Tucumán, año II, nº 5, p. 85

[15] De hecho, Bidart Campos se ha animado a hablar de la "mala fe objetivada" como una continuidad de conductas respecto de las cuales no se precisa indagar la intención de sus autores y que se convierte a veces en causal de inconstitucionalidad, refiriéndose específicamente a la legislación de emergencia dictada en el año 2001.

[16] Artículo 2362: Todo poseedor tiene para sí la presunción de buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presuma. Artículo 969: El ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia. La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia. ARTICULO 1919.- Presunción de buena fe. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos: a) cuando el título es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona. ARTICULO 340.- Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar. El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala

de sociedades[17]; y, lo que Alterini llamó *"los prejuicios frente a las adquisiciones a título gratuito"*[18], que por despertar suspicacias no son objeto de tutela (y de hecho parece constituir un caso de presunción *iuris et de iure* de mala fe, véase sino ex artículo 970 del Código Civil actual artículo 340 del Código Civil y Comercial)[19] por contraposición a los actos a título oneroso de buena fe (que aquí sí se presume), ejemplo: es artículo 1051 del Código Civil y actual artículo 392 del Código Civil y Comercial. De igual modo, Bidart Campos[20] se ha referido a la buena fe como precedente de la doctrina de los actos propios que impide que si alguien ha creado en otro una expectativa de comportamiento futuro en el marco de una relación jurídica luego "vuelva sobre su propio acto" para destituirlo de efectos, ya que dicho proceder supone la "mala fe" que la aplicación de aquel principio ordena excluir. También hay parte la doctrina y jurisprudencia que encuentra en el artículo 118 ley 24.522 una presunción sin admitir prueba en contrario de fraude[21].

fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento.

[17] ARTICULO 19. — Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3ro. y 4to. del artículo anterior.

[18] ALTERINI, Jorge Horacio, "La buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito", en CÓRDOBA, Marcos M., "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 153.

[19] Artículo 970: Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude. Artículo 1051: Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable. ARTICULO 392.- Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

[20] Op.cit.

[21] Véase Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal, 2005,* Tomo 4, Editorial Àbaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, página 143.

Por ende, nada obstaría a que en una futura reforma del derecho concursal como "derecho sustancial" y no solamente como derecho procesal (al que suele reducírselo) se incluyan una o varias normas que expresamente permitan presumir la mala fe de determinados actos y en su función habiliten al juez a tomar decisiones.

Propugno una norma en ese sentido porque la buena fe en sí misma no produce efectos propios porque es (o debería ser) lo común en la vida jurídica. Es su opuesta, la mala fe – como doblez o conducta que no corresponde, que daña o perjudica –, la que corrompe la armonía y produce consecuencias disvaliosas para quien aporta ese elemento disruptivo en la convivencia social[22].

De hecho, en el derecho comparado, por ejemplo en Canadá y Estados Unidos[23], la legislación concursal hace referencia al *"bad faith filing"*[24] como un factor que debe ser tenido en cuenta por los tribunales y en función del cual pueden decidir: denegar la apertura del proceso si el tribunal advierte que el deudor no da una explicación razonable de sus dificultades financieras o se advierte su mala fe y mera intención de demorar o perjudicar algún acreedor en particular; poner fin a la reorganización; denegar prórrogas al período de exclusividad y/o convertir el proceso en liquidatorio.

Piénsese entonces en el diseño de normas que permitan presumir la mala fe del concursado y/o de terceros por ejemplo ante:

(a) la denuncia de pérdida o extravío de libros en un período temporal X próximo antes de la presentación en concurso preventivo: llevar la contabilidad en forma, en libros rubricados que permitan rendir cuentas de las operaciones, es una obligación central. Es de mala fe "extraviarlos" para evitar que terceros puedan controlar la situación patrimonial. No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores en cuanto al riesgo empresario sino de desincentivar la actuación de mala fe. El ejercicio del derecho se convierte en excesivo cuando se proyecta en conductas no deseables que perjudican a la sociedad y a terceros[25].

(b) las cesiones o subrogaciones de créditos verificados o declarados admisibles en cantidad suficiente para influir en la conforma-

[22] Richard, Hugo Efraín, Op.cit.

[23] LoPucki Lynn M. y Triantis, George G., 1994, *A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies*, Harvard International Law Journal, Volume 35, Number 2, Int. 267.

[24] Mala fe en solicitar la formación de concurso preventivo.

[25] Richard, Hugo Efraín, op.cit.

ción de las mayorías necesarias para alcanzar el acuerdo preventivo;
(c) la toma por la persona humana sobreendeudada de créditos en un período temporal X próximo antes de la presentación en concurso preventivo;
que habiliten por ejemplo al juez en el caso de (a) y considerando otros indicios emergentes del proceso a denegar prórrogas al período de exclusividad; en el caso de (b) a excluir el voto de los cesionarios o subrogantes (según el caso, eliminándolo o no del cómputo para determinar la mayoría, según el grado de sofisticación de la maniobra de mala fe que se quiera neutralizar)[26] y, en el caso de (c) en una futura legislación específica para los casos de sobreendeudamiento del consumidor inhabiliten la descarga (*"discharge"*) de dicho crédito del pasivo del deudor[27].

IV. Conclusión

Se le reconoce tal magnitud de mérito a la buena fe que juristas de la talla de Jorge Alterini han expuesto que "Si el derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportamientos de buena fe."[28]
La reforma del Código Civil y Comercial no ha dejado dudas al respecto. Rescatar la buena fe es primordial en todos los campos del derecho.
Si se pretenden fomentar las inversiones nacionales y extranjeras en pos del crecimiento y progreso económico y social del país se deben desalentar el abuso del derecho y las conductas de mala fe que contrarían el orden jurídico.
Interpretar que la buena fe constituye solo un antídoto contra el cinismo en la utilización privada de la ley, de difícil aplicación por su imprecisión y, que puede destruir frente a un caso específico todo el delicado riguroso y concienzudo sistema compuesto por derechos y obligaciones perfectamente definidos por la legislación, como sos-

[26] Véanse los comentarios en torno al caso "ICS" en "Efecto de la sentencia de verificación en relación a la conformación del acuerdo" *Darío J. Graziabile y Efrain Hugo Richard* Publicado en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185.
[27] Como prevé el derecho norteamericano por ejemplo con su doctrina del "fresh cash" Code 523 Capítulo 5, Título 11, US Bankruptcy Act
[28] Op. Cit.

tienen algunos[29], solo incrementa la inseguridad jurídica permitiendo conductas antifuncionales, cuando en verdad el sistema normativo ofrece soluciones.

Ergo, el desafío que advertimos en materia concursal es que hay que insistir en que el principio de la Buena Fe no solo ¡ESTÁ AHÍ! sino que tiene tal jerarquía que debe constituir un test del que no se puede prescindir[30] cada vez que se escudriñen conductas antifuncionales que puedan tener un impacto en la toma de decisiones en el proceso.

[29] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op.cit.
[30] Bidart Campos, Germán, op.cit.

Constitucionalidad del derecho concursal. La vivienda única

Alicia Susana Pereyra

1. Introducción

Cualquier observador del funcionamiento del derecho occidental (particularmente de aquel que proviene de la tradición de derecho continental), podrá constatar que muchas de las decisiones judiciales sobre aspectos centrales de las más variadas ramas jurídicas, son justificadas directamente desde *"principios constitucionales"*. Se omite, así, la mediación de una norma (habitualmente la ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del *"principio constitucional"*, tarea que es asumida por los jueces en la solución del caso concreto[1].-

No en vano se ha afirmado – recordando ejemplos de la jurisprudencia alemana – que *"casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional"*[2]

Un simple y conocido ejemplo de la jurisprudencia argentina, relacionado con el derecho concursal, ilustrará la situación. La víctima de un accidente de tránsito litigó nueve años para obtener un pronunciamiento favorable de segunda instancia. Ínterin, la empresa responsable del accidente se presentó en concurso preventivo. El acuerdo homologado dispuso una quita del 40% y un pago en 18 cuotas anuales, por lo que la cancelación de la deuda encontraría a la actora con 96 años de edad. El tribunal a cargo del proceso falencial, dispuso el "pronto pago" en 24 cuotas mensuales, considerando su situación personal y el hecho de tratarse de una persona anciana. Con base en el derecho constitucional de la salud, y no obstante no gozar de privilegio legal alguno, el tribunal sostuvo que la actora

[1] MEROI, Andrea –CHAUMET, Mario, "¿Es el derecho un juego de los jueces?"
[2] PRIETO SANCHIS, Luis, "Constitucionalismo y galantismo", en AAVV, "Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli", Madrid, Trotta, 2005, pag 48

tenía el derecho a un *"pronto cobro"* de su acreencia, "como si fuera" privilegiada. Al decir de Mosset Iturraspe, el tribunal falló "*contra legem"*, "pero al conjuro de un fuerte clamor constitucional"[3]

Examinando casos como este, la doctrina los atribuye a la existencia de un nuevo paradigma, el de "Estado constitucional y democrático de derecho", progresivamente consolidado a partir de la segunda mitad del siglo XX[4]. Los esquemas teóricos tradicionales se muestran insuficientes para comprender este nuevo fenómeno. Por un lado, se multiplican los elogios a la "protección judicial de los derechos" y, por el otro, arrecian las críticas a la "creación judicial del derecho". Se impugna el carácter democrático de esta producción de fuentes y se ensayan soluciones alternativas.-

2. Del estado de derecho al estado constitucional de derecho

1.1. La constitución:

Definimos a la "*constitución"* como un conjunto de reglas jurídicas positivas (contenidas en un documento o consuetudinariamente), fundamentales respecto de las otras reglas jurídicas y, por lo tanto, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y / o jerárquicamente superiores a las otras reglas.-
Para Aguiló Regla la clave de discernimiento entre ambos modelos constitucionales está en observar cómo se interpreta esta dimensión regulativa de la Constitución.[5]

1.2. El modelo clásico:

En el "*modelo clásico",* la Constitución opera su límite negativo: la "legitimidad" de cualquier tema del derecho depende del respeto a dichos límites. Las normas constitucionales establecen qué es lo que no se puede ordenar, prohibir, sancionar. El test de legitimidad de los contenidos pasa en lo sustancial por verificar si se respetan los límites que determinan las normas constitucionales. La principal forma de establecer si una norma es inconstitucional consiste en

[3] CCCIsidro, 1º, Sala I, 18.05.04, "González Feliciano c/ Microómnibus General san Martín SAC, LL, Sup CyQ/2004 (septiembre), 30, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; Sup. CyQ /2004 (noviembre), 38, con nota de E. Daniel Truffat.-
[4] Cfr. COMANDUCCI, Paolo, "Constitucionalización y teoría del derecho", Conferencia pronunciada en la Academia nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 23.08.2005, www.acader.unc.edu.ar/ artconstitucionalizaciónyteoriadelderecho.pdf.-
[5] Cfr. AGUILO REGLA, Josep, "Sobre la constitución del estado constitucional", Doxa 24 (2001), pags 29 y ss.

constatar su contradicción con la normativa constitucional. Toda norma es constitucional simplemente "respetando" lo delimitado por las Constitución, que importa un límite negativo que le dice al legislador aquello que no puede hacer.[6]. En este modelo, el juez limita su análisis constitucional a los casos concretos en que una ley deba ceder por razones procedimentales (para algunos, excepcionalmente en el contenido) a lo determinado por algún precepto constitucional. La supremacía constitucional sobre las leyes se limita a que un órgano judicial pueda invalidar una ley que contraríe lo expresamente dispuesto por la constitución.-

1.3. El modelo de Estado constitucional:

En el "*modelo de Estado constitucional",* todo el orden jurídico es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar el contenido tanto del derecho público cuanto del privado. Por ello se dice que *"las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de "desarrollo" y "concreción" de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar"*[7]. Como sostiene Aguiló Regla, una decisión constitucional no será aquella que simplemente respete los límites que le marcan las normas constitucionales sino aquella que desarrolle en forma positiva todas y cada una de las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional[8].-

En el "*Estado constitucional"* la decisión judicial debe *concretar* las exigencias constitucionales. Por lo que, el "*control de constitucionalidad"* ya no se presenta como mera ausencia de contradicción con las normas constitucionales sino que, además, impone una "razonable" determinación de los derechos que emanan de la Constitución. Para este modelo, las normas constitucionales asumen *"la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones"*[9]. Y la Constitución pasa a ser comprendida como un sistema abierto de principios y reglas permeables a consideraciones axiológicas en el cual la realización de los derechos fundamentales

[6] ibidem
[7] id id, pág 454
[8] Id id, pag 455
[9] PRIETO SANCHIS, Luis, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", Doxa 23 (2000), pág 175.-

desempeña un papel central[10].
Ya en la década del 60, J. Esser sostenía que el centro de gravedad iba desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial, orientada según principios[11]. No obstante ello, afirman "Meroi – Chaumet" en el trabajo mencionado, que fueron los trabajos de Ronald Dworkin los que impulsaron el tema al centro del escenario de la teoría del derecho.[12]

3. Reglas y principios

La distinción cualitativa entre *reglas* y *principios* es uno de los pilares de la dogmática constitucional de nuestros días. Las *reglas* contienen una descripción más precisa, limitada a las situaciones específicas a las cuales se dirige. Los *principios* tienen un mayor nivel de abstracción e inciden sobre una pluralidad de situaciones. Dworkin sostiene que las reglas son proposiciones normativas aplicables al modo de "todo o nada", que hace imposible que coexistan reglas contrarias. Constituyen un conjunto cerrado, razones excluyentes; el caso se subsume a la regla. En los *principios* no juega la aplicación de "todo o nada". La dimensión de peso de los principios hace necesario ponderar su valor relativo a circunstancias determinadas. Alexy habla de mandatos de optimización, dado que mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Sostiene que, normalmente, contienen una mayor "carga valorativa"[13]
En un orden pluralista, existen diversos principios, muchas veces contrapuestos. Por lo que, la colisión entre principios no solo es po-

[10] BARROSO sostiene que "*O novo século se inicia fundado na percepçao de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituçcao, por sua vez, é um conjunto de principios e regras destinados a realizá –los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensao suorapositiva. A edéia de abertura se comunica com a Constituiçao e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensao de disciplinar, por meiode regras específicas, o infinito conjunto de posibilidades apresentadas pelo mundo real"* (BARROSO, Luis Roberto, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pos –modernidades, teoría crítica e pòs-positivismo)", en "A Nova Interpretaçao Constitucional (Ponderaçao, Direitos Fundamentais e Relaçoes Privadas)", 2da ed., Río de Janeiro, Renovar, 2006, pág 35.-
[11] ESSER, J, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado", Barcelona, Bosch, 1961.-
[12] DWORKIN, R., "Los derechos en serio", Barcelona, Ariel, 1984.-
[13] ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", trad Ernesto Garzón valdés, Madrid, centro de estudios Políticos y Constitucionales", 2001, pags 86 y ss

sible sino frecuente, y no puede ser puesta en términos de "todo o nada" o de "validez o invalidez", a partir de lo cual, pudiera pensarse que esta "constituciones del neo -constitucionalismo" son un despropósito, un monumento a la antinomia: un conjunto de normas contradictorias entre sí, que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares. Sucedería efectivamente así, si las normas constitucionales apareciesen como reglas; pero ya hemos dicho que una de las características del neo constitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas.-

La diferencia puede formularse así: cuando dos reglas se muestran en conflicto significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro.[14]

Los principios no constituyen razones excluyente en la toma de decisiones: *"libertad de expresión y derecho a la intimidad"*, *"derecho de propiedad y su función social"*, "*igualdad y libertad"*, *"derecho de propiedad o derecho a la vida",* etc, etc, etc. Por lo que, antes de aplicar un principio, el operador tiene que llevar a cabo una *"deliberación previa"* entre razones; determinar el peso relativo del principio frente a otros principios eventualmente concurrentes. El operador tiene que *"ponderar".* Y como no existe un criterio abstracto que imponga la supremacía de un principio sobre el otro, el tema debe ser resuelto a la vista del caso concreto, lo que implica realizar concesiones recíprocas pero sacrificando al mínimo cada uno de los derechos fundamentales en oposición. En síntesis: "*la normatividad del Estado constitucional"* está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices que no operan sólo como límites al resto de las otras ramas del derecho, sino que éstas deben desarrollar.

3.1. <u>La idea de derechos fundamentales</u>:

La idea de "*derechos fundamentales"* es el resultado de un proceso en la cultura jurídica moderna; tiene repercusiones en los procesos de producción, en las situaciones de insolvencia y en la aplicación del derecho; y, particularmente, en el sentido de la decisión judicial. Norberto Bobbio nos habla con acierto de la "era de los derechos", por cuanto muchos de los que usualmente se consideran en el de-

[14] PRIETO SANCHIS, Luis, "Neo constitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONEL, Miguel (ed), "Neo constitucionalismo", ppa134/135

recho natural, hoy forman parte del derecho positivo. Peces – Barba dice que *"parece que por primera vez puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo"*[15]. Ferrajoli dice que el reconocimiento de derechos fundamentales abarca tanto el de las expectativas positivas cuanto de las expectativas negativas. Las primeras, se garantizan mediante técnicas de coerción o de sanción que posibiliten su satisfacción efectiva.[16]Los derechos fundamentales, como los derechos sociales, imponen "vínculos", es decir, obligaciones prestacionales. Sostiene Alexy que cuando se habla de derechos sociales fundamentales, como por ejemplo: la salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, se hace referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto. Y, aunque las prestaciones son exigibles al Estado, muchas veces afectan de manera directa las relaciones jurídicas entre particulares. El derecho a un ambiente sano, a una vivienda digna, a la preservación del patrimonio cultural e histórico, a la salud, a la educación, a la vida, a la no discriminación, constituyen reiteradas premisas en la justificación de decisiones judiciales referidas a la propiedad, los contratos, la familia, la vivienda digna, los daños y perjuicios, las relaciones laborales

Las normas constitucionales ordenan amplias esferas de las relaciones sociales cuya defensa supone una normatividad que le prescribe al legislador no sólo aquello que no puede hacer, ***"sino que reclama también una legislación positiva capaz de suplir, completar o corregir al Parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional.***[17] Una concepción material de la democracia, que no sea meramente procedimental, **debe garantizar** los *"derechos fundamentales de los ciudadanos*" más allá de la voluntad de la mayoría. Y esa garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional.-

La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales es, quizás, una de las cuestiones más debatidas en doctrina[18], y hay quienes

[15] PECES – BARBA, "Derechos humanos", conferencia en revista del Poder Judicial de España, I, 1988, pags 9/20.-

[16] FERRAJOLI, Luis, "Derechos y garantías. La ley del más débil", trad. Perfecto A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2001, pag 20 y ss.-

[17] PRIETO SANCHIS, Tribunal constitucional; GUATINI, "La constitucionalización...". Entre nosotros, ver SAGÜES, Néstor p, "La interpretación judicial de la constitución", 2da ed., Bs.As, Lexis Nexis, 2006.-

[18] Cfr. ABRAMOVICH, V, - COURTIS, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Madrid, Trotta, 2002; STILMAN, Gabriel, "El derecho a la propiedad originaria como fundamento del derecho a la alimentación y de los derechos económicos básicos".-

cuestionan su existencia misma[19]. Guastini nos recuerda que "*según ciertas doctrinas, las constituciones no son más que un <manifiesto político> cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales – carentes de cualquier efecto inmediato – sino sólo las normas que se recogen por las leyes*"[20].

Por el contrario, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización, es precisamente la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea opuesta, es decir de la idea de que toda norma constitucional – independiente de su estructura o contenido normativo – es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. **La Constitución no estaría garantizada en su dimensión real si no existiera la posibilidad de exigir la realización de todos los derechos fundamentales reconocidos en ella.-**

Bidart Campos señala que en este nuevo orden constitucional, los órganos judiciales deberían recibir reclamos fundados en las declaraciones de derechos e instar a los poderes del estado a ponerlos en práctica. Ante la falta de respuesta del órgano requerido, es el poder judicial quien debe operar directamente satisfaciendo la petición, ya que su actuación se encuentra respaldada constitucionalmente.

Ferrajoli dirá que *"ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social"*.

Aragón, dirá que *"no hay derecho sin jurisdicción, ni estado de derecho sin independencia judicial, ni derecho sin jueces"*.

Lorenzetti hablará de un ***"paradigma de acceso a los bienes jurídicos primarios"*** y de un ***"paradigma protectorio".-***

4. La ley de concursos y quiebras luego del Código Civil y Comercial de la Nación

En los "Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", sus autores destacan que hay aspectos valorativos que caracterizan el anteproyecto – luego trasladados al Código vigente, entre los que está la "Constitucionalización del derecho privado"

Explica el legislador, que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho

[19] ATRIA, Fernando, "¿Existen los derechos sociales?, Discusiones 4, 2004.-

[20] GUASTINI, Ricardo, "Estudios de teoría constitucional", México, Fontamara, 2001, pag 158.-

privado. En cambio, en el nuestro, se han tomado en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque constitucional. Y que, en este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Esta decisión se ve en todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de todos los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Se afirma así, que existe una reconstrucción de la coherencia de los derechos humanos en el derecho privado.-

Es así que, el orden de los privilegios consagrado en la Ley de Concursos y Quiebras, es modificado por los derechos fundamentales. El derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, hacen sucumbir y resquebrajar el orden impuesto por más de veinte años.-

Ahora los jueces, invocando la aplicación de los derechos consagrados en la constitución nacional, los derechos humanos y los tratados internacionales, podrán fallar de acuerdo a la ley y al conjuro de un fuerte clamor constitucional.-

La protección de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial y en las disposiciones legales provinciales

Susana Pereyra

1. El derecho a la vivienda

Ya hemos escrito en este Congreso que el *"derecho a la vivienda"* es un derecho fundamental y que es considerado *"un derecho inalienable al individuo".-*
El *"derecho a la vivienda"* es un derecho humano reconocido en las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, tanto en la Declaración Universal de DD.HH., así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en diferentes instrumentos internacionales de los cuales Argentina forma parte.
Según consideraciones del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que una vivienda sea la adecuada, debe reunir como mínimo siete (7) criterios, entre los que se encuentra en primer lugar: ***"Seguridad de su tenencia",*** es decir, que sus ocupantes cuenten con la protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.-
No obstante ello, la protección que le otorga el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, no establece la obligatoriedad del Estado a garantizar este derecho, como se asienta en el mismo artículo respecto del trabajador y los gremios, quienes sí ven garantizados sus derechos. Tampoco menciona los mecanismos de defensa del *"derecho a la vivienda"* que garanticen su exigibilidad.-

2. Los artículos 456 y 522 del Código Civil y Comercial

El artículo 456 del CCC – al regular el divorcio - establece que:

"La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraí-

das después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

La norma consagra el principio de inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas por uno de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, inaplicable cuando la deuda fue contraída por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.-

De la misma manera, el artículo 522 - al regular la convivencia inscripta- establece que:

"La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro"

Gabriela Boquín, en un artículo publicado el 24.08.2016[1], sostiene que *"se da así el caso de una regulación similar a la que tradicionalmente se había concebido para el bien de familia, con la sustancial diferencia de que no se exige la inscripción o la afectación previa del bien"*

El hecho de que la norma no exija la inscripción o afectación previa del bien, se acerca a considerar a la vivienda como un derecho fundamental e inalienable al individuo.-
Pero ese acercamiento se vuelve a distanciar porque la norma exige para su aplicación que las deudas hayan sido contraídas por sólo uno de los cónyuges o conviviente y sin el asentimiento del otro. Porque si las deudas fueron contraídos por ambos o con el consentimiento del otro, el derecho a la vivienda no tiene protección legal.-

No puedo dejar de apreciar el esfuerzo que hace el legislador. Pero vuelvo a resaltar, que mientras existan condicionamientos a la hora de proteger la vivienda, la misma se encuentra totalmente desprotegida y muy lejos de ser considerada un derecho fundamental como establecen los tratados internacionales.-

Reitero lo ya expresado en otra ponencia presentada en este con-

[1] BOQUÍN, Gabriela, "Nueva protección a la vivienda familiar del Código Civil y Comercial de la Nación. Su inejecutabilidad", "Diario Comercial, Económico y Empresarial Nro. 86"

greso[2]: la vivienda debe ser protegida en sí misma porque es un derecho fundamental, sin condicionar su protección a inscripciones o determinadas circunstancias. Quien contrata con un titular de un inmueble que es su única vivienda, debe saber que ese inmueble no garantiza el negocio que está celebrando.-

3. Las disposiciones legales provinciales

En el marco de un juicio ejecutivo, la jueza de primera instancia rechazó el planteo de los demandados y declaró la inconstitucionalidad de la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires[3], por considerar que se trataba de una norma de orden local que legislaba una cuestión de materia federal, al establecer una excepción al principio según el cual el patrimonio de una persona es la garantía de sus acreedores.-
Apelaron los demandados y la Fiscal General. Ésta última abordó la cuestión relativa a la vivienda como un derecho humano, consagrado en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional. Indicó que la ley 14.432 tiene la finalidad de asegurar la vigencia de este derecho.-
De acuerdo al precedente de la CSJN en el caso "Banco de Suquía SA c/ Tomasini, Juan Carlos" (Fallos 325:428), se ha sostenido que la legislación sobre la inejecutabilidad de los bienes del deudor es materia que no compete a las provincias sino al Congreso de la Nación. Sin embargo, ese precedente ha perdido virtualidad a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que modificó el sustento normativo al establecer en el artículo 244 que la protección de la vivienda contemplada en ese cuerpo legal no excluye las concedidas por otras disposiciones legales, de manera que el Código establece un piso mínimo de protección que puede ser mejorado por otro tipo de legislación, ya que ahora las facultades no son exclusivas del Congreso de la Nación sino concurrentes.-

Así los consideraron los jueces de la Sala F de la Cámara Comercial, alineándose con otros precedentes de la Sala D de la Cámara Comercial, como por ejemplo en autos "Heredia Alejandra Claudia s/ Quiebra" del 29.12.2015.-

---

[2] PEREYRA, Alicia, "El derecho a la vivienda es un derecho humano protegido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales"
[3] Que en el art. 2 establece la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única en la provincia de Buenos Aires.-

Siendo que la vivienda es un derecho humano reconocido constitucionalmente y convencionalmente, nada obsta a que las provincias establezcan una tutela mejor o más amplia, lo que implica que estarían receptando compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino. De esta manera, la norma local no colisiona ni obstaculiza los fines perseguidos por las normas federales, sino que coadyuva a su concreción.-

4. La jurisprudencia

Vemos entonces que, es la jurisprudencia la que, destacando la aplicación del principio de progresividad y el proceso de constitucionalización del derecho privado, le da fuerza a la norma local para coadyuvar a la concreción de los fines perseguidos por las normas federales, logrando de esta manera una tutela mejor o más amplia para concretar y efectivizar el "*derecho humano a la vivienda*".

La viabilidad de la actividad de sociedad concursada El plan de negocios

Efraín Hugo Richard

Planificar es asumir un diagnóstico de la situación y acciones tendientes a corregir aspectos negativos promoviendo acciones en tal sentido, evitando daños a la sociedad y a terceros. Natural en el concurso de persona humana es esencial en el concurso de una sociedad. A su vez esa planificación se corresponde a la integración de la propuesta de acuerdo, y de no aceptarse esta lógica integradora tesis, deberá aceptarse que de haberse producido una causal de disolución –cuya declaración es innecesaria- se impone acreditar la viabilidad económica y social de la actividad, junto con la decisión del órgano de gobierno de remover esa causal –art. 100 ley general de sociedades -LGS.
Un juez no podría homologar una propuesta, en un concurso de sociedad, que no se refiera a la viabilidad de la actividad, por no cumplir requisitos previstos imperativamente por la ley societaria.

1.Un plan de negocios, permitirá analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión[1]. Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad[2], fundamentalmente para facilitar la

[1] MARZAL Antonio *Empresa y Democracia económica*, Ed. Argot, Barcelona 1983.
[2] BEAVER, William "Financial Ratios and Predictors of Failure", en *Empirical Research in Accounting, Sected Studies*, suplemento del Jorunal of Accounti

apreciación de los acreedores.
La decisión de constituir una sociedad, determinar su patrimonio y luego guiar su funcionalidad esta ligada –conforme señala la ciencia de la administración y normas legales- a un plan de negocios.[3]
La empresa es hoy el centro de atención no sólo del derecho comercial, sino a las políticas económicas para el desarrollo de la economía de una país y la generación de empleo. Siempre hemos sostenido que la empresa que no es autosustentable económicamente no es empresa. No es la utilidad que genera lo que le da vida, sino su viabilidad.
Esa viabilidad debe ser genética, aunque se prevea que sus primeros tiempos pueden ser deficitarios hasta instalarse en el mercado.[4]

2. Hemos sostenido que una sociedad, a través de sus administradores y socios, debía formalizar su plan de negocios por lo menos una vez por año en ocasión de sus cuentas anuales, particularmente si debía formalizarse la Memoria del ejercicio.
Incluso entendíamos que al presentarse en concurso, al explicar las causales de la cesación de pagos debía hacer referencia a las previsiones preliminares para afrontarla, además de la procesal presentación en concurso.
También, como lo hace Lidia VAISER[5], creemos que al integrar la propuesta de acuerdo con lo previsto en el art. 45 párrafo 4° LCQ, la referencia al régimen de administración debía integrarse con la posibilidad de cumplimiento del acuerdo que se intentaba.
Pero la doctrina concursalista evade esa interpretación, considerándola apetecible pero de legge ferenda y, por tanto, no exigible, lo que permite que una sociedad deudora pueda ocultar sus posibilidades. Las posiciones negativa y positiva de su obligatoria presentación

research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron –ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamineto mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

[3]"El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)", *en* libro colectivo "Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia" Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

[4]"EL ART. 100 de la LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA FUNCIONALIDAD EMPRESARIA" en elDial.com Express Newsletter Jurídico, n° 4549, año XVIII, miércoles 24 de agosto de 2016.

[5] LA LEY 1999-D, 1073.

en el concurso se sintetizan en las posiciones que hemos mantenido con Dario Graziabile[6], agregando en esta comunicación algunos argumentos que van más allá de lo deseable del plan –donde existe unanimidad- sino en su obligatoriedad.

3. Sobre el punto el Profesor Bernardo Carlino[7] explica: "Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard[8], no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el "plan de negocios" como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible. La Memoria se constituye en una pieza central para albergar el mismo, ya que de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el Balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico..., ahora estamos en condiciones de percibir la afinidad del plan de negocios con la Memoria -o viceversa- y hacer de esta obligación legal de los administradores societarios la pieza central de la prevención de la crisis de la empresa..., de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros. ... el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal

[6] GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo "*Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación"en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: "VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación", Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.*

[7] CARLINO, Bernardo "Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)" en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

[8] El más reciente de los cuales se puede encontrar en *"Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?",* en "Ensayos de Derecho Empresario" Nº 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros".
En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un "insolvency test" (equity insolvency test, balance sheet-bassed test, bankrupcy test)[9], o sea un análisis para la planificación.

4. Al margen de la legislación concursal, la ley general de sociedades, en el año 2015 incorporó al art. 100 el requerimiento, si se intenta revertir la constatación de una causal de disolución, de acreditar "si existe viabilidad económica y social de la subsitencia de la actividad de la sociedad", sin duda aplicable en los concursos a tenor de la referida norma del art. 150 ap. a Código Civil y Comercial –CCC-. Este recaudo y su exigencia por el juez concursal impone una integración interpretativa del sistema de crisis de sociedades. El sistema de derecho societario atiende –supone- que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social o ante la pérdida del capital social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios[10].
¿Qué debe hacerse cuando la crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia de la sociedad? Tal situación que algunos llaman crisis o "zona de insolvencia" (*red flags*, en el derecho americano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superar la cuestión. Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad del plan juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos

[9] ARAYA, Miguel C. "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima" en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo *Estudios de Derecho Societario,* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, los capítulos en torno al capital social, particularmente el XI *La crisis del concepto de capital social* pág. 247 y ss..
[10] MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar

(ver las derogadas normas de los arts. 125-1 y 125-2 Ley nº 19551 reformada en el año 1983). Pero si al fracasar se advirtiera su falacia, al existir daño por impagos se mantendría la responsabilidad prevista por los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC ("sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas" art. 100 última parte primer párrafo). A fortiori de la exigencia de ese plan de negocios, el legislador omite consignar a qué se refiere con la expresión "evolución de la empresa" (inc. 12 del art. 14 ley n° 24.522 –LCQ-), que debe responder a ese plan. El informe sobre la evolución de la empresa esta siempre a cargo del órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria u otros documentos, y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ellos. A falta expresa de previsión debe entenderse que el concursado –que continúa con la administración- debe informar mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá –sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ello.

Sólo el empresario, de manera subjetiva y personal, aunque generalmente siguiendo principios de racionalidad económica, es quien decide qué parte de los fondos líquidos se afectarán para determinadas obligaciones y cuales no. Se advierte nuevamente la tensión al ignorar las obligaciones de la concursada, particularmente de sus administradores de presentar un plan de negocios –base de la teoría de la administración empresaria-, dejando la crisis al voluntarismo del deudor incumplidor, impidiendo un análisis serio de la prospectiva o viabilidad de la empresa.

Agudamente Carlota Palazzo[11] ha señalado que este artículo en su novedosa redacción "constituye un aporte interesante desde la preconcursalidad ya que introduce en la instancia societaria la obligatoriedad, para remover las causales disolutorias, de una valoración y pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad de la subsistencia de la actividad de la sociedad. Sin embargo su radio de acción parcial en la instancia concursal (supuestos de los incisos 4 y 5 del artículo 94 lley 19.550); requisitos de aplicación (juicio de los propios socios acerca de la viabilidad) y, consecuencias de una eventual inexactitud en la aseveración de la existencia de viabilidad (acciones de responsabilidad); arrojan dudas si podrá constituirse realmente en una herramienta que coadyuve a evitar la utilización abusiva del

[11] "El art. 100 de la ley 29550 como herramienta preconcursal" en Estudios de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404, pág. 173 de la Revista Electrónica *Estudios de Derecho Empresario* n° 13 en el Portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

concurso por parte de sujetos inviables". Pero aún dentro de esa limitación al asumir el supuesto de insolvencia (art. 94 inc. 5 LGS) o el de insuficiencia patrimonial para el cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4 LGS) , abarca la mayoría de las cuestiones patrimoniales que llevan a que una sociedad sea presentada en concurso, incluso en A.P.E. y sin duda acotan la abusividad de las propuestas que se intenten.[12]

La norma ha concitado juicio favorable[13], señalándose "El art. 100 LGS al establecer en el ordenamiento nacional la reactivación, adiciona a la condición de remoción de causales de disolución, por vía de la 'eliminación de la causa que le dio origen' otra condición respecto de la cual no hemos encontrado precedentes ni en la legislacion italiana, ni española, y menos aún en la portuguesa que es la primera en el tiempo que la consagró en forma muy deficiente. – Se trata de la existencia de 'viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad'. En tal sentido, será conducente referir al concepto de empresa que constituye el común denominador del régimen societario y, de consuno a sus características sustanciales, las que, naturalmente constituyen los lementos de su viabilidad. El particular énfasis puesto en esta condición significa una expresión notable referida a la potenciación a la personalidad jurídica en plenitud que habilita a la sociedad, forma instrumental de la empresa, a su recuperacion aún cuando los contrastes significados por las causales de disolución enumeradas en el art. 94 la hubieran condenado a la urgente extinción".
Por otra parte debemos afirmar que el requerimiento del art. 100 LGS, que se genera en forma indisponible cuando se ha comprobado una causal de disolución, debe ser exigido insoslayablemente por el juez concursal antes de homologar el acuerdo, al margen de otras consideraciones para ello. La existencia de causales de disolución de los incs. 4 ó 5 del art. 94 LGS pueden surgir de la Memoria

[12] El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David "La disolución de la persona jurídica como causal de extincion del contrato de agencia" en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

[13] DASSO, Ariel Ángel *La reactivación societaria – Trabajo Doctoral Honoris Causae*, Ed. Universidad de San Pablo T, Tucumán 2016. Libro distribuído en ocasión del discurso del autor al recibir su merecido reconocimiento como Doctor Honoris Causae de la Universidad Editora, acto en que tuvimos el placer de acompañar al distinguido jurista y amigo, con quién mantenemos públicas y cordiales disidencias, en nuestro decidido y común esfuerzo de construir una interpretación adecuada del sistema jurídico.

de la administración de la sociedad concursada, o de una balance, aprobado o no, o del informe general del síndico que de cuenta de insuficiencia patrimonial, y muy especialmente de la declaración de verdad realizada para lograr la apertura del concurso preventivo, de que la sociedad esta en "cesación de pagos", lo que implica reconocer la existencia de la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS.
La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver[14], constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escalpelo subrayó que "el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica...".

5.Se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores[15]. El instrumento de técnica de organización empresaria *sociedad* no está diseñado para dañar y por ello se han impuesto normas para evitarlo. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante[16].
La legislación societaria de Chile impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año.

[14] "Los administradores societarios y la insolvencia" en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.
[15] SPOLIDORO, Marco Saverio "Il capital sociale", en "Il Diritto delle societá per azioni: Provlema, Esperienze, Progetti" collana della Rivista delle Societá, Ed. Giuffré 1993 pág. 99.
[16] BEBCZUK, Ricardo N. "Informacion asimétrica enmercados financieros", Cambridge University Press, Madrid 2000 pág. 9.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes[17] que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios.

La inviabilidad de la sociedad no debe confundirse con la inviabilidad de la actividad o actividades empresariales que desarrolla, pues las causales de inviabilidad de aquella puede resultar de otros presupuestos ajenos a la viabilidad de la actividad.

6.Ese plan de negocios no se presenta naturalmente ante la crisis de la sociedad, aunque debería presentarse[18]. El penalista Carlos Palacio Laje sostiene que siempre existe, pero no se presenta porque se ha convertido en un plan de insolvencia para intentar que las pérdidas no las soporten los socios sino los acreedores, y a partir de su opinión[19] "se advierten como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo) que constituyen un subgrupo de delitos de intención". ...Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería, con una descripción que se corresponde con los informes generales que los síndicos que presentan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebras) de sociedades que han venido operando en insolvencia. Ello se califica como *ardid*, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. ... refiriéndose a la figura del art. 174, 6º, CP. que tipifica el delito penado con 2 a 6 años que consagra en su primera parte como "el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios", con afectación del patrimonio como prenda común.
Sobre el plan de insolvencia no podemos dejar de agradecer al juez Vitale que -en su fallo revocado en el caso Oil Combustibles S.A.-

[17] "¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un "obiter dictum" de la Corte)" en libro colectivo AAVV "Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos", publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78
[18] PALAZZO, Carlota "El art. 100 de la ley 19.550 como herramiento preconcursal", pag. 173. Estudios de Derecho Empresario nº 14.
[19] PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

nos alentó: "...comparto la interpretación que da el Dr. Efraín Hugo Richard en el sentido que cuando se acude al fraude concursal se presenta una situación que formaría parte de un plan de insolvencia ("Primera visión cualitativa de propuestas írritas en concursos de sociedades comerciales", en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, 2006, T° I, pág. 727), y allí recordamos muchas ilicitudes conforme el plan de insolvencia[20].Situaciones similar describimos alguna vez en "Economía del Derecho"[21], sobre una suerte de ganancia posiblemente inexistente si los créditos a las vinculadas o controlantes o controladas eran total o parciamente incobrables, pues se había estado ocultado algo más grave que es el "estado de insolvencia", evitando la aplicación de las normas imperativas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, con la interpretación que ahora apoya y clarifica en su defecto el art. 167 CCC.

7. "¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?"[22].

Esta apreciación cumpliría la finalidad prevista en el art. 100 LGS, pero de no haberse incorporado en el momento oportuno, deberá formalizarse cuando se intente remover la causal disolutoria, eventualmente cuando se pretenda la homologación de un acuerdo concursal.

---

[20] "PRIMERA VISIÓN CUALITATIVA DE PROPUESTAS ÍRRITAS EN CONCURSOS DE SOCIEDADES COMERCIALES" (Concursos con propuestas írritas - Enriquecimiento sin causa de socios) Publicado en libro colectivo "VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA" (Santa Fe 2006), tomo I MORALIZACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES, pág. 723

[21] "LA EC ONOMIA DEL DERECHO en Revista LA LEY, Sección Actualidad Pág.2 y ss., día 18 de abril de 1989

[22] PALMERO, Juan Carlos "Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal" en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización", Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

Las normas imperativas del Código Civil y Comercial, del derecho societario y el sistema concursal

Efraín Hugo Richard

El art. 150 del Código Civil y Comercial –CCC-, vigente desde el 1 de agosto de 2015, ha venido en ratificar la preminencia de las normas contenidas en la ley de sociedades (de carácter imperativo por proteger a la sociedad y a los terceros), por sobre las previsiones de la ley de concursos, que deben ser integradas sin alterar aquella primacia, además de las del CCC.

Esto importa en pensar que las previsiones imperativas de la ley societaria son preconcursales, aunque no descarten la concursalidad, que la ley de concursos no es una isla y se integra un sistema jurídico de crisis de las personas jurídicas, congruente con el art. 2° CCC.

1.Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohibe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destintarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria.

También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir más de una solucion pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.

2. Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser

dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan "Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código". [1]

En el derecho concursal se postula tempestividad para asumir la crisis, tratando que sociedades que las padecen no permanezcan en ese estado perturbando al mercado, alterando reglas de libre competencia, incumpliendo obligaciones y contagiando la crisis.

Corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis[2].

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.
Pablo Augusto VAN THIENEN, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresó[3] "La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas....Ejem-

[1] "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", publicado en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. "ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)" en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; "CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", publicado en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA "Crisis y Derecho": "Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)", tomo I pág. 111.

[2] RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, "LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES", tomo II pág. 815; "LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS" en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Faculad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

[3] VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) "Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

plo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. ...".

Como se verá esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a causales de disolución y liquidación, como la falta de capital social, son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. El art. 1° LGS que tipifica la relación de organización personificante sociedad dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso.

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de las crisis. La LGS a través de los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS[4] genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° LGS-. Los artículos 55 y 56 de la legislación sobre las sociedades por acciones simplificadas expresamente mantienen la aplicación de dichas previsiones cautelares para no dañar.

Los límites, resguardados por normas imperativas, aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.[5] Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios (art. 1° LGS), se encuentran insertos "en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido"[6] poniendo en peligro la satis-

[4] "Disolución por pérdida del capital social y concurso", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

[5] "La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada" en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

[6] GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles,* Ed. Tirant Lo

facción del pasivo se adopte una solución.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.[7] Deben optar[8] pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.[9]

Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407

[7] MUIÑO, Orlando Manuel "EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL", en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria", pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; "El segundo aspecto (disolución *ipso jure*), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social "si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento". La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 *in fine* LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social." Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III "El orden público en la ley de dosicedad comerciales" de su libro *Estudios de Derecho Societario,* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias enel derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

[8] Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la "Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio juridico". En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

[9] La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperaivas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decision en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de ls que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales opean solamente a falta de decisión particular contraria, y

Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea de pactar de diferente forma de la norma que actua sólo a falta de regulación privada...¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la socieda sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

3.Como anticipo de esa situación patrimonial que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que es convergente con la idea de la conservación de la actividad empresaria, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto.
Preocupante es la práctica generalizada en los concursos de sociedades, frente a esos principios, de imponer quitas intentando trasladar las pérdidas y el daño a los acreedores, o no acreditando la viabilidad de la continuidad de la gestión, cuando otras deben ser las políticas de buena fe para asegurar la conservación y los intereses convergentes[10]. El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio[11].

El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente

también de las opcionales, esto es, las que permiten a loa individuos escoger, según su deso y conveniencias, entre dos o más posibllidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".

[10] "EL ABUSO EN EL DERECHO SOCIETARIO Y EN EL PROCESO CONCURSAL", en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano.* AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

[11] FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATACIONES Y EFECTOS", en "ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS", Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles[12].
Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.[13] El art. 96 preceptúa una opción imperativa: ante la causal de disolución no cabe sino disponer la liquidación o capitalizar la sociedad.

4. Un punto que podría ser controvertido frente al concurso es considerar que el art. 96 LGS no constituye una norma imperativa[14]. Derivarían luego una serie de inferencias, no menos importantes.

No cuestionamos ni en este ni en otros supuestos la posibilidad de presentar una sociedad, aún en liquidación en concurso, lo que cuestionamos es la propuesta de "quita". Por otra parte sostenemos que declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas- un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios "en su caso", no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 LGS, pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño.
Enfáticamente señalamos que la licita presentación facultativa en concurso –ninguna norma lo impone, ni lo impide- no altera los efectos de la constatación de la causal disolutoria de pérdida del capital social, ni la etapa de liquidación si se hubiera abierto. [15]

---

[12] RICHARD, Efraín Hugo "EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN" en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.
[13] La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperaivas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decision en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de ls que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales opean solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a loa individuos escoger, según su deso y conveniencias, entre dos o más posibllidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".
[14] "El Laberinto..." cit..
[15] MUIÑO, Orlando Manuel "EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL", en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria", pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; "El segundo aspecto (disolución *ipso jure*), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del

La cuestión entonces es la falta de voluntad de los socios de asumir la capitalización de la sociedad –por los socios o terceros- o de incorporar a los acreedores –capitalización del pasivo arts. 96 y 197 LGS-, o sea de no perder la propiedad y obtener la solución a través de licuar el pasivo con quitas.
Así es congruente con el art. 1° LGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ-. El ejercicio de la opción esa a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la "viabilidad económica" de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.[16] Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.[17] Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores , marcando la obligación de los socios de capitalizar la sociedad ante la existencia de la causal disolutoria de pérdida del capital social.

5. El carácter imperativo es en beneficio de terceros, y su apartamiento constituye una antijuridicidad, por lo que de generarse daño habrá que pensar en responsables. En un ensayo sistemático, enlazando la legislación específica de las sociedades con la estructura del nuevo CCC, particularmente sobre personas jurídicas privadas, a través de la nueva norma del art. 150 CCC, Eduardo Cima impone reflexiones sobre la proteccion a terceros: "Y dicha protección, cabe decirlo, debe ser amplia, y así ha sido establecida en la ley. Se protege a los terceros a través del establecimiento de una regulación que prescribe cómo se llevan adelante los procesos de creación y extinción de sociedades y qué derechos se conceden a las personas que

capital social "si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento". La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 *in fine* LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social." Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III "El orden público en la ley de dosicedad comerciales" de su libro *Estudios de Derecho Societario,* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias enel derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

[16] "EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN", en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

[17] STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en *Rivista delle Societa* anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffre Milano, pág. 1079.

integran un ente societario. De tal manera, cualquier derecho que desee intervenir en una estructura jurídica societaria ha de saber, de antemano, cuáles son sus derechos. Asimismo, la legislación protege a los terceros que se vinculen (ya sea a través de un contrato o en virtud de un ilícito extracontractual) con socios o miembros de sociedades. Así, un tercero va a tener conocimiento de cuáles son sus derechos en caso de sufrir un daño en tales circunstancias".[18]

Introduce una cuestión sobre esa coordinación: "La expresión "o en su defecto" utilizada en el art. 150 es, a nuestro juicio, desacertada y constituye un aspecto criticable de la técnica legislativa utilizada. ¿Qué significado cabe darle a la misma? Lo que el legislador, a nuestro humilde juicio, quiso hacer al utilizar la referida alocución es señalar que las normas imperativas del CCyC serían de aplicación, en un caso concreto, cuando no existiere regulación de la ley especial sobre el supuesto en cuestión. Esto implica que, si existiese una norma en la ley especial que regula una determinada hipótesis fáctica, es dicha norma, y no la del CCyC, cuya aplicación corresponde realizar. ¿Y si la norma del CCyC plantea una hipótesis fáctica más abarcativa que la de la ley especial? ¿Y si introduce consecuencias jurídicas de mayor amplitud?...".

Advertimos sobre la expresión "en su defecto" del art. 150 CCC para aplicar normas imperativas de este Código existiendo otras en la LGS, la previsión del art. 99 LGS "sin perjuicio de la responsabiidad de los socios", obligando a pensar ¿en que supuestos y cuales?, que nos hizo elucubrar con la Prof. Luisa I. Borgarello[19], y que a nuestro entender resuelve adecuadamente la norma imperativa del 167 CCC. "responden ilimitada y solidariamente sus adminisradores y aquellos miembros (socios en el caso) que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesaria para ponerle fin, omiten adopar las medidas necesarias al afecto",

[18] CIMA, Eduardo "LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL" en *EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA. l*ibro colectivo AAVV, Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018, pág. 61 y ss..

[19] "LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS" con Luisa Isabel BORGARELLO, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947. Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus treadicioales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes; "SOBRE EL ART. 99 DE LA LEY DE SOCIEDADES" Publicado en *Estudios de Derecho Empresario,* volumen 2 pág. 77, revista electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

conforme un postulado específico de la teoría general de la responsabilidad –art. 1709 CCC-.[20]

6.Emilio Beltrán[21] calificó las soluciones societarias como régimen preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

Miguel C. Araya[22] remarca el carácter preconcursal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social "que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia".

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización[23], de una sociedad.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios, con la capitalización- o ya insolvente requiere una decisión del órgano de gobierno para ratificar el juicio universal, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario[24].

---

[20] Elucubración que formalizamos en el Prótolo del libro *Empresa y Sociedad, cit.*.

[21] BELTRÁN SANCHEZ, Emilio "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución" en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154..

[22] "La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social" en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia,* Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV pág. 286.

[23] CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

[24] "La ricapitalizzazione della societá in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fa-

Se enfatiza[25] "... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión". Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores,...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo", tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho[26].

La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante[27] y con responsabilidad limitada.

Por eso es fundamental determinar que normas son imperativas y no pueden ser dejadas de lado ni por mayorías ni por el juez en procesos concursales.

---

llimento, l`elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto seconde criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. COLOMBO, G.E. *Bilanzio d`esercisio e consolidato,* in *Trattato delle societá per azioni*, direto da Colombo G.E. e Portale, G.B. 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATOZZOLO, *I balanzi straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; AFAMENI, P. *Perdita del capitale bilancio straordinari,* Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale "piano" potrá preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell`impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funcione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell`attivitá, nel`ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale..." GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"* en "Revista delle societá anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

[25] ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial "Derecho y Economía" coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

[26] STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffre Milano, pág. 1079.

[27] Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destiandos a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de socidades argentina.